

VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA



FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Civil

**Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y
Criminología**

TESIS DOCTORAL

**LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y
NULIDAD MATRIMONIAL**

Presentada por:

D^a. María de la Almodena Carrión Vidal

Dirigida por:

Prof. Dr. D. José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho Civil

Valencia, enero de 2023

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ABREVIATURAS.....	I
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y NULIDAD MATRIMONIAL: PRECISIONES INTRODUCTORIAS.....	9
I. PRECISIONES INICIALES.....	9
1. Breve introducción.....	9
2. Orígenes del art. 10.1 CE.....	9
3. La nulidad matrimonial y su regulación normativa como núcleo del presente trabajo.....	13
A) Introducción.....	13
B) La nulidad matrimonial y su régimen como manifestación de la personalización del instituto matrimonial.....	13
C) La simplificación de los esquemas normativos anteriores. Hacia un matrimonio “de mínimos”.....	14
D) El doble ángulo de la simplificación legislativa...14	
E) Las “adiciones” por voluntad del/os sujeto/s de la relación.....	15
F) Necesidad de un análisis “de contraste”: nulidad matrimonial frente a disolución por divorcio y separación conyugal.....	16
G) El denominador común de las tres figuras de la llamada “patología del matrimonio”: posibilitar el libre desarrollo de la personalidad de los sujetos de la relación matrimonial.....	17
H) Libre desarrollo de la personalidad y fase constitutiva de la relación matrimonial.....	17

I) “ Desinstitucionalización” del matrimonio y “simplificación” de su esquema normativo, como categorías complementarias que se reclaman mutuamente.....	20
J) Nulidad matrimonial canónica y libre desarrollo de la personalidad.....	20
II. SIGNIFICACIÓN INSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.....	21
1. Precisión inicial.....	21
2. Escasez en el tratamiento del libre desarrollo de la personalidad frente al de dignidad de la persona.....	22
3. La carencia de homogeneidad entre los enunciados del art. 10.1 CE.....	26
4. Hacia un intento de aproximación a la noción de libre desarrollo de lapersonalidad.....	27
A) Naturaleza.....	27
B) El libre desarrollo de la personalidad como principio constitucional.....	29
C) Imposibilidad de su consideración como derecho fundamental.....	31
D) Significación jurídica del principio. Doble plano en esa significación.....	32
a)Significación general. Idea introductoria....	32
b) Concreción del principio de libertad. Hacia la construcción de un espacio en el que desarrollar la esencia de la voluntad. Precisiones.....	33
c) La realización personal del individuo.....	35
III. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y CAMBIOS SOCIALES.....	36
1. Libre desarrollo de la personalidad como cláusula de futuro.....	36
2. Libre desarrollo de la personalidad como fundamento de algunos cambios sociales.....	37

IV. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO CONCEPTO JURÍDICO VÁLVULA O INDETERMINADO...41

1. Su aplicabilidad al libre desarrollo de la personalidad...41
2. Procedencia de la indeterminación.....41
3. El designio del legislador constitucional.....42
4. El libre desarrollo de la personalidad como soporte y encuadre constitucional de cambios sociales.....42
5. El carácter totalmente evolutivo de la interpretación y alcance del libre desarrollo de la personalidad.....43
6. Límites.....43

CAPÍTULO II: CAPACIDAD, IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.....44

I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.....44

II. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y CAPACIDAD MATRIMONIAL.....45

1. Planteamiento general.....45
2. Capacidad, consentimiento, forma de celebración: tres vertientes esenciales en origen mismo del matrimonio como negocio jurídico de Derecho de familia.....45
3. Delimitación del marco objeto de estudio.....46
 - A) Reducción sensible de la importancia de los precedentes legislativos.....46
 - B) Necesidad de evitar, por su escasa importancia, la dualidad terminológica en materia de capacidad matrimonial (“requisitos de capacidad” *versus* “impedimentos”).....47
 - C) Referencia al art. 32 CE.....48
 - D) Supresión de cuestiones en otro tiempo controvertidas.....49

E) Consideraciones terminológicas en torno al art. 32. 2 CE.....	50
III. PROBLEMÁTICA GENERAL PARA UNA CONSIDERACIÓN DE LA EDAD MATRIMONIAL....	51
IV. EL ART 46.1 CC:ANTECEDENTES.....	55
1. ¿Inhabilidad – Prohibición?.....	55
2. Características funcionales de la vieja regulación del impedimento de edad en el CC.....	57
3. El carácter ineludible de la reforma por Ley 30/81, 7 julio.....	57
4. Lastres de aquella reforma.....	58
5. Referencia a la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015, 2 de julio.....	59
V. ANÁLISIS NORMATIVO.....	60
1. Precisiones.....	60
2. Mayoría de edad.....	61
3. Emancipación.....	62
A) Emancipación y capacidad matrimonial...	63
B) ¿Realmente está presente la figura de la emancipación en la realidad social española?.....	64
VI. OTRAS CONSIDERACIONES.....	65
1.Complejidad de factores que se entrecruzan	65
2. Incidencia de aquellos en la reforma de 1981.....	66
3. Precedentes.....	66
4. El art. 246 CC.....	67
5. A modo de conclusión.....	67
VII. REFERENCIA AL ART 75 CC.....	69
1. Legitimación para el ejercicio de la acción.....	69
2. Convalidación.....	71
VIII. ARTÍCULO 46.2 CC.....	73
1. Preliminar.....	73

2. Alcance.....	75
3. ¿Bilateralidad o unilateralidad de la prohibición?..	76
4. Carácter no dispensable.....	76
5. Sistema matrimonial e impedimento de vínculo...78	
A) Disolución por inconsumación.....	80
B) Matrimonio canónico celebrado por personas carentes de capacidad matrimonial civil.....	80
C)Matrimonio civil contraído por personas sujetas a la forma canónica de celebración.....	81
D) Matrimonio canónico contraído por personas que con posterioridad traten de celebrar matrimonio civil.....	81
E) Matrimonio canónico disuelto por declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, posterior matrimonio canónico del sobreviviente, reaparición del declarado fallecido, y declaración de nulidad canónica del segundo matrimonio.....	81
6. Extinción.....	82
IX. ART 47 CC: IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES RELATIVOS.....	82
1. Preliminar.....	82
2. Análisis.....	84
A) Parentesco en línea recta.....	84
B) Parentesco en línea colateral por consanguinidad.....	85
C)Parentesco en línea colateral por adopción.....	85
D) Crimen.....	87
X. LA LLAMADA “PERSONALIZACIÓN” DEL MATRIMONIO Y EL REGIMEN DE IMPEDIMENTOS.....	88
1. Precisiones introductorias.....	88
2. “Personalización” y consentimiento matrimonial.....	89
3. “Personalización” y formas de celebración.....	89

4. Hacia un matrimonio “de mínimos”: la simplificación del régimen de impedimentos	90
A) Hacia una delimitación del “esquema básico” matrimonial.....	92
B) Procreación y aptitud para el mantenimiento de relaciones sexuales	93
C) Supresión de otros obstáculos.....	94

CAPÍTULO III: DISCAPACIDAD Y MATRIMONIO.....97

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN: CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.....97

1. La necesidad de partir de presupuestos básicos...97
2. Importancia de la CDPD.....99
3. El derecho al matrimonio: art. 23. 1, a) CDPD.....102

II. INCIDENCIA DIRECTA, Y ERRÓNEA, DEL TEXTO DE LA CONVENCIÓN EN LA REDACCIÓN DEL ART. 56. 2º CC POR LEY 15/2015.....103

III. LA DOCTRINA DE LA RESOLUCION – CIRCULAR 23 DICIEMBRE 2016 SOBRE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ART. 56 CC RELATIVO A LA FORMA DE CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO....104

IV. LA REDACCIÓN DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 56 CC POR LEY 4/2017.....105

V. ANTECEDENTES: TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN LA REDACCIÓN ORIGINARIA DEL CC.....109

1. Consideraciones preliminares.....109
2. La Ley de Matrimonio civil de 1870.....110
3. El CC. Redacción de 1889.....111
4. A modo de conclusión.....115

VI. LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN MATRIMONIAL POR LEY 30/81. LA REDACCIÓN DEL ART. 56 CC.....116

1. Consideraciones preliminares.....116
2. Remisión a la tramitación registral.....118

3. Conclusión.....	122
VII. EL ART. 56. 2 CC EN LA REDACCIÓN POR LEY 4/2017.....	124
1. Consideraciones preliminares.....	124
2. Funcionarios a quienes corresponda la tramitación del acta o expediente.....	124
3. Referencia a “las personas con discapacidad” del párrafo segundo art. 56.....	126
4. Referencia a “Cuando sea necesario, podrá recabar de”.....	127
5. Los apoyos.....	128
A) La provisión de apoyos.....	128
B) La finalidad de los apoyos.....	132
7. Referencia a “Condición de salud”.....	134
8. Referencia a “De modo evidente, categórico y sustancial”.....	136
VIII. EL DICTAMEN MÉDICO. LA DOCTRINA ACERCA DE LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO EN INTERVALO LÚCIDO.....	139
1. Oportunidad de una consideración separada.....	139
IX. DISCAPACIDAD Y CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL	140
1. Consideraciones Preliminares.....	140
2. Presupuestos del consentimiento matrimonial: art. 45.1 CC.....	140
3. ¿Idoneidad para el momento conclusivo del negocio o idoneidad, además, para el desenvolvimiento de la relación matrimonial?.....	143
4. La RDGRN (ahora llamada DGSJFP) 15 de abril 2016.....	146
5. Consecuencias.....	146
X. UNA VISIÓN DE CONJUNTO.....	147
CAPÍTULO IV: INEXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.....	150

I. LA INEXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.....150

1. Sobre la esencialidad del consentimiento en el negocio jurídico matrimonial. Preliminar.....150

2. Carácter negocial del matrimonio e indisponibilidad de sus efectos.....150

3. No es obstáculo a lo anterior el régimen en materia de divorcio y separación conyugal actualmente contenido en el CC.....151

A) Se atiende a la fase constitutiva de la relación matrimonial.....151

B) Referencia a la fase extintiva de la relación matrimonial.....152

4. La desigual importancia de los elementos estructurales del matrimonio en el tratamiento de la nulidad. La relegación de la temática del consentimiento hasta tiempos recientes.....152

A) La dimensión formal del negocio matrimonial.....153

B) La desigual intensidad de “formalización” del matrimonio civil respecto del canónico.....154

C) La incidencia de la forma sobre la configuración misma del consentimiento. La existencia del consentimiento en función de la forma de celebración.....155

5. Un giro copernicano en el tratamiento de las causas de nulidad. Prevalencia prácticamente absoluta de la problemática del consentimiento en el marco de la nulidad matrimonial.....157

A) El matrimonio, en alguna medida, se “desformaliza”.....157

B) Consecuencia ineludible de la conexión entre matrimonio y libre desarrollo de la personalidad: La fundamentación del matrimonio sobre el consentimiento real de los sujetos.....159

II. INEXISTENCIA DEL CONSENTIMIENTO Y CONSENTIMIENTO NO ÍNTEGRO. CONSIDERACIÓN GENERAL.....161

III. SIMULACIÓN MATRIMONIAL.....165

1. Preliminar.....165

2. Imprecisiones.....172

A) “Causa” y “efectos” del negocio matrimonial.....173

B) Objeto del matrimonio y simulación.....175

C) A modo de conclusión.....177

D) Simulación matrimonial: inexistencia de consentimiento. Utilidad tan solo parcial de otras referencias.....183

3. Acerca de la finalidad de los simuladores.....184

A) Precisión inicial.....184

B) Compatibilidad entre existencia de consentimiento matrimonial y propósito de obtener efectos extraños al matrimonio.....185

C) Acerca de lo que no quieren los simuladores.....186

4. El acuerdo simulatorio.....187

A) Preliminar.....187

B) Naturaleza.....188

C) Propósito del acuerdo segundo.....189

ÍNDICE SISTEMÁTICO

D) El tema de la causa.....	190
E) Inexistencia, o ilicitud, de la causa del negocio simulado.....	192
F) Consecuencias.....	195
G) Tiempo.....	196
H) Forma.....	197
5. La acción de simulación. Legitimación.....	198
A) Preliminar.....	198
B) Naturaleza de la acción.....	201
C) Legitimación activa. Cónyuges.....	201
D) Legitimación activa: terceros con interés directo y legítimo.....	203
E) Legitimación pasiva.....	205
F) Legitimación del Ministerio Fiscal.....	205
6. Prueba de la simulación.....	205
A) Preliminar.....	205
B) La necesidad de contemplar la simulación matrimonial como fenómeno plural en atención a los propósitos perseguidos por los simuladores.....	206
C) La insuficiencia probatoria de la mera confesión de los contrayentes.....	208
D) Prueba directa de su existencia.....	208
E) Orientaciones jurisprudenciales.....	208
F) La clave de la cuestión.....	210

G) Nulidad matrimonial y disolución por divorcio en la legislación española: ¿se desdibuja lo que en otro tiempo fue una frontera clara entre ambas figuras?.....211

H) Convivencia “normal” y “duradera”; convivencia “transitoria” y “aparente”: su incidencia en la figura del matrimonio “de conveniencia”.....213

7. Referencia a la normativa comunitaria contra los llamados matrimonios “de conveniencia”.....215

A) Preliminar.....215

B) Diverso enfoque del problema por parte de la legislación comunitaria y española.....216

C) Identidad sustancial en cuanto al régimen de efectos.....218

D) En el ámbito del fraude de ley, ¿puede afirmarse que el tema del consentimiento matrimonial no asume un papel protagonista?.....219

E) El acortamiento de plazos para la disolución por divorcio: un incentivo claro a los matrimonios “de conveniencia”.....220

8. La lucha contra los matrimonios “de conveniencia”: enfoque de la legislación española.....221

A) Preliminar.....221

B) Los dos ámbitos de la lucha contra el problema.....222

C) La tramitación del expediente previo al matrimonio.....223

D) ¿Qué es lo relevante a efectos de considerar la existencia de consentimiento matrimonial?.....224

IV. RESERVA MENTAL.....	228
1. Preliminar.....	228
2. Encuadramiento sistemático de la reserva mental.....	229
3. Concepto.....	229
4. ¿Reserva mental y simulación unilateral?.....	230
5. Doble reserva mental desconocida recíprocamente.....	232
6. Conocimiento recíproco de la reserva mental del otro.....	232
7. Art. 45.1 y 1261. 1 CC. ¿Relevancia de la reserva mental en el primero e irrelevancia de aquella en el segundo?.....	232
8. La especificidad del negocio matrimonial como fundamento de la relevancia de la reserva. Crítica.....	234
9. Consecuencias.....	235
A) De la relevancia de la reserva.....	235
B) De la irrelevancia de la reserva.....	235

CAPÍTULO V: VICIOS DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL. LA ANULABILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO MATRIMONIAL.....238

I. PRELIMINAR.....	238
II. INVALIDEZ DEL MATRIMONIO EN LOS SUPUESTOS DE CONSENTIMIENTO NO ÍNTEGRO.....	238
III. CARACTERÍSTICAS DE LA INVALIDEZ POR VICIOS DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.....	239

IV. ANTECEDENTES: LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LA REGULACIÓN DEL CC ANTERIOR A LA REFORMA DE 1981.....241

1. Preliminar.....241

2. Breve consideración del art 101 (CC, redacción originaria).....241

V. LA REFORMA DEL CC POR LEY 30/1981 EN MATERIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL: PLANTEAMIENTO GENERAL....244

VI. ERROR EN EL NEGOCIO JURÍDICO MATRIMONIAL Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.....245

1. Preliminar.....245

2. La reducción del esquema matrimonial por la reforma de 1981.....247

3. La posibilidad de completar el esquema “de mínimos” por voluntad de los sujetos.....247

4. Conexión entre esquema matrimonial “de mínimos” con “adiciones” (en su caso) y principio de libre desarrollo de la personalidad.....248

5. La respuesta del legislador de 1981: el art. 73. 4º CC.....250

A) La posibilidad de “complementar” el esquema matrimonial “básico”.....250

B) El encaje de esos otros elementos (“adicionales”) en el esquema matrimonial “básico” o “de mínimos”.....250

C) Sobre la naturaleza y alcance de esos elementos o circunstancias.....251

VII. REFERENCIA A LAS CATEGORIAS TRADICIONALES EN MATERIA DE ERROR.....252

1. Preliminar.....252
2. *Error facti a error iuris*.....252

VIII. EL ART 73. 4º CC: DOS CAUSAS DE NULIDAD DISTINTAS EN CUANTO AL ERROR MATRIMONIAL.....253

1. Preliminar.....253
2. Ruptura con los precedentes al servicio de libre desarrollo de la personalidad en materia matrimonial.....253
3. El art 101.2 CC (redacción originaria) regulaba el error en la persona física del otro contrayente.....254
4. El error en la identidad de la persona: remisión.....254

IX. EL ERROR EN LA IDENTIDAD DE LA PERSONA.....255

1. Preliminar.....255
2. Planteamiento.....256
3. Naturaleza del error recayente sobre la “identidad de la persona del otro contrayente”.....256
4. Régimen jurídico de un lado, y concepción estrecha de la figura, de otro, como obstáculos para una adecuada calificación del error recayente sobre la identidad.....257
5. Hacia un posible criterio integrador.....258

X. EL ERROR RECALENTE EN CUALIDADES PERSONALES DEL OTRO CONTRAYENTE.....265

1. Preliminar.....266

2. La gran novedad del apartado segundo del art.73.4º
CC.....266

**XI. REQUISITOS DE LA CAUSA DE NULIDAD
PREVISTA EN EL NÚMERO 4º, APARTADO
SEGUNDO DEL ART. 73 DEL CC.....267**

1. Preliminar.....267

2. El precepto no contiene una enumeración tasada de
cualidades personales.....267

3. Significado de la expresión “cualidades personales”
en el art. 73. 4º CC.....269

A) Concepto de “cualidad
personal”.....269

B) Hacia un intento de enumeración.....272

C) “Entidad” de la cualidad.....276

D) Alcance del término “entidad” cuando de
“cualidades personales” relevantes ex art. 73. 4º
CC se trate.....277

E) Prevalencia del criterio subjetivo respecto a
lo que haya de entenderse por “entidad” de la
cualidad personal de que se trate.....278

F) El criterio “subjetivo”, “adecuadamente
entendido” no lleva a relativizar el negocio
jurídico matrimonial.....278

G) La intensificación de la carga de la
prueba.....279

H) La inclinación, en todo caso, hacía un
criterio “subjetivo”.....279

XII. EL ENFOQUE JURISPRUDENCIAL.....282

1. Preliminar.....282

XIII. LA COACCIÓN Y EL MIEDO GRAVE.....	284
1. Preliminar.....	284
2. Antecedentes.....	285
3. El art. 101. 2ºCC en su redacción originaria.....	287
4. Coacción.....	288
A) Problemas de delimitación de la figura...288	
B) “Coacción o miedo grave”, frente a “Coacción y miedo grave”: ¿una misma causa o dos causas de nulidad diferenciadas?.....	288
C) La “fuerza irresistible” del art. 1267. 1 CC no encaja en el ámbito de la “coacción” del núm. 5º del art. 73 CC.....	290
5. El miedo grave.....	293
A) Exteriorización de la amenaza.....	293
B) Destinatarios de aquella.....	294
C) Gravedad del miedo.....	294
D) Miedo grave y maquinación dolosa.....	294
E) Miedo injusto.....	295
F) El denominado “miedo indirecto”.....	296
CAPÍTULO VI: RESPONSABILIDAD CIVIL Y NULIDAD MATRIMONIAL.....	297
I. INTRODUCCIÓN.....	297
II. DELIMITACIÓN.....	298
1. Promesa de matrimonio y nulidad matrimonial...298	

2. Ni en la nulidad matrimonial ni en la promesa de matrimonio, el vínculo familiar constituye fundamento de responsabilidad.....	299
3. El Derecho de daños como subsidiario de las normas especiales fijadas en cada rama del Derecho privado.....	300
4. Aplicabilidad de la premisa anterior por cuanto se refiere al Derecho de familia. Referencia a la promesa de matrimonio y a la nulidad matrimonial.....	300
A) La promesa de matrimonio.....	301
B) La nulidad matrimonial.....	301
a) Preliminar	301
b) Subsidiariedad del Derecho de daños.....	302
c) Defecto de reglas específicas.....	302
d) Inexistencia de contradicción con los principios del Derecho de familia ni con los objetivos que este persigue.....	305
III. INSUFICIENCIA DEL ART. 98 CC.....	306
1. Breve consideración inicial.....	306
2. Arts. 98 y 73 CC: normas poco armónicas.....	306
A) El art. 98 CC se redactó sin conexión con el art. 73 CC.....	307
a) Remisión a la noción de buena fe.....	307
b) Inexistencia de buena fe del contrayente al que sea imputable el error.....	308
B) La función del art. 98 CC.....	309
a) Función resarcitoria de la indemnización.....	310

b) El <i>pretium doloris</i>	311
c) El daño moral del art. 98 CC no precisa prueba.....	312
IV. CONSIDERACIONES ADICIONALES.....	313
1. El art. 98 CC como núcleo central por cuanto se refiere a la operatividad del Derecho de daños en materia de nulidad matrimonial.....	314
2. Precisión del alcance y contenido del art. 98 CC...314	
A) “¿La indemnización no tiene en cuenta los daños, sino solo la buena fe”?.....	315
B) El fundamento objetivo de la indemnización es la existencia de convivencia conyugal.....	316
C) La remisión al art. 97 CC.....	316
3. Referencia al art. 95.2 CC.....	318
A) Preliminar.....	319
B) Ámbito de aplicación.....	319
C) Práctica de la liquidación.....	319
V. LA CAUSACIÓN DOLOSA O NEGLIGENTE DE LA NULIDAD MATRIMONIAL.....	321
1. Preliminar.....	321
2. Especificidad del art. 98 CC y déficit de protección.....	321
3. Las “rarezas” del art. 98 CC.....	321
4. ¿Qué es lo que cubre la indemnización?.....	322
5. Postura defendida en el presente trabajo.....	323
A) Indemnización del art. 98 y aplicabilidad, en su caso, del art. 95. 2 CC.....	323
B) Cobertura de otros daños morales.....	324

C) Daño moral y personalización del negocio jurídico matrimonial	324
D) La categoría de la nulidad muestra una dimensión antes inexistente con anterioridad: la ampliación sustancial del ámbito de autonomía de la persona en materia matrimonial	325
VI. RESERVA MENTAL Y ERROR EN CUALIDAD PERSONAL.....	326
1. Preliminar. La reserva mental.....	326
2. El error en cualidad personal.....	327
CONCLUSIONES.....	329
BIBLIOGRAFIA.....	338
JURISPRUDENCIA.....	350

ABREVIATURAS

Abreviatura	Significado
AA. VV	Autores Varios
AC	Actualidad Civil
Act Civ	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
ASPDC	Asociación de Profesores de Derecho Civil
AT	Audiencia Territorial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CDCP	Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CE	Constitución Española
cfr.	confróntese
CIC	Codex Iuris Canonici
cit.	citado

coord.	coordinador
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
dir.	director
DT	Disposición Transitoria
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
Ed.	Editorial
F. J	Fundamento Jurídico
Fasc	Fascículo
IDIBE	Instituto de Derecho Iberoamericano
JC	Jurisprudencia Civil
JPI	Juzgado de Primera Instancia
JUR	Repertorio de Jurisprudencia menor de Aranzadi
L.O.T.C	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LRC	Ley del Registro Civil
NN. UU	Naciones Unidas
núm.	número
núms.	números
ONU	Organización de Naciones Unidas

ABREVIATURAS

p.	página
pp.	páginas
Profs	Profesores
RAJ	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
RC	Registro Civil
RGD	Revista General de Derecho
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Tol	Tirant online
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
Vgr.	verbigracia
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

I. PRELIMINAR

En esta Introducción trataré de ofrecer una breve visión del objeto de la investigación que he tratado de llevar a cabo: “Libre desarrollo de la personalidad y nulidad matrimonial”, así como de los motivos que han justificado la elección del tema y metodología empleada en su realización.

Finalmente, trato de detallar el contenido, también de forma sucinta de cada uno de los capítulos de la Tesis.

II. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN: LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y NULIDAD MATRIMONIAL

El principio del libre desarrollo de la personalidad, emanación misma del de dignidad de la persona (art. 10.1 CE), quintaesencia de todo el ordenamiento constitucional, por su propia naturaleza, se presenta como informador de la totalidad del ordenamiento jurídico español.

La entrada en vigor de la CE de 1978 supuso, desde la perspectiva de la legislación matrimonial civil, la recuperación por el Estado de la plena competencia sobre el matrimonio (art. 32.2 CE).

Desde la perspectiva a que se acaba de hacer referencia, la Ley 30/81, 7 de julio, en desarrollo del citado art. 32. 2 CE, dio nueva redacción en su integridad al Título IV, Libro I CC (arts. 42-107 CC), y plasmó esta recuperación de competencias.

No se trató sólo de una recuperación de competencias, sino también de una sensible modernización de la legislación matrimonial española, informada desde su entrada en vigor por el principio de dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10. 1 CE).

Esta modernización alcanzó, como no podría ser de otro modo, al ámbito normativo de las denominadas “crisis” o “patologías” del matrimonio (nulidad, separación conyugal y disolución por divorcio del vínculo matrimonial).

El objeto de mi investigación viene dado por una de las dichas situaciones patológicas del negocio jurídico matrimonial: la nulidad de este; pero contemplada desde el ángulo del libre desarrollo de la personalidad de los sujetos intervinientes.

Contemplada desde ese ángulo, como se acaba de decir, por cuanto creo firmemente que la regulación de la nulidad matrimonial surgida de aquella reforma constituye cauce al libre desarrollo de la personalidad de quienes contraen matrimonio civil.

Se trata del propósito legislativo de fortalecer el propio negocio jurídico matrimonial acentuando precisamente el ámbito de autonomía de quienes lo contraen.

En definitiva, el matrimonio civil se fortalece, en cuanto se “personaliza”, en cuanto se adapta a los propósitos e intereses legítimos de los contrayentes, en cuanto se “contractualiza”.

III. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN REALIZADA

Son varias las ideas clave justificativas de la investigación realizada. Cuando el estudioso aborda el marco de las “crisis” o “patologías” del matrimonio, suele hacerlo en el ámbito de la disolución por divorcio y, en menor medida, en el propio de la separación conyugal; es decir, en la conocida entre los especialistas como “fase extintiva” de la relación jurídica matrimonial (aunque en la separación no se produzca la extinción del vínculo, aunque si el cese de uno de los efectos más importante de la unión, como lo es el de la convivencia; lo que de alguna manera permite hablar de “extinción”), sin reparar entonces en una realidad que no por elemental es menos esencial: la de que el matrimonio cuenta asimismo con la llamada “fase constitutiva”; presupuesto indispensable para el nacimiento de la relación jurídica matrimonial.

Los tres elementos estructurales del negocio jurídico matrimonial (capacidad de quienes lo celebren, consentimiento matrimonial, y forma de celebración de la unión) han de concurrir válidamente para que el matrimonio alcance existencia jurídica.

Se trata, pues, de descender a las bases mismas que estructuran el negocio matrimonial (capacidad, consentimiento, forma de celebración), enfocando su análisis desde una óptica precisa y determinada: la del principio del libre desarrollo de la personalidad. Se trata de comprobar, y demostrar, cómo el propio legislador ha tratado de dar cumplimiento, a través precisamente de la regulación de tales elementos estructurales surgida de la reforma del CC en 1981, a ese mismo principio; principio éste que no sólo está presente en la fase extintiva de la relación, sino también (y con particular intensidad) en la fase constitutiva de aquella; y todo ello a través de una estructura negocial que he denominado “de mínimos”; “contractualizando” sensiblemente la unión matrimonial y disminuyendo también muy sensiblemente su carácter de institución, haciendo posible que los sujetos de la relación puedan incluir

elementos o circunstancias de los que hacer depender, por voluntad de aquellos, la existencia y validez del negocio jurídico matrimonial. Y que alcanzarán relevancia jurídica cuando, para aquellos, sean asimismo relevantes.

Se desemboca así, en la llamada “personalización” del negocio matrimonial, término este que alberga una pluralidad de consecuencias, y, entre ellas, la de concebir la misma nulidad matrimonial como cauce para el libre desarrollo de la personalidad de quienes lo contraen.

En definitiva, la toma en consideración de la voluntad de los sujetos, de sus legítimos propósitos e intenciones, que los llevan a contraer matrimonio, ha de desplegar sus efectos en la llamada fase “constitutiva” de la relación; premisa esta sin la cual el devenir posterior resulta inimaginable.

IV. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

El objeto de la investigación determina necesariamente la metodología empleada.

La puesta en conexión de estos dos términos: libre desarrollo de la personalidad, de un lado, y nulidad matrimonial de otro, obligaba a centrar el inicio mismo de la investigación en el ámbito del Derecho constitucional y, de modo concreto, en el análisis del concepto mismo de “libre desarrollo de la personalidad”, estrechamente unido (como emanación de este) por imperativo del legislador constitucional al de dignidad de la persona (art. 10.1 CE).

Se ha tratado de profundizar en qué haya de entenderse por “libre desarrollo de la personalidad”, en su naturaleza de principio constitucional, informador de la totalidad del ordenamiento; su consideración como un concepto jurídico válvula o indeterminado, abierto a los cambios sociales, lo que demuestra cumplidamente la propia evolución de la realidad social española.

La carencia absoluta de precedentes en nuestra historia legislativa (no así quizá en las de otros países, vgr EE. UU), obligaba a centrar el análisis de la cuestión en quienes escriben tras la entrada en vigor de la CE.

A su vez, el enfoque de la figura de la nulidad matrimonial precisaba una metodología diferente de aquella a la que nos tienen acostumbrados los tratamientos al uso.

He tratado por ello de obviar un tratamiento acerca de qué sea la categoría de la nulidad matrimonial en sí misma considerada, su encuadramiento en esa categoría más amplia de la ineficacia negocial y, dentro de ella, de la invalidez de aquél; y ello por tratarse de presupuestos de los que necesariamente ha de partirse, pero que no constituyen el tema central de la investigación.

El enfoque metodológico había de venir referido, y así he tratado de hacerlo, al análisis de la reglamentación jurídica de la nulidad matrimonial surgida de la reforma de 1981. Esta no alteró, desde luego, la noción misma de qué haya de entenderse por nulidad matrimonial, sino la reglamentación de esta, asentándola sobre bases radicalmente distintas de las contenidas en la redacción originaria del CC (1889).

Desde esta perspectiva, tal análisis no cabía llevarlo a cabo sin una labor de contraste con la legislación anterior, la contenida en la redacción originaria del CC a que acaba de hacerse referencia.

En este sentido, el obstáculo venía constituido por las escasas aportaciones doctrinales, y las casi inexistentes en cuanto a la jurisprudencia se refiere, de esa legislación originaria, consecuencias ambas de la naturaleza del sistema matrimonial español vigente hasta la aprobación de la CE, e incluso con posterioridad (hasta la entrada en vigor de la legislación de desarrollo del art. 32 CE).

A su vez, y en cuanto al análisis de los precedentes, éstos además de escasos, como se ha dicho, venían referidos a una configuración del matrimonio en el que la prevalencia de la dimensión institucional neutralizaba (casi por completo) su indiscutible dimensión negocial (y que no he dudado en calificar como contractual, hechas las oportunas salvedades), y todo ello a través de una dimensión del consentimiento puramente formal, un rígido y detallado sistema de obstáculos a su celebración y, en definitiva, a una escasísima relevancia de los legítimos propósitos y deseos de quienes lo contraen.

Se imponía así, como premisa metodológica por completo básica, profundizar en el tipo negocial “matrimonio” vigente en la actualidad para, posteriormente, tratar de demostrar cómo a través de él y de la reglamentación concreta que lo regula, el negocio jurídico matrimonial constituye cauce al libre desarrollo de la personalidad de quienes decidan celebrarlo.

He optado por calificar el tipo negocial “matrimonio”, vigente en nuestro Derecho, como “de mínimos” (STC 198/2012, de 6 de noviembre), identificándolo con lo que el propio legislador considera como tal.

Se trata así de un esquema básico, que permite a los que contraen “adherirse” pura y simplemente a tal esquema. Tal “adhesión” implica ya la existencia de un consentimiento calificable como “matrimonial”. Si esos “mínimos” se aceptan por los contrayentes, el legislador entiende existe consentimiento matrimonial válido.

INTRODUCCIÓN

Cabe, además, que, junto a la “adhesión” a ese esquema básico, los contrayentes incorporen a ese esquema propósitos legítimos, y cuya consecución pretendan realizar a través del negocio jurídico matrimonial.

De tal modo, el matrimonio cabe decir “se personaliza”, en cuanto se adapta a esos legítimos propósitos, “se singulariza” de alguna manera. Dista, pues, de ofrecerse uniforme e igual para todos. La uniformidad queda de esta forma reducida a ese esquema básico.

Si el legislador concibe el matrimonio, como se ha dicho, reducido a ese esquema básico, lo que se quiere decir como consecuencia es que la concepción legislativa no incluye en modo alguno esos elementos o circunstancias que los contrayentes podrán legítimamente añadir, incluir, en cuanto deseados por ellos, en SU matrimonio.

La figura de la nulidad matrimonial se presenta así, en mi opinión, sin duda alguna, como cauce al servicio del libre desarrollo de la personalidad de los sujetos de la relación matrimonial.

Se acentúa así extraordinariamente la dimensión negocial del matrimonio, su configuración básicamente contractual (arts. 1261, 1262.1 y 1274 CC), excepción hecha del carácter no patrimonial de la relación que surge de aquél, y, como consecuencia, el matrimonio se “personaliza”, en clarísima conexión con el derecho al matrimonio que la CE reconoce, y garantiza, como derecho de los ciudadanos en su art. 32.1.

Sólo así tiene sentido, y cumple su función, el negocio matrimonial: como cauce al libre desarrollo de la personalidad de los contrayentes (arts. 10.1, en relación con el art. 32.1 CE).

El análisis pormenorizado de los arts. 45.1 y 73 CC constituyen ejes metodológicos del presente trabajo, y bases fundamentales del mismo.

La parte final de la investigación viene referida al tratamiento de un tema polémico en el campo de las relaciones familiares: la relevancia del Derecho de daños, y que, por razones obvias, he limitado al campo de la nulidad matrimonial.

V. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

El resultado de la investigación realizada se compone de seis capítulos, que paso a desglosar a continuación.

Así, el Capítulo primero (“Nulidad matrimonial y libre desarrollo de la personalidad: precisiones introductorias”), aborda (a los solos efectos que aquí

interesan) el principio del libre desarrollo de la personalidad; la nulidad matrimonial y, de modo especial, su régimen normativo vigente como manifestación de la “personalización” misma del negocio matrimonial; la simplificación de los esquemas normativos anteriores y su resultado: un matrimonio “de mínimos”; el doble ángulo a través del cual el legislador de 1981 hizo posible ese esquema matrimonial “básico”; el juego de las “adiciones”, en su caso, de los sujetos a ese esquema “básico”, así como tratar de poner de manifiesto el tremendo error de perspectiva que se produce cuando, tratándose del matrimonio, el principio del libre desarrollo de la personalidad viniera únicamente contemplado en la denominada “fase extintiva” de aquél, y no asimismo en la “fase constitutiva” del vínculo.

En el Capítulo segundo (“Capacidad, impedimentos matrimoniales y libre desarrollo de la personalidad”), he tratado de establecer la conexión entre, de un lado, uno de los tres elementos estructurales del negocio matrimonial (la capacidad para contraerlo) y el principio del libre desarrollo de la personalidad.

Desde esta perspectiva, el análisis de la legislación española que he tratado de llevar a cabo presenta luces y sombras. De un lado, la sensible disminución operada en el régimen de impedimentos entronca, desde luego, con el principio del libre desarrollo. De otro, la regulación de la edad para contraer (sensiblemente baja, en mi opinión) no creo que se ofrezca en correlación con tal principio, ni tampoco encontraría pleno encaje con el apartado primero del art. 45 CC, que adjetiva el consentimiento como “matrimonial”, lo que implica un grado de madurez que no siempre se da en un sujeto mayor de 16 años que haya obtenido la emancipación.

En el tercero de los Capítulos (“Discapacidad y Matrimonio”), abordo una temática especialmente delicada en materia matrimonial: la discapacidad, además, afectada por una pluralidad de reformas legislativas y no siempre certeras.

He tratado de analizar con detenimiento el art. 56.2 CC en su vigente redacción, tratando de llevar a cabo una exégesis de cada término empleado por el legislador.

Y, asimismo, se ha tratado de poner de relieve la imposibilidad de considerar la discapacidad intelectual como un supuesto de incapacidad comparable a los demás.

Un tal encuadramiento no fue desde luego el de la Ley de Matrimonio civil 1870, ni tampoco el del CC (redacción 1889). Un legislador avisado, como creo lo fue el de 1981, cerciorado plenamente de este punto de vista, obró en consecuencia, deslizando el tratamiento del problema a una sede bien distinta

INTRODUCCIÓN

de la de los “Requisitos del matrimonio”, al art. 56.2 CC (en sede de tramitación del expediente matrimonial), y plenamente acorde con su verdadera naturaleza (la de una incapacidad comprobable *ad casum*).

El Capítulo cuarto se dedica a “la inexistencia del consentimiento matrimonial”, diferenciado nítidamente los supuestos que lo son de inexistencia de consentimiento con aquellos otros en los que, existiendo, se presente no íntegro o viciado.

He tratado de profundizar en la “desformalización” del matrimonio. La relevancia esencial y básica del consentimiento no es comprensible, ni hubiera podido lograrse, sin esa correlativa disminución de la función misma de la forma en el negocio.

Si el matrimonio ha de ser cauce al libre desarrollo de la personalidad de los sujetos, sólo un consentimiento importa: el real o sustancial, el verdadero querer de los contrayentes.

Como no podría ser de otro modo, se presume que el consentimiento manifestado, exteriorizado, al tiempo de la celebración, coincide con el consentimiento real; pero, a diferencia de la legislación anterior, probada que esa coincidencia no se dio, prevalecerá el consentimiento real.

El tratamiento de la simulación matrimonial, el fenómeno de los llamados matrimonios “de conveniencia” o “de complacencia”, ocupa una buena parte de este Capítulo.

He tratado de buscar una adecuada concepción jurídica del fenómeno del matrimonio simulado. En la disyuntiva entre divergencia de voluntades (la interna y la declarada), o su reconducción al marco de la causa del negocio, he optado por una vía distinta, que creo acorde con la indiscutible “contractualización” que del negocio matrimonial llevó a cabo la Ley 30/81.

En este sentido, creo que la entrada en juego de los arts. 1261, 1262.1 y 1274 CC, relativos todos ellos a los contratos patrimoniales, ofrece una explicación por completo satisfactoria del fenómeno mismo de la simulación matrimonial.

Apoyo este criterio en la circunstancia de que la configuración contractual del negocio matrimonial, en cuanto concurso de dos voluntades concurrentes, resulta indiscutible y, por ello, la aplicabilidad (en su adecuada dimensión) de los preceptos a que se ha hecho referencia la creo acertada y provechosa en consecuencias.

El tratamiento de la temática de la inexistencia de consentimiento matrimonial la cierro con el dedicado a la figura de la reserva mental cuya relevancia en el

negocio matrimonial quizá se ofrezca como consecuencia de un paralelismo con la legislación canónica que no creo acertado.

En el Capítulo quinto, abordo la temática del consentimiento matrimonial no íntegro sino viciado.

En ella, el tratamiento del error matrimonial ocupa lógicamente un lugar central.

La importancia de la temática del error se deduce con toda claridad con solo tener en cuenta que el art. 73. 4º CC, que lo contempla, y el art. 45.1 CC, relativo a la necesidad de un consentimiento real, son las dos herramientas normativas a través de las que el legislador de 1981 configuró el negocio matrimonial como cauce al libre desarrollo de la personalidad.

En el capítulo se analiza con detalle toda la problemática del error: el recayente sobre la naturaleza del matrimonio, el que lo hace sobre la identidad del otro, y, de modo especialísimo, el recayentes sobre cualidad personal del otro que, por su entidad, hubiere sido determinante de la prestación del consentimiento, y que hace posible ese paso de un matrimonio “de mínimos” a un negocio matrimonial “personalizado” ya en función de los legítimos propósitos e intenciones de quienes lo contraen.

El Capítulo sexto y último se centra en las relaciones entre el llamado Derecho de daños y la figura de la nulidad matrimonial.

No cabe compartir un punto de vista que, no por generalizado, resulta aceptable: la de la imposibilidad de recurrir a las normas de Derecho de daños en materia de Derecho de familia.

Cuando en materia de relaciones familiares se contemplan ilícitos civiles, y las normas de Derecho de familia carecen de “complitud” en cuanto a la pretensión de resarcimiento se refiere, el Derecho de daños ha de intervenir.

CAPÍTULO I

LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y NULIDAD MATRIMONIAL: PRECISIONES INTRODUCTORIAS

I. PRECISIONES INICIALES

1. Breve introducción

El presente trabajo de investigación, con el que se pretende la obtención del grado de Doctor en Derecho, lleva por título “Libre desarrollo de la personalidad y nulidad matrimonial”, y apunta, como último objetivo, a poner de manifiesto, con la máxima claridad posible, como la figura de la nulidad del matrimonio, y, consiguientemente, su regulación en el marco del CC, se presenta como cauce, para ese libre desarrollo de la personalidad, estrechamente unido a la dignidad de persona, objeto de expreso reconocimiento en el art.10.1 CE y sobre el que se fundamenta aquella.

2. Orígenes del art. 10.1 CE

Cómo es bien sabido, el art. 10.1 CE no es una creación original¹, a diferencia de otras constituciones (como la de los EE. UU, instauradora de un régimen político (el presidencialista) hasta entonces desconocido².

Se trata, por tanto, de un artículo importado de otro texto jurídico³, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana⁴, no faltando también, quiénes

¹ LUCAS VERDÚ, P: “El artículo 10 traduce a la lengua española cuanto se afirma en la Ley Fundamental de Bonn (arts. 1c. 1 e 2) cuando considera la dignidad, los derechos inviolables del individuo y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social. Es evidente que la imaginación de los redactores del proyecto es escasa”: “Diritti e libertà fondamentali”, en AA. VV: *la Costituzione Spagnola Nel trentennale Della Costituzione italiana*, Università Degli Studi Di Bologna, Scuola di perfezionamento in Scienze Administrative, Arnaldo Forni Editori, Bologna, 26-27 Maggio, 1978, p.74.

² Aunque con la contrapartida, negativa en este caso, de la inexistencia en la Constitución de los EE. UU de una declaración de derechos, carencia que se ha venido paliando en el texto constitucional norteamericano a través de la introducción de enmiendas.

³ VIDAL MARTÍNEZ J: “Apropiación del constitucionalismo comparado”, “Algunas Observaciones acerca del concepto de persona y de los derechos que le son inherentes (Artículo 10.1 Constitución española), desde la óptica del Derecho Civil”, *Revista General de Derecho*, julio-agosto 1990, núm. 550-551, p. 5299.

⁴ Ley Fundamental de la República Federal Alemana (art.2): “Todos tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad siempre que con ello no vulneren los derechos del otro ni atenten el orden constitucional o a la ley moral”.

LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y NULIDAD MATRIMONIAL:
PRECISIONES INTRODUCTORIAS

han querido ver su origen en otros como, la Constitución Italiana⁵ y la Declaración universal de Derechos Humanos⁶.

El origen importado de dicho artículo tiene cómo contrapartida positiva la circunstancia de que los redactores de nuestra norma suprema, tuvieron a su disposición para su redacción materiales normativos⁷ que vienen a convertir su parte dogmática, (derechos fundamentales y libertades públicas) en el núcleo duro de la misma, presidido por ese párrafo primero del art. 10 CE, y en el que se formula, como pórtico, “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Por su ubicación en nuestro texto constitucional, no cabe duda de que tiene una importancia que trasciende del mero precepto y se extiende a todos los que conforman el Título I CE, sirviendo de base o estructura sobre la que se

⁵ Constitución italiana (art. 2): “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea en las formaciones sociales donde se desenvuelve su personalidad y requiere el cumplimiento de los deberes absolutos de solidaridad política, económica y social”

⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 22): “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

⁷ Cuya mención aquí resultaría innecesaria. Baste recordar, DUDH 1948, Asamblea General de la ONU. Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, del Consejo de Europa, 1949, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, 1966, Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, 1966, etc.

asientan⁸ sin poder incluir otros distintos que no estén expresamente contemplados en dicho texto⁹.

Este art. 10 CE, no se refiere únicamente al libre desarrollo de la personalidad sino también a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, siendo todos ellos fundamento del orden político y de la paz social, de manera que además de ostentar esa función interpretativa de los derechos y libertades del Título I, fundamenta todo el ordenamiento jurídico¹⁰.

Esta función, requiere de una conexión con otros preceptos, entre ellos el art. 1 CE relativo a la forma del Estado Español y a sus valores¹¹ y el artículo 9.2

⁸ En este sentido ver ESPINAR VICENTE, J. M: “El artículo 10 parece formulado como un pórtico introductorio a los cinco capítulos que integran el Título”, “Consideraciones en torno al “Libre Desarrollo de la Personalidad” desde un Planteamiento Social”, en AA. VV: *El libre Desarrollo de la Personalidad, artículo 10 de la Constitución*, (coord. por L. GARCÍA SAN MIGUEL), Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 1995, p.71, ROBLES MORCHÓN, G: “soporte sobre el cual han de entenderse los preceptos relativos a los españoles y extranjeros (capítulo primero), los derechos y libertades (capítulo segundo), los principios rectores de la política social y económica (capítulo tercero) así como las garantías y suspensión de las libertades y los derechos (capítulos cuarto y quinto), “El Libre Desarrollo de la Personalidad”, en AA. VV: *El libre Desarrollo de la Personalidad, artículo 10 de la Constitución*, (coord. por L. GARCÍA SAN MIGUEL), Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 1995, p.45 , BASILE, S: “ preludio o explicación racional que precede a las leyes para que sus destinatarios se persuadan de la bondad de los imperativos que contienen”, “ Los Valores Superiores, los Principios Fundamentales y los Derechos y Libertades Públicas”, en AA. VV: *La Constitución Española de 1978. Estudio Sistemático* (dir. por A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA), 2º Edición, Civitas, 1999, p. 273, JIMÉNEZ CAMPO, J: “el artículo 10.1 ha de ser visto cómo un elenco de principios, cada uno de los cuales demandaría el respeto o protección de un bien constitucional cuya determinación, desde luego, no debiera despacharse por el intérprete mediante el recurso a sobreentendidos, o a retóricas edificantes”, “Artículo 10”, en AA. VV: *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario* (dir. por M.E. CASAS BAHAMONDE y RODRÍGUEZ-PIÑERO y M. BRAVO-FERRER), Fundación Wolters Kluwer, España, 2009, p.171.

⁹ En este sentido ESPINAR VICENTE, J. M “: Los principios que en él se recogen no pueden ser interpretados cómo fuente de derechos distintos a los que se consagran constitucionalmente o no positiván en el resto del ordenamiento jurídico. No es una regla de producción destinada a incorporar al sistema nuevos derechos fundamentales que fueron silenciados, pero tácitamente apuntados por el constituyente”: “Consideraciones en torno”, cit., p.72 y BASILE, S que mantiene la tesis opuesta: “Ante todo del artículo 10, apartado 1º, se deduce un principio de *favor libertatis*, que el intérprete de la Constitución deberá tener siempre presente. Además, no se excluye que, sobre esta base, los jueces españoles no sólo podrán entender con carácter extensivo lo que esta explícitamente garantizado en el Título I, sino que, podrán llegar a considerar implícitos en él incluso otros derechos que no se garantizan expresamente”, “Los valores superiores, los principios fundamentales”, cit., p.274.

¹⁰ Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E: “se proclama este precepto “decisión política fundamental” en la terminología de SCHMITT, decisión que fundamenta todo el sistema constitucional en su conjunto”: “La Constitución como norma jurídica”, en AA. VV: *La Constitución Española de 1978, Estudio sistemático* (dir. por A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA), 2º edición, Civitas, 1999, p.145 y, JIMÉNEZ CAMPO, J: “En el artículo 10.1 está también presente, más allá de sus singulares prescripciones, un designio general de legitimación del ordenamiento en su conjunto”: “Artículo 10”, cit., p.179 y VIDAL MARTÍNEZ, J: utiliza las expresiones “quintaesencia del orden público español” y “supraprincipio” al referirse al artículo 10.1 CE, “Algunas observaciones”, cit., pp. 5300 y 5305.

¹¹ Art. 1.1 CE: “España se constituye en un Estado Social y Democrático que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

CE relativo a la función positiva o promocional que han de cumplir los poderes públicos para garantizar la libertad y la igualdad¹².

Al ser este art. 10 CE un “soporte jurídico” sobre el que se asientan los derechos y libertades del título primero, no es susceptible en sí mismo de amparo constitucional, sino que, requiere su reconducción a un derecho o libertad fundamental concreto que haya sido lesionado y a través del cual se manifieste¹³. A la inversa, estos derechos concretos tampoco podrán fundar su inconstitucionalidad en su contradicción con este art. 10 CE, sino únicamente en los otros derechos o libertades reconocidos expresa o tácitamente en la Norma Suprema.¹⁴

En todo caso, el libre desarrollo de la personalidad vincula, de un lado, al legislador a la hora de redactar leyes y de otro, a los jueces a la hora de su interpretación conforme al art. 9.3 CE del que deriva la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos¹⁵

Esta reticencia de nuestro TC a excluir del recurso de amparo al libre desarrollo de la personalidad se encuentra en el rechazo al iusnaturalismo, lo que conlleva la existencia de una Constitución basada más en normas concretas que en principios, a diferencia de la Ley Fundamental de la República Federal

¹² Art. 9.2 CE “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social”.

¹³ STC 27 junio 1990 (STC 120/1990) : “ la regla del artículo 10.1 implica que en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que se la situación en que la persona se encuentre constituyendo en consecuencia un minimun invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan al disfrute de los derechos individuales no conlleven menosprecio para la estima, que en cuanto, ser humano, merece la persona. Pero sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo y únicamente como fin de comprobar si se han respetado las exigencias, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquellos deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser está tomada en consideración por este Tribunal en cuanto referente. No en cambio de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan”.

¹⁴ STC 4 Julio 1991 (STC 150/1991): “Las normas constitucionales relativas a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad consagradas en el 10. 1 así como, los valores superiores recogidos en el artículo 1.1 si bien, integran mandatos jurídicos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional no pretenden la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática sea jurídico-penales o de cualquier otro tipo, Por tanto, no cabe fundar la inconstitucionalidad de un precepto en su incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas en la Constitución; tal inconstitucionalidad derivará ,en su caso , de que el precepto en cuestión se oponga a mandatos o principios contenidos en el Texto constitucional explícita o implícitamente, citada por OSORIO ITURMENDI ,L,” Artículo 10”, en AA.VV :*Comentario a la Constitución. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, (coord. por. A. JIMÉNEZ-BLANCO), Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, S.A, Madrid, 1993, p. 46.

¹⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, ello deriva de su carácter de “principio constitucional cardinal”, *El error en el matrimonio*, Prólogo de GALGANO, F, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1997, p.32

Alemana, lo que implica por una parte, una regulación muy exhaustiva de los derechos y libertades y por otra, la complejidad para adaptarse a los cambios sociales a consecuencia de su rigidez. Si bien, claro está, la CE contempló otros mecanismos para hacer posible esa protección directa del libre desarrollo de la personalidad como son, el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, así como, la posibilidad de recurrir en casación ante el TS por infracción de norma constitucional conforme al artículo 477.1º LEC.

3. La nulidad matrimonial y su regulación normativa como núcleo del presente trabajo

A) Introducción

Aunque el título del trabajo pone en conexión el principio del libre desarrollo de la personalidad con la figura y regulación de la nulidad matrimonial, es claro que ambas áreas temáticas no se presentan en plano de igualdad, ni en consecuencia se muestran como equivalentes en el desarrollo de mi investigación.

El trabajo que se pretende desarrollar se centrará, fundamentalmente, en la categoría jurídica de la nulidad del matrimonio, su alcance, significación, y régimen normativo, todo ello en el marco de los tradicionalmente denominados supuestos de patologías o crisis matrimoniales, en los que también se encuadran la separación y la disolución por divorcio, pero en el que, sin embargo, aparece nítidamente separada de aquellas por su función y régimen.

Considero que también a través de la figura de la nulidad y de su régimen, el legislador del CC está asimismo tutelando ese principio del libre desarrollo de la personalidad.

B) La nulidad matrimonial y su régimen como manifestación de la personalización del instituto matrimonial

Desde esta perspectiva, puede observarse mejor la idea fundamental del presente trabajo, que no es otra que la de demostrar, con la mayor claridad posible, que la nulidad matrimonial regulada en nuestro CC es, ante todo, una manifestación de una realidad que goza de denominación propia, aceptada por la mayoría de la doctrina científica, e incorporada a la terminología del Derecho de familia (“personalización del matrimonio”). El matrimonio “se personaliza”¹⁶, es decir se adapta a la persona a través del régimen de la nulidad, es decir “la tiene en cuenta especialmente”, en su concreta singularidad “.

La tiene en cuenta por cuanto el legislador se preocupa de la voluntad real de los sujetos, de sus deseos, intenciones y propósitos, de manera que ese régimen jurídico, a diferencia del vigente con anterioridad a la CE y, más concretamente,

¹⁶ En la doctrina española su introducción y posterior consolidación se debe a DE VERDA Y BEAMONTE, en numerosas aportaciones, entre otras, *El error*, cit., pp. 20 y ss.

con anterioridad a la Ley 30/81, en el que la voluntad manifestada en el acto de celebración venía establecida jurídicamente sin posibilidad alguna de ulterior modificación, pasará a ofrecerse como cauce para que los sujetos de la relación pasen de ser simples destinatarios de un régimen jurídico destinado en lo fundamental a mantener “ad extra” la dimensión formal del instituto, a protagonistas reales de la misma.

De esta manera la vinculación que se establezca no sólo será consecuencia de su voluntad real, sino que, además, sólo se reconocerá jurídicamente en tanto en cuanto responda, además, a sus legítimas intenciones y propósitos.

C) La simplificación de los esquemas matrimoniales anteriormente existentes. Hacia un matrimonio “de mínimos”

El resultado a que acaba de hacerse referencia habría de conseguirse a través, de lo que podríamos denominar, “simplificación” de los esquemas normativos existentes con anterioridad y provenientes de la redacción originaria del CC: un ejemplo podría ponerlo de manifiesto: la realidad matrimonial, su núcleo esencial, vendrá reducido al mínimo (unión estable y permanente), entre dos personas (desde 2005, también del mismo sexo), encaminada a constituir entre ellas una plena comunidad de existencia). El matrimonio tal como lo configura el legislador del CC no va más allá, parece agotarse en esa realidad, mínima y simplificada, a la que nos acabamos de referir.

Para que el matrimonio, así diseñado, vaya más allá, comprendiendo, por ejemplo, la procreación, será necesario que los sujetos de la relación, voluntariamente, añadan ese propósito o fin. En consecuencia, sólo cuando los dos, o uno de ellos, haya incorporado ese propósito, y sin embargo no sea realizable, concurriendo determinadas circunstancias, la nulidad matrimonial hará posible que, la imposibilidad de consecución de ese objetivo permita calificar ese matrimonio como carente de un consentimiento íntegro o no viciado, pero la nulidad no puede menos de presentarse aquí como instrumento jurídico puesto al servicio de los propósitos de los sujetos. De ahí, se desprende el respeto legislativo a la “personalidad” de aquellos.

Se está, ante un esquema normativo que podríamos calificar “de mínimos” al ser básico y simplificado de contenidos, contenidos que con anterioridad estaban incorporados a ese esquema normativo y que, en consecuencia, configuraban ese tipo matrimonio diseñado por el legislador del CC.

No se trata, de que esos contenidos hayan desaparecido, no están en ese esquema normativo, es decir, no forman parte de él, pero, la relevancia o irrelevancia jurídica de los mismos pasa a estar conectada a la voluntad de los sujetos de la relación, de ambos o de uno de ellos.

D) El doble ángulo de la simplificación legislativa

Esta nueva realidad normativa o “simplificada”, presenta distintas perspectivas, que no pueden ser aquí objeto de un estudio profundo, al serlo en otro lugar. En ocasiones, esa “simplificación” se presenta como resultado de la simple eliminación de obstáculos a la celebración del matrimonio, esos obstáculos desaparecen como tales, y, en consecuencia, el ámbito del *ius connubi* resulta necesariamente ampliado (así, vgr. la supresión de determinados impedimentos, como el de afinidad, suprimido inclusive en la línea recta por el legislador de 1981).

En el caso anterior, la “simplificación” es directa y manifiesta: circunstancias normativas que hasta entonces formaban parte del régimen del matrimonio en el esquema legislativo, desaparecen y, consiguientemente, aumenta el espacio de libertad de los sujetos, resultando posible contraer matrimonio con personas con las que, hasta entonces, la prohibición normativa lo impedía.

Pero ese proceso “simplificador” no se agota en lo anterior, ya que, la supresión de elementos del esquema normativo matrimonial no impide que los sujetos de la relación puedan, si quieren, concederles relevancia, incorporándolos a ese esquema básico diseñado por el legislador.

Puede parecer a priori que se trata de circunstancias que han sido contempladas en ese esquema, el legislador concibe el matrimonio sin ellas, pero pueden adquirir relevancia jurídica atendiendo a la voluntad de los sujetos. Estos quieren ese esquema básico, pero lo quieren incorporando a aquél alguno/s elemento/s que no están en ese esquema simplificado (así, por ejemplo, postulan o desean (uno o los dos sujetos de la relación) que su matrimonio sea un matrimonio con hijos: en consecuencia, el error sobre la esterilidad del otro, o de ambos, se convierte en circunstancia jurídicamente relevante, no porque lo sea para el legislador, sino, porque lo es para uno de los sujetos, o para los dos.

E) Las “adiciones” por voluntad del /os sujeto/s de la relación

Se trata de “adiciones” que se incorporarían a ese esquema “básico”, circunstancias añadidas a aquél por la voluntad de los propios sujetos, y que adquieren relevancia jurídica gracias a una toma en consideración por el legislador de esa voluntad, circunstancias que, pasan a ser jurídicamente relevantes al incorporarse a ese contenido mínimo, por la voluntad de ambos o de uno solo de los contrayentes.

No se trataría, por tanto, de circunstancias que el propio legislador las considere relevantes, ya que no las incorpora a su propio esquema de unión matrimonial, sino que sólo sucederá esto cuando los sujetos (ambos o uno de ellos) así lo quieran.

En una y otra de las facetas a que nos hemos referido anteriormente, la conexión de la figura de la nulidad de matrimonio con el principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) no parece presentar duda alguna.

F) Necesidad de un análisis “de contraste”: nulidad matrimonial frente a disolución por divorcio y separación conyugal

El estudio de la categoría de la nulidad matrimonial, como cauce de realización del principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10. 1 CE), constituye, como se ha manifestado anteriormente, el núcleo mismo del presente trabajo, pero esta idea esencial, no permite dejar a un lado la circunstancia de la imposibilidad de desconectar completamente la figura de la nulidad de matrimonio, de la de la separación y de la de la disolución por divorcio.

Sistemáticamente, el legislador dedica los capítulos VI, VII y VIII del Título IV, Libro Primero de aquél, a regular las tres figuras típicas de la llamada patología o crisis matrimonial. Estas, tradicionalmente venían agrupadas, y esa agrupación se mantuvo por el legislador de la Ley 30/81, que estableció una nueva regulación, y que (salvo de la incidencia de la Ley 15/2005, en lo relativo a la disolución por divorcio) es la vigente en la actualidad.

La figura de la nulidad resulta incomprensible, cuando se la pretende estudiar sin conexión alguna con la separación y la disolución por divorcio. Sólo atendiendo a estas dos últimas, será posible captar la verdadera dimensión de la primera, cuya manifiesta diferenciación con aquellas presupone necesariamente un análisis “de contraste”. Por ello, la consideración aislada de la figura de la nulidad de matrimonio resultaría insuficiente para una comprensión total de su dimensión.

Y es que, cuando se habla de la patología matrimonial, el operador jurídico, se dirige, casi automáticamente, a esa triple clasificación, buscando el encaje del supuesto de hecho ante el que se encuentre en alguna de ellas.

Desde esta perspectiva, los términos patología del matrimonio, crisis matrimoniales, son denominaciones que, aun en la actualidad sirven para denominar a ese bloque.

Sin embargo, ese análisis “de contraste”, es el que permite al operador jurídico, aproximarse de manera exacta a la figura de la nulidad matrimonial, pero esa aproximación, sólo es posible relacionándola con la de la separación y la de la disolución por divorcio. Sólo entonces, podrán determinarse con exactitud los contornos delimitadores de la primera. Sólo así resaltará claramente la indebida calificación de la nulidad como patología matrimonial. Sólo de esta forma, será posible comprender las sustanciales diferencias de régimen, que hacen de la nulidad una categoría radicalmente distinta de aquellas otras dos con las que, tradicionalmente, y aun ahora, viene situada en la propia sistemática del CC.

G) El denominador común de las tres figuras de la llamada “patología del matrimonio”: posibilitar el libre desarrollo de la personalidad de los sujetos de la relación matrimonial

Todo lo anterior, no obsta para constatar, la existencia de un “denominador común” en las tres figuras. Ese análisis “de contraste”, no puede evitar un dato esencial, y más en un ordenamiento como el nuestro, presidido por una Constitución, cuyo fundamento último viene constituido por la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

No cabe duda alguna de que la nulidad, separación y divorcio, pueden y deben ser contemplados en la actual legislación española como “cauces” para el libre desarrollo de la personalidad de los individuos.

Naturalmente, se trata de figuras jurídicas perfectamente diferenciadas, como son también diferentes las “vías” que cada una de ellas proporciona a los sujetos de la relación jurídica matrimonial en orden a ese libre desarrollo de la personalidad, pero ello no impide afirmar la existencia de ese “denominador común”: el régimen normativo de la nulidad, de la separación, y del divorcio, encontrarían su fundamento último en permitir a los individuos el derecho al libre desarrollo de su personalidad.

Aparece de nuevo, esa imposibilidad a que se hizo referencia anteriormente, sobre un análisis aislado de la figura de la nulidad, del propio de la separación y de la disolución por divorcio. Y es que la comprensión de la nulidad matrimonial como cauce al libre desarrollo de la personalidad de los sujetos de la relación, parece exigir de nuevo, ese análisis “de contrastes” al que hemos aludido previamente.

H) Libre desarrollo de la personalidad y fase constitutiva de la relación matrimonial

Ese análisis es el que viene a poner de relieve una circunstancia fundamental y que constituye la base del presente trabajo: que la protección del libre desarrollo de la personalidad de los sujetos de la relación no puede realizarse únicamente a través de lo que podemos denominar “fase extintiva” de la relación matrimonial, sino también en la que cabe llamar “fase constitutiva” de esa relación.

Se trata la anterior de una idea esencial, pero que exige a su vez algunas consideraciones adicionales, adelantadas ya, debido a que el propio juego de las figuras separación-disolución por divorcio parece querer ocultar el alcance y la función de la nulidad matrimonial como cauce, puesto al servicio de los sujetos en orden a ese libre desarrollo de la personalidad de aquellos.

En un análisis superficial, la relación de las figuras separación—divorcio con el libre desarrollo de la personalidad aparece con bastante claridad. Y ello porque, en ambos casos, se trata de figuras a las que podría aplicarse el calificativo de “extintivas”, si bien, no en la misma medida.

Mientras, tratándose de la disolución por divorcio, se está a la “extinción total” de la relación jurídica matrimonial, en el caso de la separación, el efecto básico del cese de la convivencia no lleva consigo la extinción-disolución del vínculo matrimonial. Es obvio, que desde una perspectiva social y no tanto jurídica, una modificación del régimen de la separación y del divorcio tendentes (como ocurrió en España tras la Ley 15/2005) a facilitar el cese de la convivencia, o incluso la disolución del vínculo, sin necesidad de invocar, ni acreditar, causa alguna de separación/divorcio, su conexión con el libre desarrollo resulta aún más nítida. Y ello porque muestra la posibilidad misma de que los sujetos se desliguen o rompan con situaciones matrimoniales, angustiosas o insatisfactorias. La posibilidad de aplicar lo anterior también a la separación radicaría en que, en ella, “si bien no se disuelve el vínculo, sí al menos se produce la suspensión de la vida en común de los casados” (art. 83 CC).

La figura de la nulidad de matrimonio, por su propia naturaleza, se presenta diferente a las dos anteriores, y esta diferencia es la que puede originar dificultades por cuanto se refiere a su encuadre en el ámbito del principio del libre desarrollo de la personalidad.

Nulidad matrimonial y libre desarrollo de la personalidad: ¿Dónde encontrar el punto de conexión? ¿Lo que en la separación y el divorcio se presenta fácil, se vuelve más complejo tratándose de la nulidad?

¿Cuáles son los argumentos sobre los que fundamentar esa conexión?

De una parte, el art. 32 CE. Su párrafo primero¹⁷, reconoce expresamente el derecho al matrimonio (el *ius nubendi*) como un derecho de los ciudadanos. Pero esa referencia al matrimonio, el legislador constitucional la hace necesariamente, a su completo régimen jurídico, como afirma el apartado segundo, en el que se contiene una reserva de ley ordinaria referida a las formas de celebración, edad, capacidad, derechos y deberes de los cónyuges, causas de separación y disolución y sus efectos.

En definitiva, ese *ius nubendi*, como derecho de los ciudadanos requiere que aquellos que lo ejerzan lo hagan válidamente.

¹⁷ “El hombre y la mujer tiene derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. En él, además, de reconocer el *ius nubendi* como derecho de los ciudadanos se hace referencia expresa a la diversidad sexual en él contenida, relativizada posteriormente por la jurisprudencia del TC, a propósito del recurso de inconstitucionalidad presentado en su día contra la Ley 13/2005, de reforma del CC. Cfr. STC 6 noviembre 2012 (STC 198/2012).

Sin embargo, no cabe encontrar referencia alguna a la nulidad matrimonial en ese párrafo segundo del art. 32 CE, si bien, dicha omisión no pretende oscurecer la idea de que, también esta y su régimen, encuentran su plena justificación en ese libre desarrollo de la personalidad de los sujetos.

Fueron razones políticas, y no jurídicas, las que parecen explicar ese silencio, si bien, en ningún caso, tienen que ver con una visión restrictiva del matrimonio por parte del legislador de la época, que quisiera referirse únicamente a la separación y al divorcio y no a la nulidad.

Incluso el art. 32.2 CE no contiene tampoco, referencia expresa alguna al divorcio, aunque se entiende que quedaría comprendida en la expresión “causas de disolución”

La nulidad matrimonial hay que entenderla contenida, necesariamente, en el ámbito del párrafo segundo del art. 32 CE. Y si la regulación del divorcio y de la separación hay que considerarlas puestas al servicio del libre desarrollo de la personalidad de aquellos que libremente decidan disolver su matrimonio, o cesar su vida en común aun manteniendo el vínculo, ello es aplicable también a la nulidad y su régimen jurídico. Así, dado su ámbito y extensión, esta se conecta también, con el libre desarrollo de la personalidad, pudiendo acudir a autorizada doctrina que se ha encargado de poner de manifiesto tal conexión¹⁸.

Por otro lado, el encaje de esta nulidad y la conexión de aquella, con el principio del libre desarrollo de la personalidad, se presenta como consecuencia de que si las fases “extintivas” de la relación matrimonial, se presentan u ofrecen como cauces para ese libre desarrollo, ¿cómo excluir de ese ámbito la fase “constitutiva” de aquella?, sin la cual divorcio y separación carecerían de toda lógica? ¿No sería necesario que esa fase “constitutiva” fuera tenida en cuenta por el legislador con la misma atención e intensidad que las “extintivas” del divorcio o separación?

¿Acaso no se protege al sujeto y a su libre desarrollo de su personalidad, a través de la garantía legislativa de que el matrimonio celebrado ha sido, además, válidamente contraído, y responde a su verdadera voluntad y propósitos? ¿No se protege de la misma manera ese libre desarrollo teniendo por no constituido el vínculo matrimonial cuando ese proyecto de unión contradiga ese esquema

¹⁸ “En rigor, afirma DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, creo que la justificación última de la nulidad matrimonial hay que buscarla en el principio de tutela *de la libertas matrimonialis*, que, sin duda, constituye una de las máximas expresiones del principio de “libre desarrollo de la personalidad”, en la medida en que tutela un interés fundamental de la persona a constituir una familia fundada en el matrimonio y a desarrollar en ella la propia personalidad”, *El error*, cit., p. 20. En el marco de esta idea matriz fundamental, la de “personalización” del matrimonio, el autor ha reiterado más recientemente esta premisa básica del encuadramiento y justificación misma de la figura de la nulidad matrimonial en el ámbito del “libre desarrollo de la personalidad”, en otras aportaciones: “Los matrimonios simulados o de conveniencia”, *Tribuna*, (IDIBE), abril, 2020: “La categoría de la nulidad ha de vertebrarse sobre la idea-fuerza del valor preeminente de la persona sobre la institución”.

matrimonial mínimo diseñado por el legislador, o no responda a los legítimos propósitos e intereses de los sujetos intervinientes?

I) “Desinstitucionalización” del matrimonio y “simplificación” de su esquema normativo, como categorías complementarias que se reclaman mutuamente

Finalmente, y en estrecha conexión con lo que se acaba de decir, el régimen de la nulidad permite equilibrar el interés público o institucional, con la voluntad real y los legítimos fines que pretenden conseguir aquellos que se unen en matrimonio.

En este sentido, podríamos decir que el matrimonio se “desinstitucionaliza”¹⁹, se “simplifica” en su esquema normativo. Lo que en otro tiempo eran, “fines objetivos y típicos” se separan ahora de ese esquema normativo y solo pasan a ser relevantes en la medida en que sean queridos por aquellos que lo contraen (de uno o de ambos). Es decir, en cuanto vengan “añadidos” a ese esquema “básico” con el que el matrimonio está presente en nuestro ordenamiento.

J) Nulidad matrimonial canónica y libre desarrollo de la personalidad

En estrecha conexión con lo anterior, y como especialidad destacada del régimen de la nulidad matrimonial en nuestro sistema jurídico, no cabe omitir una referencia a la nulidad matrimonial decretada por los tribunales eclesiásticos, pero con eficacia civil al amparo de lo dispuesto en el art. 80 CC.

En la figura de la nulidad matrimonial canónica, la conexión de la nulidad con el libre desarrollo de la personalidad de los sujetos de la relación se presenta de manera, aún más amplia, por cuanto se proyecta, además, sobre un derecho fundamental, el de la libertad ideológica, y, más concretamente, sobre una de las manifestaciones más destacadas de aquél: el de libertad religiosa (art. 16. 2 CE).

Quienes acuden a la jurisdicción eclesiástica para que sean sus órganos jurisdiccionales los que declaren nulo su matrimonio, lo hacen con fundamento en sus creencias, pero, a diferencia de otros ordenamientos de países europeos

¹⁹ Aunque aquí el término “desinstitucionalización” se use en un sentido que no es el que habitualmente se le atribuye cuando, por ejemplo, se hace referencia a la disolución por divorcio o a la separación conyugal. Desde esta perspectiva, el término viene referido a la circunstancia de que ahora el matrimonio habría perdido esa significación “institucional”, en cuanto su permanencia quedaría confiada a los propios cónyuges. Estos podrán ponerle fin en cuanto transcurran esos plazos mínimos, por voluntad común, o incluso de uno solo de ellos.

Ahora, por el contrario, se haría referencia a la “desinstitucionalización” en otro sentido. El matrimonio se “desinstitucionaliza”, en cuanto el legislador habría optado por “simplificar” su esquema normativo, reduciendo su esquema. Si bien, esos elementos que quedan fuera de ese esquema legal podrán más tarde entrar en el mismo por la libre voluntad de los contrayentes, adquiriendo relevancia jurídica.

y americanos, la especificidad del nuestro es el del reconocimiento civil, manifestado en la concesión de efectos asimismo civiles, a tales resoluciones.

Lo anterior parece introducir un elemento de especial importancia en la delimitación de esa conexión entre nulidad matrimonial y principio del libre desarrollo de la personalidad, por cuanto nuestro legislador, no se limita únicamente a respetar que los ciudadanos que profesan una determinada religión puedan acudir a sus órganos jurisdiccionales por razones de conciencia, sino que, además, atribuye eficacia civil a tales resoluciones.

II. SIGNIFICACIÓN INSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

1. Precisión inicial

Cuando se pretende explicar el “principio” del libre desarrollo de la personalidad desde la perspectiva de su “significado institucional”, surgen inmediatamente una serie de cuestiones: de una parte, su misma calificación, la de “principio”, que requiere quizá un estudio detenido que permita entender tal calificación; de otra, la posibilidad de referir esta significación institucional al libre desarrollo de la personalidad, con independencia de la predicable del de dignidad de la persona, siendo así que el propio legislador constitucional se refiere conjuntamente a ambos en el párrafo primero del art. 10 CE.

Comenzando por la segunda de las interrogantes: ¿Es posible entonces esa consideración separada del libre desarrollo, como si se tratase de una realidad distinta de la constituida por la misma dignidad del ser humano, que la Constitución le reconoce y le atribuye, por el solo hecho de ser persona?

La respuesta negativa es clara, pero con algunas matizaciones: es evidente que el libre desarrollo de la personalidad es consecuencia de la dignidad misma de la persona, no podría ser de otra manera, aunque dotado de un contenido propio y específico. Negar esta premisa conduciría a convertir en superflua, la referencia expresa al “libre desarrollo de la personalidad” en el ese art. 10.1 CE. Cabe entender que, si el legislador constitucional menciona separadamente sus contenidos es porque estos no son iguales o idénticos.

No existe, por tanto, confusión con la dignidad de la persona. Sus respectivos ámbitos no son coincidentes. La dignidad del ser humano, por el hecho mismo de serlo, comprende el libre desarrollo de la personalidad²⁰, cuyo ámbito no coincide del todo con el de aquella, en cuanto la dignidad de la persona abarca

²⁰“A la vista de la jurisprudencia constitucional, afirma DE VERDA Y BEAMONTE, J.R que no parece aventurado concebir el libre desarrollo de la personalidad como una irrenunciable exigencia de la dignidad humana, que halla su centro de gravedad en la idea de “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”, STC 11 abril 1985 (STC 53/1985), *El error*, cit., p. 31.

el libre desarrollo, pero la realidad que interesa no es otra que la representada por el “significado institucional de la persona”.²¹

Entiendo que, el significado institucional que quepa atribuir al libre desarrollo de la personalidad ha de presentarse, como consecuencia del que es propio de la misma persona.

2. Escasez en el tratamiento del libre desarrollo de la personalidad frente al de dignidad de la persona

A pesar de que, como hemos anunciado anteriormente, ese libre desarrollo de la personalidad ha de tener un contenido propio y diferenciado del de dignidad personal, cómo se desprende de esa mención separada en el art. 10.1 CE, no existen muchas referencias expresas a aquel, sobre todo en el ámbito jurisprudencial, quizá por considerar los operadores jurídicos que esa noción de libre desarrollo está comprendida en el propio concepto de dignidad personal.

Si atendemos a los orígenes de la introducción del concepto de “dignidad personal” en nuestro texto constitucional nos debemos remontar al cristianismo²², con el que se empieza a considerar a la persona y a su dignidad como centro del sistema jurídico, adoptándose una posición más humanista en la que la idea clave es esa protección de esos valores humanos que, en definitiva, vendrían a legitimar y justificar la actuación de los poderes públicos²³.

²¹ Aunque de sobra conocida, sigue siendo esencial recoger aquí una amplísima bibliografía, encabezada por la magistral aportación de DE CASTRO Y BRAVO, acerca de la distinción entre significado “técnico” de persona, reconducible a la subjetividad jurídica, y significado “institucional” de aquella. Junto a la primera de las distinciones (“punto de convergencia y centro de imputación de derechos y deberes”), el maestro se refería al segundo de estos aspectos, “vivo en la jurisprudencia, aunque descuidado por la doctrina, “La persona tiene un propio significado interno, un valor específico que se manifiesta, expresa o tácitamente, en las normas que le afectan; y sin que quepa expresarlo en conceptos abstractos o técnicos, se exterioriza en los principios jurídicos que imponen ese su especial matiz (personal) a todas las relaciones jurídicas que implican directamente a la persona. La importancia básica, general y permanente para todo el ordenamiento jurídico, hace que se pueda designar a este aspecto como el significado institucional de la persona. Este significado institucional puede observarse directamente en el Derecho de la persona e indirectamente en todo el Derecho. Se deriva del valor intrínseco de la persona, de su especial dignidad, de su carácter de ser con propios fines, que el Derecho tiene que respetar y debe proteger”, DE CASTRO Y BRAVO, F: *Derecho Civil de España*, Introducción de DÍEZ PICAZO, L, T. II. Derecho de la Persona. Parte Primera. La persona y su estado civil, Ed. facsimilar, Cívitas, Madrid, 1984, pp. 32-33.

²² ROBLES MORCHÓN, G: “la idea de dignidad humana es la traducción al lenguaje secularizado de la idea cristiana de que todos los hombres, independientemente de cualquier condición o circunstancia, son hijos de Dios”, “El Libre Desarrollo”, cit., p.46.

²³ GORDILLO CAÑAS, A: “voto particular en la STS 2 Julio 1987 (STS 8700/1987): “Firme el que el principio, el sujeto y fin de todas las instituciones sociales es y debe seguir siendo la persona humana, plena de dignidad, debe añadirse que la vida social del hombre no es algo accidental, sino que necesita en absoluto de la vida social. El estado de cada hombre en el todo en el que necesariamente ha de estar, no es algo que arbitrariamente puedan fijar el mismo sujeto o el legislador, sino que se impone por las condiciones y características de cada individuo, que deben ser respetadas por imperativo del bien común que debe ser conseguido”, *Ley, Principios Generales y Constitución, Apuntes para una relectura*

Aparece así la “dignidad “como un concepto abstracto que requiere por tanto de un sujeto al que referirse, siendo ese sujeto el ser humano “conformado” por derechos y libertades para alcanzar un fin, “el libre desarrollo de su personalidad”.

Así, podríamos distinguir dos facetas dentro de la propia dignidad de la persona, la “estática”, referida a los derechos y libertades, contemplados expresamente en nuestro texto constitucional y sin posibilidad de variación, que corresponden al sujeto tal y como se contemplan y la “dinámica”, representada por el libre desarrollo, un concepto que se va gestando con el tiempo en función de las necesidades del sujeto en cada momento y que por el contrario tiene carácter variable²⁴.

Es posible, por tanto, que el sujeto requiera en un primer momento de unos derechos y libertades para configurar su libre desarrollo, en tanto que más tarde ese marco de derechos y libertades experimente cambios o mutaciones, con el reconocimiento de nuevos derechos, siquiera encaminados todos ellos a la consecución de ese fin.

Esta distinción parece más fácil de apreciar en el ámbito doctrinal que en el jurisprudencial, dado que, son pocas las ocasiones en las que la sentencias contienen una referencia expresa al libre desarrollo de la personalidad en su fundamentación, sino que más bien, suelen aludir únicamente, a la dignidad de la persona.

Algunas, se limitan a destacar que los principios del artículo 10.1CE son fundamento de otros derechos²⁵ sin hacer ninguna otra mención, otras mencionan expresamente la dignidad como uno de los fundamentos de la decisión, que no el único²⁶, no faltando asimismo algunas en que la referencia

desde la Constitución de la Teoría de las Fuentes del Derecho, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 1990, p.109.

²⁴ En este sentido ver ROBLES MORCHÓN, G: “por el mero hecho de ser humano , se es portador del valor dignidad; mientras que en el caso de la personalidad se trata de una conquista: cada cual ha de hacerse la suya propia: no se es personalidad, sino que se es persona; no se tiene persona, sino que se tiene personalidad, “ El Libre Desarrollo”, cit., p.48 y RUIZ-GIMÉNEZ CORTES, J : “Esa fuerza impulsora de un cambio subjetivo, personal, en relación dialéctica con el propio cambio social (económico, cultural y político) que encierra la idea del “libre desarrollo de la personalidad” incorporada al artículo 10.1, da a este, en su interpretación jurídica y en su aplicación un esperanzador sentido dinámico”, “Artículo 10”, en AA.VV :*Comentarios a las Leyes Políticas*, (dir. por O. ALZAGA VILLAAMIL), Constitución Española de 1978, T. II, Artículos 10 a 23, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, p. 124.

²⁵ En este sentido ver STC 4 octubre 1985 (STC 101/1985): “En el presente caso la necesidad de una mínima actividad probatoria que pueda entenderse de cargo y que se realice con las debidas garantías procesales resulta reforzada por tratarse del ejercicio de un derecho, el de reunión y manifestación reconocido en el artículo 21 de la Constitución, que forma parte de aquellos derechos que, según el artículo 10 de la norma fundamental son el fundamento del orden político y de la paz social. El derecho a la presunción de inocencia en este contexto se revela, no sólo como garantía procesal sino también, como garantía del ejercicio de un derecho fundamental” (F. J 3º).

²⁶ En este sentido ver STC 22 junio 1989 (STC 113/1989): “los valores constitucionales que conceden legitimidad al límite que la inembargabilidad impone al derecho del acreedor a que se cumpla la

al libre desarrollo de la personalidad es meramente accesoria cuándo quizá, debía ser fundamento principal de la decisión²⁷.

De lo anterior se desprende la reacia aptitud del TC a utilizar como único fundamento de algunas decisiones el libre desarrollo de la personalidad, quizá por considerar que es un concepto de difícil concreción puesto que no puede determinarse un contenido general del libre desarrollo, sino que este, dependerá en cada caso cada del sujeto y sus circunstancias²⁸.

sentencia firme que le impone el crédito, se encuentran en el respeto a la dignidad humana configurado como el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social en el artículo 10 de la Constitución al cual repugna, según aduce el Abogado del Estado, que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve hasta el extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales, así como la protección de la familia ,el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada, valores estos que, unidos a las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad que debe garantizar la Seguridad Social, están constitucionalmente consagradas en los artículos 39, 41, 43 y 47 de la Constitución y obligan a los poderes públicos no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional”, sino además a desarrollar una acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales, a cuyo fin resulta razonable y congruente crear una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna” (F.J 3º).

²⁷ En este sentido ver STC 11 abril 1985 (STC 53/1985) : “indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes” añadiendo , que “nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) y los derechos a la integridad física y moral (artículo 15), a la libertad de ideas y creencias (artículo 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18.1) . Del sentido de estos preceptos, puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por los demás” (F.J 8º) y STC 15 noviembre 1990 (STC 184/1990): “el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido ni coartado porque al supérstite de una unión de hecho la Ley no le reconozca pensión de viudedad.”

El libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado en su caso, si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la *convivencia more uxorio* o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial, de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o soportar sanciones legales de cualquier índole. Pero es evidente, que el artículo 10.1 de la Constitución no puede servir en modo alguno de fundamento por sí sólo y aisladamente considerado, del derecho a percibir la pensión de viudedad en favor de uno de los que extramatrimonialmente cuando el otro fallece” (F.J 2º), a lo que añade “ es cierto que la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente ligada al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución), de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. Pero lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho, que por imperativo del artículo 14, sea acreedora al mismo tratamiento-singularmente, por lo que ahora importa en materia de pensiones de la Seguridad Social -que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación, qué en cuanto institución social, la Constitución garantiza” (F. J 3º).

²⁸ PALOMAR OLMEDA, A: “La referencia al libre desarrollo de la personalidad es, sin duda, una referencia menos categórica- en términos jurídicos, y más difusa en su aplicación”, “Comentario al artículo 10 de la Constitución Española” en AA. VV: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*

Su utilización como único fundamento, podría generar resoluciones arbitrarias y contradictorias generando una inseguridad jurídica a la sociedad, de ahí que suele recurrirse a él junto con otros argumentos.

El libre desarrollo es una de las mayores manifestaciones de la autonomía individual, permitiendo al sujeto un ámbito de libertad, sujeto a muy pocas restricciones, únicamente aquellas que provengan de la ley o de los derechos de los terceros, teniendo estas por tanto carácter excepcional.²⁹

Así, en numerosas ocasiones la jurisprudencia ha optado por limitar ese libre desarrollo de la personalidad cuando este se opone a otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos en los casos en los que, previa ponderación, se requiera para evitar que estos queden vacíos de contenido.

Esto, por ejemplo se observa en sentencias relativas a las huelgas de hambre³⁰, esterilización de incapaces³¹ o convivencia *more uxorio*³² en las que no se entiende incluida en ese libre desarrollo de la personalidad la libertad para decidir sobre

(dir. por L. M. CAZORLA PRIETO), T. I (artículos 1 a 96), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, p.225.

²⁹ PALOMAR OLMEDA, A: “el libre desarrollo de la personalidad es, sin duda, una proyección del principio de defensa de la libertad personal y ciertamente encuentra numerosos preceptos constitucionales que se refieren a la misma como la construcción de un espacio en el que desarrollar la esencia de la voluntad sin trabas que no provengan de la Ley o del respeto a los derechos de los terceros”, “Comentario al artículo 10”, cit., p.225.

³⁰ STC 27 junio 1990 (STC 120/1990): “Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en un círculo de su libertad pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte pero esa disposición, constituye una manifestación del *agere licere* en cuanto que, la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda, incluso, frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho” (F.J 7º). “Conforme a esta doctrina, la libertad de rechazar tratamientos terapéuticos, como manifestación de la libre autodeterminación de la persona, no puede entenderse incluida en la esfera del artículo 17.1 de la Constitución” (F.J 11º).

³¹ STC 14 julio 1994 (STC 215/1994) : “la esterilización del incapaz sometida a los requisitos y garantías que impone el artículo 428 del Código Penal ,le permite no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (artículo 10.1) y a su integridad moral (artículo 15) haciendo posible el ejercicio de su sexualidad si es que intrínsecamente lo permite su padecimiento psíquico, pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no pueden prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica y que, por esa misma causa no podría disfrutar de las satisfacciones y derechos que la paternidad y la maternidad comportan, ni cumplir por sí mismo los deberes(artículo 39.3) inherentes a tales situaciones (F.J 4º).

³² STC 25 abril 1994 (STC 126/1994): “teniendo en cuenta la anterior doctrina, es evidente que se subvierte el deber de fundamentar en “derecho” cuando se resuelve sobre las pretensiones ejercitadas por las partes con arreglo a una norma que con toda evidencia no contempla en absoluto el supuesto de hecho. Y con ello se restringe, o suprime un derecho como la pensión de viudedad que cumple una función constitucional, dándole relevancia para este fin a actuaciones privadas que constituyen manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad y que ninguna norma legal ha tomado en consideración con ese resultado restrictivo”. (F.J 6º).

la propia muerte, en el primer caso, la libertad de procreación, en el segundo y la pensión de viudedad procedente de un matrimonio anterior, en el tercer caso, por ser supuestos en los que se produciría una restricción de derechos constitucionales como la vida, la salud o la tutela judicial efectiva.

En otras ocasiones, por el contrario, el TC se ocupa de destacar su relación con la llamada “dimensión positiva” de los derechos fundamentales, en concreto con derechos como la intimidad e inviolabilidad domiciliaria reconocidos en los arts. 18 apartados primero y segundo de la CE y con el de integridad física y moral contemplado en el art. 15 del mismo texto ³³.

De lo anterior se desprende una doble proyección del libre desarrollo, en ocasiones para limitar determinados derechos (dimensión negativa) y en otros, para ampliarlos (dimensión positiva), si bien en la mayoría de los casos la referencia al mismo por los tribunales parece realizarse *obiter dicta* y no, por tanto, como uno de los argumentos principales o esenciales de la decisión.

3. La carencia de homogeneidad entre los enunciados del art. 10.1 CE

Entre los constitucionalistas no faltan pareceres que muestran esa carencia de uniformidad de los enunciados del art. 10.1 CE. Así, destaca el punto de vista tendente a ver en este artículo “un conglomerado de derechos”³⁴, y que, de aceptarse, conllevaría dos consecuencias, de un lado, una pérdida de valor del propio contenido del art.10.1CE³⁵ y, de otro, una postura respecto a la naturaleza misma³⁶ y alcance de esos enunciados, al calificarlos como “derechos”.

Y es que mientras la personalidad y los derechos inviolables son más tangibles, porque la interpretación histórica y jurisprudencial ha situado “en el eje de la interpretación, como afirma PALOMAR OLMEDA, los derechos humanos y

³³ En este sentido ver STC 24 mayo 2001 (STC 119/2001), STC 12 septiembre 2005 (STC 220/2005), STC 27 marzo 2007 (STC 62/2007) y STC 2 julio 2007 (STC 160/2007). En todas ellas se repite el argumento de la primera de las sentencias que realza “la dimensión positiva de estos derechos en relación con el libre desarrollo de la personalidad orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no solo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada”

³⁴ En este sentido, PALOMAR OLMEDA, A: “Comentario al artículo 10”, cit., p. 224.

³⁵ Pérdida de valor en cuanto vendría a colocar el contenido del art. 10.1 CE en el marco de “los derechos”, en un escalón entonces inferior al que es propio de los “valores” y “principios” que la Constitución reconoce. Es claro que cuando se habla de “valores”, de “principios” contenidos en la propia CE, el enfoque del intérprete se sitúa en una perspectiva distinta de aquella que se adopta cuando se refiere a “derechos” recogidos en el texto constitucional.

³⁶ La dificultad del tema se agrava, fundamentalmente por las imprecisiones en cuanto a la naturaleza y alcance de los términos constitucionales objeto de atención: “valores”, “supra principios”, “principios”, “normas”, “derechos”. En una primera aproximación, los “valores” proclamados por la Constitución se situarían en un plano de mayor abstracción, los “principios” implican una “concreción” de esos “valores”, concreción que aún en mayor grado cabría predicar de las “normas”. Tratando de arrojar algunas precisiones por cuanto a su configuración se refiere, JIMÉNEZ CAMPO, J: “Artículo 10”, cit., p. 179.

de la persona que constituyen un concepto nítido, conocido y comprensible”³⁷, la referencia al libre desarrollo de la personalidad “es, sin duda, una referencia menos categórica, en términos jurídicos, y más difusa en su aplicación”³⁸.

Parece existir una tradición jurídica asentada tras la expresión “dignidad de la persona”³⁹, que no es aplicable en cambio a la de “libre desarrollo de la personalidad”

En la jurisprudencia constitucional son frecuentes las que podríamos denominar “consideraciones de conjunto” sobre el contenido del art. 10.1 CE de la CE⁴⁰, pero casi inexistentes las que establezcan diferencias entre “dignidad de la persona” y “libre desarrollo de la personalidad”.

El libre desarrollo de la personalidad, que no puede concebirse al margen de la dignidad de la persona⁴¹, exige un contenido propio y separado de ese marco general referido a la propia dignidad personal, lo que implica su concreción.

Es por ello, por lo que creo debemos formularnos la siguiente pregunta, ¿cuál sería entonces la realidad sobre la que se concretaría ese libre desarrollo de la personalidad?

4. Hacia un intento de aproximación a la noción de libre desarrollo de la personalidad

A) Naturaleza

Antes de trazar unas líneas orientativas sobre esa realidad en la que se proyecta el libre desarrollo de la personalidad, surge la duda de su naturaleza. Se trata, de

³⁷ PALOMAR OLMEDA, A: “Comentario al artículo 10”, cit., p. 225.

³⁸ PALOMAR OLMEDA, A: “Comentario al artículo 10”, cit., p. 225.

³⁹La STC 27 junio 1990 (STC 120/1990) en su FJ 4, afirma, sentando reiterada doctrina que “como valor espiritual y moral inherente a la persona la dignidad constituye un minimum que debe ser respetado pero no es un valor autónomo estimable directamente en amparo y en abstracto, sino sólo en sus manifestaciones concretas de cada derecho individual susceptible de amparo”, GUI MORI, T: *Jurisprudencia Constitucional 1.981- 1.991, Estudio y reseña completa de las Sentencias del TC*, Cívitas, Madrid, 1.992, p.712.

⁴⁰ En esta línea, entre otras, STC 4 julio 1991 (STC 150/1991): “Las normas constitucionales sobre la dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y los valores superiores recogidos en el art.1.1 CE si bien integran mandatos jurídicos objetivos y de valor relevante, no pretenden la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática, sea jurídico-penal o de cualquier otro tipo”, GUI MORI, T, *Jurisprudencia Constitucional*, cit., p.712.

⁴¹ La afirmación encuentra confirmación expresa en la jurisprudencia constitucional: STC 11 abril 1985 (STC 53/1985), que se refiere al libre desarrollo de la personalidad como “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”, que entronca con el valor jurídico fundamental “dignidad de la persona”. Véase DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., p.23. Dejando de lado ahora el relativo grado de imprecisión (“valores”, “principios”) en lo que se refiere a la calificación misma del principio de dignidad de la persona, el fallo es de gran interés; de una parte, por cuanto nos ofrece el concepto de libre desarrollo de la personalidad (“autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”); de otra, por poner de manifiesto la conexión entre libre desarrollo y la dignidad de la persona.

LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y NULIDAD MATRIMONIAL:
PRECISIONES INTRODUCTORIAS

un cuestión ambigua e imprecisa⁴². Si atendemos a la CE los términos “valores”⁴³, “principios”⁴⁴, “normas”⁴⁵, aparece confusos, sin que la jurisprudencia constitucional ayude lo más mínimo a clarificarlo.

La CE utiliza expresamente el término “valores”. De ahí, el parecer casi unánime en relación con la dimensión axiológica de nuestra norma suprema,

⁴²En este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, E: utiliza las diversas expresiones para referirse al contenido del 10.1: “valores básicos”, “partes materiales básicas dentro de la propia economía de la Constitución”, “decisiones que fundamentan todo el sistema constitucional en su conjunto” y “principios que se destacan como primarios en todo el sistema y protegidos en la hipótesis de reforma constitucional que presentan, por fuerza, una “enérgica pretensión de validez y constituyen, por ello, los principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento, comenzando por la de la Constitución misma”, La Constitución”, p. 144-146, GARRIDO FALLA, F: “valores, premisas o principios que constituyen el” fundamento del orden político y de paz social”, “Artículo 10”, *Comentarios a la Constitución*, 3ª edición ampliada, Cívitas, Madrid, 2001, p. 196 y ORTIZ NAVACERRADA, S, que utiliza la expresión “principios y derechos” refiriéndose primero a “que de tales principios y derechos es expresión máxima el artículo 10 de la Constitución” y después a “valorar sumariamente la configuración de nuestro proceso civil desde la perspectiva de los principios y derechos que consagra el artículo 10 de la Constitución”, sin especificar a qué denomina principio y a qué derecho, “El proceso civil desde la perspectiva del artículo 10 de la Constitución”, en AA.VV: *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución* (coord. por L. GARCÍA SAN MIGUEL), Universidad de Alcalá. Servicio de Publicaciones, 1995, pp. 125-126.

⁴³ Algunos autores optan por configurar al libre desarrollo de la personalidad como un valor añadido a los demás, que contempla el propio art. 10.1 CE y así RUIZ GIMÉNEZ CORTES, J, dispone textualmente que “Dado que el texto constitucional añade, y lo que abunda a veces no daña, este tercer valor o postulado a los de “dignidad de la persona” y “sus derechos inviolables”, como fundamento del orden político y de la paz social, “Artículo 10”, cit., p.122.

Otros lo configuran como uno de los valores a los que ha de servir el derecho a la educación, reconocido en el artículo 27 de la Constitución y así la STC 13 febrero 1981 (STC 5/1981), establece lo siguiente: “Una de las limitaciones adicionales de la libertad de crear centros docentes es la derivada del artículo 27.2 de la C.E, que supone que la enseñanza ha de servir a determinados valores que en dicho precepto se indican, con las precisiones que de algunos aspectos de su enunciado hace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, valores estos que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva” (F.J 7º), citada por MAYOR MENÉNDEZ, P: “Artículo 27”, en AA.VV: *Comentario a la Constitución. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 1993, pp. 391-392.

⁴⁴ JIMÉNEZ CAMPO, J, : “si ha de ser visto como principio constitucional, algún significado jurídico habría de tener, más allá del que corresponda al resto de determinaciones constitucionales y del que es propio a las normas declarativas de libertades y derechos” añadiendo “que su condición, ya jurídica, de principio interpretativo de la Constitución y de las Leyes parece también innegable, aunque queda abierta, a partir de ello, la cuestión de si existe aquí, además, algún tipo de límite para la ley”, “Artículo 10”, cit., p.187.

⁴⁵ Son pocos los que entienden que estamos ante una norma y quiénes lo hacen, lo fundamentan en algún pasaje de sentencia destacando que, a pesar de tratarse de normas constitucionales, no permiten que otros preceptos fundamenten la inconstitucionalidad en el mismo, puesto que, no es un precepto aplicable a casos concretos, sino de carácter general. En este sentido la STC 4 julio 1991 (STC 150/199), dispone que “las normas constitucionales sobre la dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) y los valores superiores del ordenamiento jurídico recogidos en el artículo 1.1 de la C.E, si bien, integran mandatos jurídicos objetivos y de valor relevante, no pretenden la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática, sea jurídico-penal o de cualquier otro tipo”, citada por GUI MORI, T: *Jurisprudencia Constitucional*, cit., p. 712.

que proclama como “valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (art. 1.1 CE).

El término valores parece implicar una mayor abstracción al de principios por lo que la alusión a estos últimos hace descender en ese nivel de abstracción, apareciendo como una concreción de los “valores”.

Detrás de los valores, el siguiente escalafón descendiendo en ese nivel de abstracción es el de las “normas” constitucionales, con un nivel de abstracción por tanto inferior al de aquellos, ya que los valores se realizan través de estas, sirviéndoles de cauce.

El papel y función de los “principios” constitucionales será fundamentalmente una función “informativa” constitucional⁴⁶.

¿Dónde encuadrar entonces el libre desarrollo de la personalidad? ¿Se estaría en el ámbito de los “valores”, de los “principios” o de las “normas” constitucionales?

B) El libre desarrollo de la personalidad como principio constitucional

El tema a que se acaba de hacer referencia excede del ámbito del presente trabajo de investigación, al no ser objeto de este.

Se ha de partir, por tanto, del punto de vista mayoritario entre los constitucionalistas y desde tal perspectiva, el encuadre del libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de los “principios”⁴⁷ se presenta bastante claro.

Se está, sin duda alguna, ante un “principio”, o, según algunos, ante un “supra principio”, o incluso “vértice jurídico”⁴⁸ que impide, de un lado su encuadramiento en ese marco abstracto de los “valores”⁴⁹ constitucionales, y, de otro, su consideración como “norma”, al margen del principio mismo.

⁴⁶ Semejante a la que, prevé para los Principios Generales del Derecho”, el art. 1.4 CC, “sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

⁴⁷ En este sentido GORDILLO CAÑAS, A: “ la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad constituyen principios de la más consistente y básica entidad normativa; principios prelegales, y en consecuencia con absoluta y necesaria vocación informativa del Ordenamiento”, *“Ley, Principios Generales”*, cit.,p.135, ESPINAR VICENTE, J.M: “ principio que constitucionalmente se formula bajo el enunciado “ el libre desarrollo de la personalidad” como fundamento del orden político y de la paz social”, “Consideraciones en torno”, cit., p.69 y, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R : “El libre desarrollo de la personalidad es un “principio o norma constitucional” (STC 120/1990), “fundamento del orden político y de la paz social”, plasmación del valor superior “libertad” (art. 1.1 C.E), el cual implica el reconocimiento como principio general inspirador del ordenamiento jurídico “de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias (STC 132/1989)”, *El error*, cit., p.32.

⁴⁸ VIDAL MARTÍNEZ, J: “Algunas observaciones”, cit., p.5304.

⁴⁹ Advirtiendo sobre el peligro de identificar, sin más, como “valores” los enunciados del art. 10.1 CE, JIMÉNEZ CAMPO, J: “Art. 10”, cit., p. 179, quien se refiere a la frecuencia con la que no solo en alguna doctrina, sino también en la jurisprudencia constitucional, “se identifican, sin más, como “valores” los enunciados del art. 10.1, entre otras, STC 32/2008, de 25 de febrero, FJ 6. “valor

Lógicamente, la calificación como “principio” no es antitética con la de “norma”, siendo los principios normas informadoras, lo que las diferenciaría de las restantes que no poseerían ese carácter.

En la CE, no existe duda en cuanto a que es en la órbita de los “principios”, en la que se sitúa el contenido del art. 10.1 CE⁵⁰.

Cuestión distinta, es la de si estos principios constitucionales han de ser concebidos de un modo sustantivo⁵¹ o, por el contrario, formal⁵². La propia naturaleza y carácter⁵³ de la CE parece derivar hacia la concepción sustantiva de estos principios⁵⁴.

superior de la dignidad humana”. “Es del todo evidente, añade, que equiparar a estos “valores superiores” los contenidos del art. 10.1 supondría la anticipada renuncia a su comprensión como principios constitucionales, esto es, como normas que, pese a su enunciado abstracto y general, pueden por sí solas o, más a menudo, en interacción con otras, aportar criterios mensurables para el juicio. Ninguno aporta los “valores”, por solemne que su declaración sea y pese al notable aplomo con el que, en ocasiones, la jurisprudencia apela a unas “pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles” (STC 55/1996, de 28 marzo, FJ 9; en iguales términos, STC 161/1997, de 2 octubre, FJ 12) que sólo lo son (incontrovertibles) porque su “falsabilidad” queda excluida”.

⁵⁰“El Derecho del art. 10.1 CE es, en todo caso, afirma JIMÉNEZ CAMPO, J, un Derecho de principios, y así se desprende de la práctica y de la jurisprudencia constitucionales”, “Artículo 10”, cit., p.179.

⁵¹A favor de la prevalencia de una concepción “sustantiva” o “material” de estos principios existe una amplia bibliografía. Entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E: “La Constitución”, cit., pp. 145-146. “El destacamiento de tales partes materiales como básicas dentro de la propia economía de la Constitución resulta de su protección reforzada en el procedimiento de reforma constitucional, equiparando (art. 168) la revisión de cualquiera de esos preceptos a una revisión total de la Constitución”. Añade que “Se proclaman así estos preceptos decisiones que fundamentan todo el sistema constitucional en su conjunto. Se destacan como primarios en todo el sistema, y constituyen, por ello, los principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento, comenzando por la de la Constitución misma”.

A favor de este carácter “sustantivo” o “material” destacan sobre todo autores como GARCÍA DE ENTERRÍA. En su aportación existe, un cierto grado de imprecisión en cuanto a la terminología (“valores”, “principios”), debido puede ser, a tratarse de una aportación de primera hora, lo que no es obstáculo para poner de manifiesto que el autor se decanta sin duda alguna por el carácter “sustantivo” o “material” de los contenidos del art. 10.1 CE. El autor se refiere a esos “valores básicos” de la Constitución, destacados de dos maneras: “primero en el Preámbulo y en el Título Preliminar”, y en el Título primero, art. 10”, haciéndolo asimismo al “valor específico de la Constitución como portadora de unos determinados valores materiales”.

⁵²Aludiendo a esta cuestión, JIMÉNEZ CAMPO, J: “artículo 10”, cit., p.179: “En el primer entendimiento, por el que se decanta muy claramente la práctica del TC, el principio informaría a condicionaría el contenido mismo de las reglas o actos jurídicos por él afectados; para una comprensión formal de los principios constitucionales, la función de estas normas no es predeterminar los contenidos de reglas y actos subordinados, sino condicionar o limitar más bien, las potestades para adoptar unas y otros”.

⁵³ En relación con este tema, más amplio de lo que aquí se puede contemplar por el objeto del presente trabajo, sigue siendo decisiva la aportación de GARCÍA DE ENTERRÍA, E: “La Constitución”, cit., pp. 97 y ss.

⁵⁴ La consideración “material” o, por el contrario, “formal”, lleva a unas consecuencias u otras. De la consideración del precepto como Derecho, y no como expresión de un insondable “orden de valores”, se habrían de seguir, desde luego, consecuencias institucionales de relieve, como relevantes son algunos de los debates en los que se ha hecho, y cabe presumir se seguirá haciendo, invocación

C) Imposibilidad de su consideración como derecho fundamental

El “principio”, por su misma naturaleza, no puede ser un “derecho subjetivo”, y si no es “derecho” menos podrá ser calificado de “fundamental”, calificación que presupone primero la posibilidad de ser considerado como “derecho subjetivo”.

Los “principios”, carecen por su propia generalidad y abstracción, de supuesto de hecho definido, lo que impide considerarlos como “derecho fundamental”.

Como afirma JIMENEZ CAMPO, “no hay derecho subjetivo, en efecto, sin una relación inscrita en un ámbito vital mínimamente acotado, y los principios, constitucionales o no, lo que aportan son, más bien, pautas, criterios o máximas para la ordenación de cualesquiera ámbitos concebibles”⁵⁵.

D) Significación jurídica del principio. Doble plano en esa significación

En este intento de delimitación, considero más sencilla la aproximación a qué no es el libre desarrollo de la personalidad, que la determinación precisa de lo que sí es.

Y es que, si ha de ser visto como “principio constitucional”, necesariamente requiere atribuirle una significación jurídica, más allá de la que corresponda al resto de determinaciones constitucionales, y de la propia de las normas declarativas de derechos y libertades⁵⁶.

Como afirma DE VERDA Y BEAMONTE “la no inclusión del libre desarrollo de la personalidad entre los derechos fundamentales y las libertades públicas de la sección primera del capítulo primero del Título I de la Constitución plantea el problema de delimitar su exacto alcance y significado”⁵⁷.

del precepto (disposición sobre la propia vida, interrupción voluntaria del embarazo, etc.), JIMÉNEZ CAMPO, J: “Artículo 10”, cit., 179.

Aunque el autor citado se refiera a la consideración del precepto como “derecho”, y conocida la carencia de esa naturaleza en el libre desarrollo de la personalidad, parece entenderse, se refiera a la dimensión “material” y no “formal” de dicho principio.

⁵⁵ JIMÉNEZ CAMPO, J: “Artículo. 10”, cit., p. 179. Señala el autor la circunstancia de que, “en la jurisprudencia constitucional la cuestión acerca de si el art. 10.1 enuncia o no derechos, por más que nunca fueran “amparables”, ha recibido un tratamiento elusivo: STC 116/1999, 17 junio, FJ 4; en alguna ocasión, la voz “derecho” sí se desliza en la argumentación: STC 192/2003, 27 octubre, FJ 7”.

⁵⁶ La cuestión, central desde luego, en el tratamiento del tema, es objeto de planteamiento entre los constitucionalistas. Por todos, JIMÉNEZ CAMPO, J: “Artículo 10”, cit., p. 187.

⁵⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., p. 22: “La jurisprudencia constitucional, añade el autor, no arroja gran luz sobre la cuestión”. En la búsqueda entonces de una explicación aceptable a esta constatación, el autor expone la circunstancia de que en los recursos de amparo no puede ser alegada la infracción de las normas y principios contenidos en el art.10.1 CE. “Pero deben de existir, añade, otras razones de fondo, porque tampoco el Tribunal Constitucional alude frecuentemente al principio de libre desarrollo de la personalidad en los recursos directos de inconstitucionalidad y en las cuestiones de inconstitucionalidad, donde, si es alegable el art. 10 CE, incluso aunque las partes no lo aleguen (cfr. Art. 39 L.O.T.C)”. “Parece razonable pensar, concluye el autor, que, dado que la Constitución española regula los derechos fundamentales de modo mucho más pormenorizado que

Es a esa significación jurídica a la que me refiero cuando hago referencia al contenido del principio del libre desarrollo. Se trata de aproximarse a la realidad sobre la que se proyecta aquél, de entender algunas de sus especialidades que lo diferencian de las restantes determinaciones contenidas en la Constitución, y que hacen, por tanto, que no se trate de una fórmula vacía de contenido.

Es necesario, en mi opinión, distinguir dos planteamientos: su significación básica y sus singulares prescripciones⁵⁸, que claramente presuponen aquella.

a) Significación general. Idea introductoria

La significación general y la institucional del principio del libre desarrollo de la personalidad, necesariamente tienen que coincidir. El libre desarrollo, se entiende entonces, como consecuencia indisolublemente ligada al concepto mismo de “persona”, de manera que este sin aquel, resulta incomprendible.

Creo que, es esta consideración la que de algún modo subyace en las opiniones de algunos constitucionalistas, cuando insisten en la necesidad de reconocer que en el art. 10.1 CE “está también presente, más allá de sus singulares prescripciones, un designio general de legitimación del ordenamiento en su conjunto”⁵⁹. Es la idea de persona y su libre desarrollo la que legitima ese ordenamiento, al estar éste en función de aquella.

Pero ¿Dónde encontrar esa significación general del libre desarrollo, que haga posible su distinción⁶⁰ respecto del principio de dignidad de la persona?

la alemana, el Tribunal Constitucional prefiere la aplicación de normas concretas a principios generales. De hecho, cuando el Tribunal Constitucional hace referencia al libre desarrollo de la personalidad no usa dicho principio como *ratio decidendi*, al menos exclusiva, del fallo”, cit., p. 23.

⁵⁸ En este sentido, entre otros, JIMÉNEZ CAMPO, J: “Artículo 10.”, cit., p. 179.

⁵⁹ “Las realidades así mentadas (“orden político” y “paz social”) han de ser vistas como ámbitos existenciales en los que los bienes constitucionales que la norma cita (la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás) buscan polémicamente realizarse”. En conclusión, para el autor “el orden político” y “paz social”, vienen a ser una perífrasis para referirse al “ordenamiento jurídico” (art. 1.1 CE), y carecen en sí mismos, como carece este, de la condición de “bien” constitucional; una condición que sólo adquirirán si realizan, y en la medida en que lo hagan, los diversos bienes que la Constitución sí proclama”, JIMÉNEZ CAMPO, J: “Artículo 10”, cit., p. 180.

⁶⁰ El empleo de los términos “diferenciación”, o “distinción”, precisa alguna aclaración, de escasa dificultad en su apreciación. No se trata de que el principio de libre desarrollo de la personalidad se presente como una realidad distinta, separada, independiente, del de dignidad de la persona, capaz de ser enfocado, analizado, con completa independencia de éste. Se parte del presupuesto, que no podría ser otro, de que el libre desarrollo sólo se explica, sólo se concibe, sólo es comprensible y entendible, partiendo de la propia dignidad del ser humano, puesto que, sin él, carece de sentido. Los términos “diferenciación” o “distinción” se emplean aquí en un sentido limitado: partiendo de una realidad normativa, la del libre desarrollo, que sólo es concebible como “emanación” misma de la propia dignidad personal, tratar de delimitar su ámbito específico, la propia proyección del principio, y ello por cuanto creo que negar esta premisa nos llevaría a una inadmisibles conclusión: la de que la referencia del legislador constitucional al libre desarrollo no pasaría de ser una fórmula vacía en

Se trataría de entender qué es lo que añade a la dignidad personal esa referencia expresa del legislador constitucional al libre desarrollo de la personalidad.

La dificultad de lo que se acaba de afirmar no es sino, consecuencia de algo a lo que ya se hizo referencia con anterioridad: la diferencia existente entre esos dos términos constitucionales (dignidad de la persona – libre desarrollo de la personalidad), en cuanto el segundo se muestra, sin duda alguna, menos categórico en términos jurídicos, y, sensiblemente más difuso en su aplicación⁶¹.

b) Concreción del principio de libertad. Hacia la construcción de un espacio en el que desarrollar la esencia de la voluntad. Precisiones

Esa significación general e institucional del libre desarrollo, que habrá de darse en cualquiera de las manifestaciones del principio, radica en ser aquel una proyección del principio de defensa de la libertad personal⁶².

Esta libertad concedida para el desarrollo de la personalidad no es plena o absoluta, sino que por el contrario se sujeta a una serie de límites puesto que, se trata de una libertad concreta, orientada a un fin y no, por tanto, abstracta⁶³.

Dichos límites serán fijados por las Leyes y determinarán el espacio o marco dentro del que el individuo podrá desarrollar su propia personalidad, sin restringir en ningún caso esta libertad más de lo necesario⁶⁴.

Esa libertad parece entenderse referida “a la construcción de un espacio en el que desarrollar la esencia de la voluntad sin trabas que no provengan de la ley o del respeto a los derechos de terceros”⁶⁵, espacio en el que se realizarán una

cuanto nada añadiría al principio de dignidad de la persona, al carecer de ese contenido propio y específico que, creo, hay que atribuir al libre desarrollo.

⁶¹ En este sentido, PALOMAR OLMEDA, A: “Comentario al artículo 10”, cit., p. 225.

⁶² ROBLES MORCHÓN, G: “Es el individuo el que tiene derecho a decidir libremente su proyecto vital, así como a cambiarlo cuantas veces quiera, e incluso a no tenerlo propiamente”, “El libre desarrollo”, cit., p. 49.

⁶³ En este sentido ROBLES MORCHÓN G: “ No es un cheque en blanco para dar por buenas cualesquiera acciones que el individuo realice, sino más bien un “cheque” condicionado a que se invierta en el capital ofrecido”, “ El libre desarrollo” ,cit., p.50 y ESPINAR VICENTE, J.M : “ El libre desarrollo de la personalidad no puede ser utilizado a modo de cajón de sastre para dotar de cobertura institucional a ciertos comportamientos sociales basados en el libre albedrío individual o grupal”, “Consideraciones en torno”,cit.,p.72.

⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, L: “Cada persona puede y debe trazar por sí misma su propio proyecto vital, sin que el Estado deba interferir salvo para salvaguardar los derechos similares de los demás”, citado por BILBAO UBILLOS, J. M que afirma lo siguiente: “lo que late en el fondo de ese planteamiento es el rechazo de cualquier forma de paternalismo estatal y la afirmación de la mayoría de los seres humanos, que saben perfectamente lo que les conviene”, “De los derechos y deberes fundamentales. Artículo 10.1”, en AA. VV: *Comentarios a la Constitución Española, 40 aniversario 1978-2018* (coord. por C. MONTESINOS PADILLA), Libro-homenaje a LÓPEZ GUERRA, L, T. I (preámbulo al artículo 96), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 273-276.

⁶⁵ En este sentido, PALOMAR OLMEDA, A: “Comentario al artículo 10”, cit., p.225.

serie de actos tendentes a alcanzar ese libre desarrollo⁶⁶ que deben ser, claro está, admisibles en derecho, con una mayor expansión, como es lógico, de los personales, frente a los patrimoniales⁶⁷.

Si bien, a pesar de ese margen de libertad concedido al sujeto para organizar su vida personal, es necesario tener en cuenta las limitaciones existentes en aras de evitar situaciones injustas que pudieran lesionar derechos e intereses de terceros, lo que lleva al Derecho a fijar algunas cautelas al respecto.

Se pretende, pues, que aquellas esferas o parcelas cuya regulación corresponde a los particulares no generen riesgos de lesionar otros intereses o que en caso de que esto acontezca, existan instrumentos para poder aliviar esas consecuencias nocivas generadas por dichos actos.

Únicamente en los casos en los que no pudieran garantizarse estas dos condiciones sería el Estado el encargado de su regulación, teniendo por tanto su intervención un carácter supletorio, únicamente para casos concretos con la finalidad de restringir lo menos posible esa autonomía individual⁶⁸.

La definición anterior del libre desarrollo parece suficientemente clarificadora, y ello por cuanto, su planteamiento general, la convierte en un común denominador” al que se refieren, no ya solo numerosos preceptos constitucionales, sino también, preámbulos o exposiciones de motivos de leyes ordinarias, de especial importancia en nuestro ordenamiento jurídico. Es pues,

⁶⁶ ROBLES MORCHÓN, G: Este concepto no puede entenderse como un concepto neutro desde el punto de vista axiológico, identificable con la mera libertad de acción, sin que está impregnado de contenido valorativo de carácter positivo. Ese contenido, por lo demás no deriva de una especulación filosófico-moral alejada de los textos jurídicos, sino que viene determinado por las propias normas constitucionales”, “El libre desarrollo”, cit., p.59 y ESPINAR VICENTE, J.M: “el libre desarrollo de la personalidad se materializa a través de la concatenación del conjunto de actos que una persona quiere realizar o no realizar para ajustar su comportamiento a un determinado modelo previamente asumido. Para ello, precisa no solo que el sistema respete su autonomía individual en determinados aspectos, sino que respete, además, el bloque de sus propias concepciones y le permita llevar a cabo cuantas acciones u omisiones requiera su concepción vital”, “Consideraciones en torno”, cit., p.69.

⁶⁷ BUSTOS PUECHE, J. E: “En el terreno patrimonial la autonomía privada sufre constantes embates que la van cerceando progresivamente, mientras que, en el campo de la persona o familia, aquella amplía su eficacia, su poder”, “Sobre los límites de la autonomía individual en el Derecho Civil”, en AA. VV: *El libre desarrollo de la personalidad*, Artículo 10 de la Constitución (coord. por L. GARCÍA SAN MIGUEL) Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 1995, p. 160.

⁶⁸ BUSTOS PUECHE, J. E: “ El tradicional principio de subsidiariedad, referido a la acción del Poder Público en sus relaciones con la sociedad civil, desempeña también su cometido a la hora de disciplinar las realidades sociales que consideramos parcelas propias del Derecho Civil “ añadiendo que “Sólo cuando al riesgo más que probable del establecimiento entre los particulares de una ordenación de intereses injusta, se añadiera la imposibilidad o , mejor, la dificultad excesiva del propio particular perjudicado en aquella primitiva relación, reestableciera por sí mismo, la justicia, estaría justificado el intervencionismo estatal, en forma de ordenación predispuesta a virtud de normas imperativas”, “ Sobre los límites”, cit., p.163.

a la “construcción de ese espacio”, en el que desarrollar la esencia de la voluntad, al que se dirigen los respectivos articulados de esas leyes ordinarias.

Desde este ámbito, la significación general e institucional del principio presentaría un doble plano: en primer lugar, constituir una “proyección” del principio de defensa de la libertad personal o, más bien, de “concreción” de ese principio de libertad personal, al exigir este, delimitar previamente el anterior.

El libre desarrollo de la personalidad enlazaría así con el valor libertad⁶⁹, el primero de los que la propia CE proclama como “valor superior de su ordenamiento jurídico” (art. 1.1 CE).

Si los principios comprendidos en la CE han de considerarse como “concreción” de los “valores” que la propia Constitución proclama, el encaje se presenta sin duda alguna: el principio de libre desarrollo aparecería como “concreción” del “valor libertad” del art 1.1 CE.

El segundo plano, por su parte, presenta un mayor grado de delimitación. ¿Cómo protege la libertad personal el principio de libre desarrollo de la personalidad? No existe duda de que, por ejemplo, la libertad personal se protege con un sistema eficaz de garantías frente a las detenciones arbitrarias (art. 17. 2.3.y 4 CE), pero también es claro, que no sería posible situar en lo anterior, ese segundo plano. La protección de la libertad personal por parte del principio de libre desarrollo va dirigido a la construcción de un espacio en el que desarrollar la esencia de la voluntad sin trabas que no provengan de la ley o del respeto a los derechos de terceros⁷⁰.

Esa referencia a “la construcción de un espacio en el que desarrollar la esencia de la voluntad” adolece de bastante vaguedad y abstracción. Quizá, deberíamos hablar de “autorrealización personal” del individuo. Este principio del libre desarrollo trataría así de garantizar ese “espacio” en el que desarrollar la esencia de la voluntad con un fin, el de hacer posible, la “autorrealización personal del sujeto”.

c) La realización personal del individuo

Se ha tratado de descender en primer lugar, de la protección de la libertad a la construcción de un espacio en el que desarrollar la esencia de la voluntad, en segundo lugar, para después llegar en tercer lugar, a la idea de “realización personal” del individuo. Se parte, pues, de ámbitos más amplios y generales para, a continuación, ir a otros más concretos y específicos.

⁶⁹ En este sentido primario o previo del libre desarrollo, la primera manifestación de aquél “queda cifrada en la vieja máxima *silentium legis libertas civium*, la propia libertad comienza allá donde se acaban las prohibiciones legales”, JIMÉNEZ CAMPO, A: “Artículo 10”, cit., pp. 187-188.

⁷⁰ PALOMAR OLMEDA, A: “Comentario al artículo 10”, cit., p.225.

Considero que las relaciones entre ese espacio “en el que desarrollar la esencia de la voluntad” y la idea de “realización personal del sujeto”, aparecen como círculos concéntricos, de los cuales el relativo a la “realización personal del sujeto” representa menor diámetro, al manifestarse como una “concreción” de ese “espacio” en el que se desarrolla la esencia de la voluntad de aquél.

Parece que el alcance del principio de libre desarrollo de la personalidad en el propósito del legislador constitucional se identifica con el derecho del individuo a realizarse personalmente, a elegir libremente concretas opciones vitales que hagan posible esa realización⁷¹, y que constituyan para él cauces para esa realización personal.

Desde este punto de vista, el ámbito de ese espacio cuya construcción hace posible desarrollar la esencia de la voluntad, se concreta, excluyendo del mismo otras opciones carentes de esa concreción.

III. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y CAMBIOS SOCIALES

1. Libre desarrollo de la personalidad como cláusula de futuro

El principio de libre desarrollo de la personalidad es un principio no exclusivamente dinámico, pero si, prevalentemente.

Ese espacio de libertad que hace posible el desarrollo o construcción de la esencia misma de la voluntad del individuo se encuentra reconocida en parte, en la propia CE, en los principios y valores que proclama así cómo, en sus normas de desarrollo, si bien no completamente, ya que en caso contrario carecería de sentido conectarla con esos cambios sociales.

Ese carácter dinámico concedido al principio de libre desarrollo de la personalidad parece realizarse con la finalidad de crear una cláusula con previsión de futuro, es decir una cláusula que pudiera aplicarse con

⁷¹ En este contexto no puede menos de recordarse esas solemnes declaraciones sobre el derecho de los hombres a “la búsqueda de la felicidad” contenidas en famosas declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII. Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia, o Declaración de independencia de los EE. UU. No podría negarse (salvadas todas las distancias) un cierto grado de conexión entre la solemne proclamación del principio del libre desarrollo de la personalidad de la Constitución española, y esas referencias expresas y no menos solemnes de las citadas Declaraciones de derechos alusivas a ese derecho de los hombres a la búsqueda de la felicidad. Y es que la idea que subyace en una y otras creo que es sustancialmente la misma.

Quizá la conexión con la idea a que acaba de hacerse referencia es la que subyace en la consideración de JIMÉNEZ CAMPO, J: “Desde luego que el principio tiene un primer sentido político, como referencia, de honda raigambre, disponible para su invocación en la deliberación legislativa, pero esto aquí importa menos”, “Artículo 10”, cit., p. 187. Y es que la misma formulación de ese derecho del individuo a la “búsqueda de la felicidad”, por su misma amplitud e inconcreción, parece haya de demandar, más allá de su propia formulación, pasos ulteriores en que esa inconcreción se convierta en concreción.

posterioridad a la Constitución y que permitiera adaptarse a los diferentes cambios sociales que pudieran irse produciendo.

El libre desarrollo de la personalidad forma parte, claro está, de la parte dogmática de nuestra norma suprema, en la que también se reconocen los derechos y libertades de los ciudadanos, si bien, así como aquellos son normas constitucionales este, es un principio y como tal tiene la misión de informar dichas normas.

Estas normas son las que a la vez permiten que el individuo dentro de ese espacio de libertad pueda ir configurando poco a poco su personalidad. Así el art. 16.1 CE que reconoce la libertad ideológica, es claro ejemplo de ese aspecto “estático”, manifestación concreta del libre desarrollo, que no hace desaparecer su invocación como principio, sino que lleva a su materialización de manera más específica a través de estas normas.

El aspecto dinámico y permisivo de su aplicación futura se encuentra reconocido en el art. 10.1 CE, permitiendo su adaptación a los nuevos cambios sociales, algunos de los cuales se fundamentan exclusivamente o casi exclusivamente en ese libre desarrollo, encontrando su legalidad en el mismo.

Esta última idea parece guardar conexión con los llamados “usos enfáticos” del libre desarrollo de la personalidad, distintos de los “resolutorios”⁷² y que ponen de manifiesto esas dos proyecciones del citado principio, unas veces como argumento concurrente y otras, como *ratio decidendi* de la decisión, según se quiera dar más o menos importancia al principio.

En el primer caso, se utilizaría meramente con la finalidad de reforzar ese argumento principal cumpliendo una función de complemento y en el segundo, se le otorgaría una mayor importancia como núcleo de la decisión o fallo.

2. Libre desarrollo de la personalidad como fundamento de algunos cambios sociales

⁷² JIMÉNEZ CAMPO, J: La referencia a los “usos enfáticos” tendría que ver con “las apelaciones al precepto que no parecen tener más sentido como afirma este autor que el de prestar rotundidad, o cierta impostada gravedad de tono, a un resultado decisorio ya alcanzado, o en todo caso alcanzable, mediante el recurso a otros preceptos.

Los principios del 10.1 CE aparecen entonces invocados como pósito o conclusión de decisiones fundamentales en normas diversas, algo que está muy a la mano, si se repara en la posición del precepto, cabecera del Título I, y sobre todo en las conexiones de sentido que el Tribunal ha creído ver entre cada uno de los derechos fundamentales de una parte, y los principios de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, de otra”. El aspecto “estático” parece sea aquí el prevalente.

De esos “usos” sólo enfáticos, se impone distinguir según el autor, aquellos otros por él denominados “resolutorios”, “en los que el precepto se invoca, en cualquiera de sus determinaciones, como norma única y principal de la decisión”, “Artículo 10”, cit., p. 181. La conexión aquí con el que denomino aspecto “dinámico” parece clara.

LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y NULIDAD MATRIMONIAL:
PRECISIONES INTRODUCTORIAS

Es claro, el recurso al principio de libre desarrollo de la personalidad que hace el legislador al intentar fundamentar algunos de los cambios sociales que a lo largo del tiempo se han ido sucediendo, haciéndolo mediante un uso enfático o principal del mismo, como ya se ha apuntado anteriormente.

Como ejemplos de cambios sociales que ven legitimada su existencia en ese libre desarrollo podríamos citar entre otros, los siguientes:

a) La desaparición del impedimento de afinidad tanto en línea recta como colateral⁷³, parece también encontrar fundamento en ese libre desarrollo de la personalidad (de manera indirecta) al ampliar las posibilidades u opciones del sujeto de contraer matrimonio con parientes con los que no le unen vínculos de sangre y que le era imposible hasta la reforma del CC que tuvo lugar por Ley 30/1981, 7 julio.

El legislador consideró quizás que carecía de sentido evitar estos matrimonios puesto que no estaban mal vistos desde el punto de vista social⁷⁴, a diferencia de los celebrados entre consanguíneos, totalmente prohibidos por contradecir criterios morales.

b) Las reformas llevadas a cabo en las Leyes 13 y 15/ 2005 de 1 julio y 15 julio de reforma del CC muestran esa conexión con el libre desarrollo (en este caso directa) tal como exponen sus respectivos preámbulos⁷⁵.

⁷³ Ley 30/1981, 7 Julio: ofreció una nueva redacción a los antiguos arts. 83 y 84 del CC, actuales 46 y 47, haciendo desaparecer la afinidad tanto en línea recta como colateral como impedimento para contraer matrimonio y manteniendo únicamente la prohibición para los consanguíneos en línea recta y en la colateral hasta el tercer grado.

⁷⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R y VIRGADAMO, P: “ Creemos que la supresión del impedimento de afinidad merece un juicio positivo, pues en ese tipo de parentesco legal no se dan las circunstancias morales biológicas que hacen que el matrimonio entre consanguíneos próximos, sea algo, no sólo socialmente reprochable (rechazo de incesto), sino desaconsejable desde el punto de vista de la perpetuación de la especie :que un suegro se case con su nuera o con su cuñada podrá parecer a algunos poco decoroso, pero no pensamos que ello sea motivo suficiente para limitar su libertad nupcial, impidiéndoles contraer matrimonio entre sí, lo que, a nuestro parecer sería una injerencia estatal desproporcionada en el ejercicio de un derecho fundamental” “Capacidad para contraer matrimonio y prohibiciones matrimoniales: una comparación de las experiencias jurídicas española e italiana”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (IDIBE), núm. 10, febrero 2019, p.505.

⁷⁵ Preámbulo Ley 13/2005, 1 Julio: “ el establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad, se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta” y Preámbulo de la Ley 15/2005, 8 julio: “ El reconocimiento por la constitución de esta institución jurídica (el matrimonio) posee una innegable transcendencia, en tanto contribuye al orden político y la paz social ,y es el cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad. En coherencia con esta razón, el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta ley pretende ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial. Con este propósito se estima, que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer

c) El libre desarrollo de la personalidad se relaciona también, con la posibilidad que prevé la Ley 3/2007, 15 marzo, de rectificación registral del sexo de las personas cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género, permitiendo además el cambio del nombre propio para que no resulte discordante con el sexo reclamado.

Dicha rectificación registral permitirá ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición, entre ellos el del matrimonio, excluido por la jurisprudencia con anterioridad a la Ley 13/2005 entre personas de mismo sexo cromosómico por entender, que se trataba de un matrimonio homosexual, permitiéndose únicamente el cambio de la mención de sexo en el registro⁷⁶.

Esta conexión entre libre desarrollo de la personalidad y rectificación registral de sexo y de nombre es, al igual que el supuesto anterior, directa, tal y como se observa en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2007, fundamentando ese nuevo cambio legislativo, derivado a su vez de otro social, en dicho principio⁷⁷.

Cómo última novedad en la materia la STC 18 julio, 2019⁷⁸ permite la rectificación del sexo y del nombre a los menores de edad que presenten suficiente madurez y se encuentren en una situación estable de transexualidad, declarando inconstitucional el artículo I.1 de la citada Ley 3/2007 que únicamente lo permitía a los mayores de edad, vulnerándose entre otros, el derecho al libre desarrollo de la personalidad manifestado a través de un derecho fundamental como es la intimidad personal, reconocida en el art. 18.1 CE⁷⁹.

d) La aparición de las parejas de hecho como alternativa al matrimonio presenta igualmente, como núcleo central, el libre desarrollo de la

mayor transcendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni desde luego, de una previa e ineludible situación de separación”.

⁷⁶ Ver en tal sentido STS 2 Julio 1987 (Tol 409977), STS 15 Julio 1988 (Tol 1735745), STS 3 Marzo 1989 (Tol 1731668) y STS 19 Abril (Tol 1728846). En 2001 se producen cambios al admitir la DGRN en dos resoluciones ese matrimonio entre personas del mismo sexo cromosómico, la de 8 enero 2001 (Tol 242130) y la de 31 enero 2001 (RAJ 2001, 5095). Sentencias y Resoluciones citadas por DE VERDA Y BEAMONTE, J. R y CHAPARRO MATAMOROS, P, en AA. VV: *El matrimonio, Derecho Civil IV*, (coord. por J.R DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p.37.

⁷⁷ Ley 3/2007 de 15 de Marzo en su Exposición de Motivos dispone textualmente “la transexualidad considerada como un cambio de identidad de género, ha sido ampliamente estudiada ya por la medicina y la psicología. Se trata de una realidad social que requiere una respuesta del legislador, para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona cuya identidad de género no se corresponde con el sexo en el que inicialmente fueron inscritas”.

⁷⁸ STC 18 Julio 2019 (STC 99/2019) en respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad 1595/2016.

⁷⁹ Y asimismo en el marco de esta temática, y por su indudable conexión con el principio del libre desarrollo de la personalidad, cabría encuadrar también el proyecto de ley “trans”, aun en tramitación en el Congreso de los Diputados, y cuyo tratamiento pormenorizado obviamente no es de este lugar.

personalidad⁸⁰, reconociendo la posibilidad de que dos personas de este o de diferente sexo puedan convivir de manera estable sin estar unidas en matrimonio.

e) Por último, referimos al derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad reconocido en textos internacionales⁸¹ y nacionales⁸² que establecen medidas para evitar cualquier tipo de discriminación en su ejercicio.

Con la finalidad de evitar esas posibles restricciones a este derecho la Ley 15/2015, 2 julio de Jurisdicción voluntaria modifica el art. 56 CC⁸³ que suprime el término anomalías, dejando únicamente el de deficiencias, (a las que añade las sensoriales e intelectuales) quizá, más respetuoso con su dignidad, permitiendo, además, la detección de estas al secretario, notario y funcionario encargado de tramitar el acta o expediente de conformidad con el art. 51 CC.

Posteriormente, para otorgar una mayor protección de estas personas la Ley 4/2017, 28 junio, ofrece de nuevo otra redacción al art. 56 CC⁸⁴, con la finalidad de restringir a los casos más graves, los supuestos en los que es necesario un sistema de apoyos para prestar ese consentimiento matrimonial, permitiendo

⁸⁰ STC 8 febrero 1993 (STC 47/1993): “si bien la Constitución reconoce el derecho a contraer matrimonio, este derecho no entraña correlativamente, es obvio, un deber u obligación, por lo que tampoco está justificado reprochar a un miembro de la unión matrimonial que no haya contraído matrimonio, cualquiera que sea la causa y, tanto en uno como en otro caso, esa decisión se vincula con convicciones y creencias más íntimas” (F.J 4º).

⁸¹ El art. 23 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 dispone textualmente “se reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges”.

⁸² El art. 6 de la Ley general de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (Ley 1/2013, 29 Noviembre) dispone que: “el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones” añadiéndose a continuación “en todo caso, se deberán tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones”.

⁸³ Nueva redacción del art. 56 CC por ley de Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015, 2 julio): “si alguno de los contrayentes estuviera afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales el Secretario Judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o Funcionario que tramite el acta o expediente, exigirá dictamen médico sobre su actitud para prestar el consentimiento”.

⁸⁴ Así se sustituye el término “deficiencias mentales, intelectuales y sensoriales” por el de “condiciones de salud” y se establece un sistema de apoyos, limitando el dictamen médico a casos concretos y de mayor entidad al disponer literalmente que “ el Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o Funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. A continuación, añade: “solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabara dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

así el *ius connubii* de este colectivo, necesario para el desarrollo de su personalidad.

Por lo demás, la incidencia en el ámbito del libre desarrollo de la personalidad de la Ley 8/2021, 2 junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, por su misma obviedad no precisa de mayor comentario.

IV. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO CONCEPTO JURÍDICO VÁLVULA O INDETERMINADO

1. Su aplicabilidad al libre desarrollo de la personalidad

Hay que partir de una idea difícilmente cuestionable: la imprecisión o ambigüedad que rodean la noción misma de libre desarrollo de la personalidad.

Creo que es precisamente esa falta de un contorno delimitado, lo que explica la escasez de pronunciamientos jurisprudenciales (en lo que aquí interesa de la propia jurisprudencia constitucional) referidos específicamente al libre desarrollo de la personalidad. Cuesta encontrar en la jurisprudencia constitucional referencias específicas al libre desarrollo separadas o aisladas de las alusivas a la dignidad de la persona.

Esto nos lleva a preguntarnos si estamos ante un concepto jurídico válvula o indeterminado.

Cabe recordar que el concepto jurídico indeterminado, como indica su propio nombre, es aquél que no contempla una realidad delimitada de manera precisa (GARCÍA DE ENTERRÍA). Por ello, claro está, que tal circunstancia concurre con creces en lo que al libre desarrollo de la personalidad se refiere, careciendo de sentido cualquier intento de justificar esta afirmación, por cuanto se presenta como indiscutible.

2. Procedencia de la indeterminación

En el ámbito de la teoría general del Derecho es opinión común, también, la de señalar que la indeterminación misma de un concepto jurídico puede provenir de la propia naturaleza de la realidad tomada en consideración por el legislador, realidad que parece resistirse, por su propia naturaleza, a una concreción mayor.

Por decirlo de otra manera, esa delimitación no puede ir más allá de la enunciación de esa realidad. Una vez enunciada esta, cualquier intento de concreción posterior, se nos presenta difícil, siendo siempre objeto de controversia.

Si trasladamos lo anterior, a la noción misma de libre desarrollo de la personalidad, ninguna duda cabe en cuanto a que en ella se dan esas dificultades de concreción o determinación.

Pero la aplicabilidad aquí de la noción de concepto jurídico indeterminado encontraría aquí, sin exclusión del anterior, otro fundamento: Ese aspecto dinámico y referido al futuro⁸⁵ del libre desarrollo de la personalidad, que se ha mencionado anteriormente, ha llevado a que, realidades no previstas por el legislador constitucional en su tiempo, puedan formar parte de nuestro sistema jurídico, encontrando legitimidad o justificación en él.

3. El diseño del legislador constitucional

Creo que existe un doble fundamento a la hora de calificar como concepto jurídico indeterminado el de libre desarrollo de la personalidad, presentando el segundo una mayor consistencia que el primero. Y es que, junto a las dificultades mismas de delimitar la noción, alcance, contenido y proyección del libre desarrollo, entiendo que, fue más fuerte la intención de los redactores del texto constitucional de introducir en aquél “una previsión de futuro”, entendida tal previsión como posibilidad de “encaje” de situaciones nuevas, de posible producción posterior, y ni siquiera imaginadas al tiempo de redactar la Constitución.

4. El libre desarrollo de la personalidad como soporte y encuadre constitucional de cambios sociales

En consecuencia, la legitimación primero y la legalización después de esos cambios sociales habrían de encontrar, como se ha dicho anteriormente, soporte constitucional en el principio de libre desarrollo de la personalidad.

Basta para confirmar lo anterior con acudir a las exposiciones de motivos de Leyes como las 13 y 15/ 2005, en materia de derecho a contraer matrimonio y de modificación del CC en materia de separación y divorcio. Las referencias al libre desarrollo de la personalidad constituyen argumento central de las mismas⁸⁶.

⁸⁵ Esa referencia al futuro viene a confirmar la idea a la que he aludido anteriormente: esa doble dimensión, de presente y de futuro, del principio de libre desarrollo de la personalidad. La operatividad del principio es de presente, en cuanto legitima y fundamenta, todo el complejo sistema constitucional español en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, pero lo es igualmente de futuro, para el devenir posterior al tiempo que se tome en consideración. Esa previsión, que lo era de futuro en 1978, habría de hacer posible los cambios sustanciales en materia de Derecho de familia de los años 1981 y 2005.

⁸⁶ A consecuencia de esta “previsión para el futuro” del libre desarrollo de la personalidad, tanto el legislador como los propios jueces comienzan a detenerse más en esta cláusula, a estudiarla con más detalle, a enfocarla aún más de cerca, otorgándole, quizá, una importancia aún superior a la que ya ostentaba y haciéndola objeto de expresa mención tanto en sus normas (en el caso del poder legislativo), como en sus resoluciones (en el judicial) si bien, ya no con carácter accesorio, sino principal. Así, en la Ley 13/2005, 1 Julio que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo y en la STC 6 noviembre 2012 (STC 198/2012) que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la misma, tanto el legislador como los magistrados mencionan ese libre desarrollo de la personalidad, en el primer caso, cómo fundamento y en el segundo, como justificación ese matrimonio, añadiéndose en este último, la necesidad de hacer una interpretación de la CE conforme a la realidad

5. El carácter totalmente evolutivo de la interpretación y alcance del libre desarrollo de la personalidad

Nuestro Derecho es de carácter personalista, es decir tiene como centro a la persona por lo que se dirige a reconocerle progresivamente nuevos derechos, derechos que vienen exigidos por las nuevas circunstancias de la persona, por los cambios sociales acontecidos en nuestro país, y cuyo reconocimiento se requiere para desarrollo de su personalidad. Derechos que con anterioridad no se contemplaban, pero que ahora son ajenos a todo tipo de controversia.

De ahí, esa función esencialmente dinámica del libre desarrollo y sometida a constante cambio y evolución.

Los ejemplos en este sentido son claros y conocidos por todos, por lo que no me detengo a exponerlos ahora, sin perjuicio de referirme a ellos en otro lugar.

6. Límites

¿Esto significa que todo cambio social que reclame una regulación jurídica tiene cabida en nuestro sistema? Como es lógico no, no pueden intentar encubrirse bajo el manto de esta cláusula realidades sociales que, por contradecir los valores, principio, derechos o libertades inspiradores de nuestro sistema, no puedan convertirse en realidades jurídicas.

De manera que ese carácter abierto del libre desarrollo no es extensible a cualquier cambio social, es decir no es absoluto, sino restringido, aplicándose únicamente a los que encuentran encaje en esa legalidad exigible en nuestro sistema jurídico

social vigente. En este orden de cosas, el libre desarrollo de la personalidad pasa a ser legitimador de numerosas reformas posteriores. Así, el reconocimiento de cambio de la mención de nombre y sexo en el registro de los transexuales, por entenderse como un derecho necesario para su libre desarrollo gracias a la Ley 3/2007, 15 marzo, y que más tarde se amplía también, a los menores de edad. También el derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad con base en textos sobre todo internacionales y que se plasma en la Ley 1/2013, 29 noviembre de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, así como en las posteriores reformas por las Leyes 15/2015, 2 julio de jurisdicción voluntaria y 4/2017, 28 junio que intentan limitar al máximo las restricciones a ese derecho a contraer matrimonio.

CAPÍTULO II

CAPACIDAD, IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Tras haber dedicado el capítulo primero del presente trabajo, que se presenta para la obtención del Grado de Doctor, al análisis y encuadramiento de la figura de la nulidad matrimonial en el marco del principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), tratando de demostrar que el régimen normativo de la nulidad matrimonial civil, al igual que la regulación del matrimonio en su conjunto, se encuentra al servicio del citado principio procede ahora, en este segundo capítulo, tratar de descender desde esa figura de la nulidad matrimonial, genéricamente considerada, a un campo más concreto, el de la capacidad matrimonial, y ya dentro del mismo, a la incidencia que en ese mismo régimen ha tenido, indudablemente, el principio del libre desarrollo de la personalidad.

Creo que cualquier análisis que se pretenda llevar a cabo del régimen de capacidad matrimonial contenido en el CC resultaría claramente incomprensible si se optara por dejar a un lado ese principio de libre desarrollo de la personalidad, objeto de tratamiento general en el capítulo primero.

La inserción, en este contexto del análisis del régimen de la capacidad matrimonial civil es, sin duda incuestionable.

II. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y CAPACIDAD MATRIMONIAL

1. Planteamiento general

Partiendo así, de la necesidad de ese enfoque del régimen de la capacidad a la luz del principio de libre desarrollo de la personalidad, la cuestión objeto de estudio surge enseguida. Me parece fuera de toda duda la existencia de un equilibrio difícil entre libre desarrollo de la personalidad (*ius nubendi*, que lo hace posible en materia matrimonial), de un lado, y régimen de capacidad (entendida ésta en sentido amplio, comprensiva también de los impedimentos), de otro.

¿Cuáles son los polos entre los que deberá moverse un legislador determinado (en este caso, el español), al regular el régimen civil de la capacidad matrimonial?

Cuando en el capítulo anterior me incliné por una concepción dinámica, abierta, y progresiva, de ese principio del libre desarrollo de la personalidad, creo que el análisis del régimen normativo de la capacidad matrimonial viene, en cierta manera, a confirmarlo.

Y es que, en el marco de ese equilibrio, el encuentro del llamado punto de inflexión nos parece una tarea compleja. Es cierto que, necesariamente, el legislador ha de partir de principios que le vienen dados por una tradición de siglos, por ejemplo, el de exogamia (prohibición de la unión entre parientes consanguíneos en línea recta, y en la colateral en grados muy próximos), pero tampoco aquí el problema se presenta exento de dudas, máxime cuando el análisis legislativo deba hacerse a la luz de ese principio constitucional, e informador del ordenamiento en su conjunto, del libre desarrollo (art. 10.1CE) (por ejemplo, en la unión entre parientes consanguíneos colaterales en grado tercero, o cuarto).

Aquí la exogamia no se ha entendido de modo idéntico por el legislador. Basta con comparar la regulación de 1958 con la de 1981, está última ya postconstitucional, y por tanto ya informada, por la dinámica de ese principio de libre desarrollo de la personalidad, y en el que obviamente no podría encuadrarse la primera de las citadas.

Pero ni siquiera en el marco de esa tradición propia de los países de nuestra cultura la temática pueda darse por cerrada, y esto lo pone de manifiesto, la existencia de propuestas de reforma, algunas muy recientes, en las que de nuevo vuelven a introducirse alteraciones en ese régimen de la capacidad para contraer.

De otro lado, las muestras de esa concepción abierta, dinámica, y progresiva del principio de libre desarrollo, en lo que respecta a la capacidad matrimonial, se muestran de modo tan evidente (por ejemplo, la supresión de la diversidad sexual para contraer) que no precisan un mayor detenimiento.

2. Capacidad, consentimiento, forma de celebración: tres vertientes esenciales en origen mismo del matrimonio como negocio jurídico de Derecho de familia

En el tratamiento del negocio jurídico matrimonial por parte de los especialistas, no cabe duda de que la capacidad, el consentimiento y la forma de celebración matrimonial han venido constituyendo, tradicionalmente, los tres grandes aspectos de ese tratamiento.

Y en estrecha relación con lo anterior, las llamadas “patologías” del matrimonio en sentido amplio, se han venido asimismo conectando de algún modo con alguna de estas grandes áreas. La ineficacia del negocio jurídico matrimonial (al margen ahora, de la distinción entre supuestos de nulidad absoluta de aquél, y aquellos otros calificables como de situación claudicante del mismo (como los de falta de integridad del consentimiento emitido, error, coacción, miedo grave...), la doctrina civilista y también la jurisprudencia han venido sintiendo la necesidad, sobre todo en la práctica, de un encuadre sistemático, es decir de enmarcarlas en alguno de estos tres grandes aspectos (los de capacidad, consentimiento y forma de celebración).

En consecuencia, la nulidad/anulabilidad del negocio jurídico matrimonial había de provenir siempre, y hallar su causa, ya en un defecto de capacidad de los contrayentes (conurrencia de impedimentos, absolutos o relativos), ya a las patologías del consentimiento (inexistencia o carencia de integridad de este), ya, finalmente, a un defecto en la forma de celebración del acto jurídico negocial que llamamos “matrimonio”.

Lo anterior sirve para cerciorarnos de la importancia misma de la temática de la capacidad matrimonial en el marco normativo del matrimonio⁸⁷ en su conjunto, y, consecuentemente, el del análisis que se pretende llevar a cabo sobre la incidencia del principio del libre desarrollo de la personalidad en la normativa que el Código dedica a la capacidad matrimonial.

3. Delimitación del marco objeto de estudio

A) Reducción sensible de la importancia de los precedentes legislativos

Es por todos conocido que la reglamentación de la capacidad matrimonial en el articulado de nuestro CC en su redacción originaria, la de 1889, provenía en lo fundamental de la Ley de Matrimonio civil de 18 de junio de 1870. La ardua problemática que originó aquella ley no se encontraba, en ningún caso, en la regulación que en ella se contenía acerca de la capacidad para contraer matrimonio, sino en la introducción de un sistema matrimonial de forma única, y la consiguiente negación de efectos para el único tipo matrimonial hasta entonces existente en la legislación española (el matrimonio canónico).

Tras la derogación de aquella ley por el Decreto de Cárdenas (1875), fue claro que no se oponía tanto, a su régimen normativo en materia de capacidad matrimonial sino, como se acaba de decir, al sistema matrimonial que aquella introdujo tan efímeramente. Esto explica que años después (1889), el CC acogiera en lo sustancial ese régimen de capacidad, y que, asimismo, hubiera de llegar hasta la reforma de mismo por la Ley de 24 de abril de 1958.

Dado que el presente trabajo tiene por objeto el análisis de nuestro Derecho vigente, es oportuno señalar que el tratamiento histórico de las materias

⁸⁷ La importancia del régimen de la capacidad viene además confirmada sobradamente por el control “a priori” y “a posteriori” en lo que se refiere a la concurrencia en los contrayentes de los requisitos de aquella. Así, de una parte, y en lo atinente a ese control “a priori”, el art. 56.1 CC (en la redacción que le dio la Ley 4/2007, 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria) establece que “Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código”.

En lo que se refiere al control “a posteriori”, el párrafo segundo del art. 63 CC afirma taxativamente “Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este Título”.

abordadas se tratará de limitar a lo estrictamente indispensable para la mejor comprensión de la normativa que, aquí y ahora, regula la capacidad matrimonial.

Ello no significa, de ningún modo, desconocer la importancia de los precedentes del Derecho vigente objeto de consideración (en relación con la importancia que a ellos les atribuye el art. 3.1 CC en materia de interpretación de las normas), pero creo con todo ello, que la importancia de esos precedentes, aun siendo importante, es menor, cuando ese análisis normativo se ha de situar inexcusablemente, integrado en el marco constitucional y, más concretamente, en el que es propio del principio del libre desarrollo de la personalidad.

Situados en esta perspectiva, la constitucional, la del libre desarrollo de la personalidad, no es que lo histórico carezca de interés, pero sí, que los parámetros a tener en cuenta cambian radicalmente.

Es otra la perspectiva, tan diferente a aquella en la que se situaba el estudio para dicho análisis con anterioridad a la CE, que la consecuencia no es otra sino la de un aminoramiento en la utilidad de los precedentes, por cuanto se refiere al Derecho positivo vigente.

En consecuencia, las referencias a los preceptos del CC en su redacción anterior a las que les vino dada por la Ley de 24 abril de 1958, serán excepcionales.

B) Necesidad de evitar, por su escasa importancia, la dualidad terminológica en materia de capacidad matrimonial (“requisitos de capacidad” *versus* “impedimentos”)

La vieja discusión de los especialistas sobre si es técnicamente más correcto hablar de “requisitos de capacidad” o, por el contrario, hacerlo de “impedimentos” y, a su vez, dentro de estos, diferenciar entre “absolutos” y “relativos” es, creo, una polémica de escasa importancia, en cuanto puramente terminológica, ya que no conduce en ningún caso a la clarificación del Derecho vigente.

Más recientemente, no faltan quienes adoptan respecto de la cuestión una posición salomónica, por cuanto se sirven genéricamente de la denominación “requisitos de capacidad”, para, a continuación, desdoblar esos requisitos en “impedimentos absolutos y relativos”⁸⁸

⁸⁸ Así, entre otros, DE VERDA y BEAMONTE, J.R: “Una relectura de la legislación española en materia de capacidad para contraer matrimonio y de prohibiciones matrimoniales”, *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*, 2019, núm. 95/1, pp.431 y ss., DE VERDA Y BEAMONTE y VIRGADAMO, P: “Capacidad para contraer”, cit., pp. 496 y ss., DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, P: “El matrimonio”, cit., pp. 61 y ss.

En definitiva, con una u otra terminología, se está haciendo referencia a circunstancias que, o bien impiden contraer matrimonio con cualquier otra persona, o bien impiden hacerlo con personas determinadas.

En la actualidad, cabe constatar, que la terminología “impedimentos” (y su subsiguiente división en “absolutos” y relativos”) vaya ganando terreno⁸⁹ aunque sea en algunas aportaciones doctrinales de cierta importancia (como la citada *Propuesta de Código Civil*, de la Asociación de Profesores de Derecho Civil), aunque no así en el lenguaje legislativo (el art. 56.1 CC, en la redacción que le dio la Ley 4/2007, 28 de junio, diferencia con toda nitidez entre “requisitos de capacidad”, e “inexistencia de impedimentos”, que deberán venir acreditados en acta o expediente por quienes deseen contraer matrimonio).

No obstante, quizá resulte preferible para simplificar, optar por una terminología única, la de “impedimentos”, y posteriormente, como es lógico, diferenciar entre aquellos que impiden contraer con cualquiera (“absolutos”) (edad, vínculo matrimonial anterior), y aquellos que impiden hacerlo con determinadas personas (“relativos”) (básicamente, parentesco).

C) Referencia al art. 32 CE

La importancia del art. 32 CE en materia matrimonial no precisa de comentario alguno. Sin embargo, la idea que aquí quiero resaltar es la de que, para el presente capítulo, la esencialidad del precepto no hay que verla sólo en su párrafo segundo, referido a la edad y capacidad matrimoniales, sino asimismo en el primero (“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”).

El precepto presenta así, en mi opinión, no solo una importancia capital sino doble, en cuanto derivada por igual de sus dos apartados: en el primero, reconoce el derecho al matrimonio como un derecho de los ciudadanos, alude a la diversidad sexual (requisito éste de la heterosexualidad, al que nos referiremos ateniendo a la jurisprudencia del TC), y sienta ese derecho de los ciudadanos sobre la base de “la plena igualdad jurídica” de los contrayentes.

La incidencia, pues, sobre ese apartado primero, del principio del libre desarrollo de la personalidad se muestra con una profunda claridad y en toda su dimensión.

La “plena igualdad jurídica” de los contrayentes, es claro que en la previsión del legislador constitucional no venía referida únicamente a la igualdad en la relación jurídica matrimonial resultante de la celebración de aquél, sino, además, a la “igualdad” en el acceso al matrimonio. Es decir, en los requisitos exigibles por el CC para celebrar aquél.

⁸⁹ En este sentido, ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta de Código Civil, artículos 212.3 y 212.4. De la Familia*, Libro Segundo, Tecnos, Madrid, 2018, p. 362.

Se trata, pues, de la igualdad en la fase previa a la constitución o nacimiento de la relación jurídica matrimonial. La igualdad de los cónyuges es exigible en el marco de esa relación, pero el legislador constitucional la exige, asimismo, en el acceso al matrimonio.

Es esta segunda dimensión, la que interesa más ahora, por cuanto primera, la de la igualdad en la relación jurídica surgida de la válida celebración matrimonial, se presenta ya como referida al marco de derechos y deberes entre cónyuges (expresamente aludidos por lo demás en ese apartado segundo del art. 32 CE: “La ley regulará... los derechos y deberes de los cónyuges”).

Por el contrario, si el derecho a contraer matrimonio “con plena igualdad jurídica” lo referimos no ya únicamente, a la igualdad en la relación matrimonial, sino en el acceso al matrimonio, se desemboca automáticamente en el marco de la capacidad matrimonial, materia esta, objeto del presente capítulo de mi trabajo.

Así, frente a una legislación como la existente con anterioridad a la Ley 30/81, que fijaba edades distintas para el varón y la mujer en orden a contraer matrimonio, en base al viejo criterio romano de la pubertad legal, la exigencia constitucional es la de que esa edad había de ser la misma en varón y mujer. La incidencia aquí del principio del libre desarrollo de la personalidad aparece con claridad.

Yo diría que de alguna manera el tema de la capacidad matrimonial es como si se adelantase en la consideración constitucional. Es objeto de mención expresa en el apartado segundo: “La ley regulará. . . la capacidad para contraerlo”, pero es innegable que la capacidad estaba ya, comprendida en la formulación del apartado primero (“derecho a contraer. . . con plena igualdad jurídica”).

Con todo lo anterior, se quiere poner de relieve que la llamada “personalización” del matrimonio, o, dicho de otra forma, la “construcción” legislativa del instituto matrimonial al amparo del principio del libre desarrollo de la personalidad⁹⁰, tiene su punto de partida, en el art. 32 CE.

La incidencia y proyección sobre todo el articulado constitucional del principio del libre desarrollo de la personalidad y, concretamente, sobre el art. 32 CE establecían de alguna manera los cimientos sobre los que, posteriormente, se dirigiría la legislación ordinaria de desarrollo del precepto constitucional.

D) Supresión de cuestiones en otro tiempo controvertidas

⁹⁰ Sobre la libertad nupcial negativa, como manifestación del principio de libertad nupcial, y, en consecuencia, sobre la incidencia asimismo de aquella en el del libre desarrollo de la personalidad, por todos, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R y CHAPARRO MATAMOROS, P: “El matrimonio”, cit., p. 34.

Un análisis actual de la capacidad matrimonial civil aparece bastante simplificado como consecuencia de la desaparición de cuestiones, hasta hace poco problemáticas, y a las que se destinaban buen número de páginas en monografías y tratamientos generales⁹¹.

Ejemplo de lo que acaba de decirse, es el constituido por la diversidad sexual en orden a la celebración del matrimonio civil. Aquí la polémica no se limitaba únicamente a la problemática central en torno a la posibilidad de que personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio, sino que partiendo de la normativa vigente en nuestro país hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005, se discutía acerca de si la diversidad de sexos era “presupuesto” mismo de una unión calificable como matrimonial, o, por el contrario, “requisito” de capacidad para aquél.

Lo anterior ha venido a abreviar el análisis de la capacidad matrimonial apartándola de debates polémicos, ya que el Derecho positivo (art 44.2 CC) es ineludible y, por tanto, a él hay que estar.

E) Consideraciones terminológicas en torno al art. 32. 2 CE

La redacción del art. 32 CE exige, como se ha dicho, alguna detención. Ya se señaló anteriormente el profundo alcance de su apartado primero, pero conviene referirse ahora aunque brevemente, a su párrafo segundo, y cuyo contenido resulta inseparable del momento histórico en el que se diseñó el texto constitucional (así, la omisión de toda referencia a la nulidad matrimonial, haciéndolo, sin embargo, a las causas de separación y disolución, sin mencionar expresamente el llamado aún “divorcio vincular”); la fuerza expresiva contenida en la referencia a que “La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad, los derechos y deberes de los cónyuges. . .”, claramente demostrativo del propósito de dejar clara la total recuperación por la legislación civil de la competencia para la regulación del matrimonio.

Con todo, llama la atención esa separación que el legislador constitucional establece entre, de una parte, la edad para contraer matrimonio y, de otra, la capacidad para hacerlo.

Podríamos decir que, para el legislador constitucional, se trata de realidades normativas diferentes: la edad, de un lado, y la capacidad, de otro. ¿Cómo entender esta disgregación? ¿Cuál puede ser su causa? ¿No forma la edad parte esencial de la misma capacidad para contraer, y ello tanto en el caso de que se la califique como “requisito de capacidad”, como si se optase por su consideración como “impedimento”, “absoluto”?

⁹¹ Sin la menor pretensión de exhaustividad, entre otros muchos, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1989, p. 51.

Puede que la explicación, se encuentre en la consideración por parte del legislador constitucional de la mayor importancia de la edad respecto de los demás requisitos de capacidad (parentesco, por ejemplo). Una cuestión que venía reclamando una reforma urgente, acorde a tiempos, y todo ello frente a un CC cuyo art. 83.1 aun recogía como edad núbil la propia del Derecho romano (la de la pubertad) (catorce años para el varón y doce para la mujer), estableciendo asimismo la posibilidad de convalidar el contraído por impúberes “ si un día después de llegado a la pubertad legal hubiesen vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer hubiera concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación”⁹².

Ante una reglamentación de tipo medieval, vigente aun en un país europeo y occidental, entrado ya en la segunda mitad del siglo XX, no es de extrañar que ello se reflejara en el texto constitucional, como indicativo no ya solo, de la necesidad de reforma, sino fundamentalmente, de necesaria urgencia de esta.

A lo anterior se une, la existencia de una reglamentación distinta tratándose del matrimonio canónico, prevalente al tiempo de la aprobación de la Constitución. Pero si se parte del deseo constitucional de establecer un tipo básico de matrimonio, sustantivamente regulado por la legislación civil, aunque con pluralidad de formas de celebración, resultaba claro, que la regulación (y notable elevación) de la edad para contraer matrimonio se convertiría en eje central de la reforma legislativa que desarrollaría el art. 32 CE.

Conforme a lo anterior, la edad para contraer debía ser necesariamente única, y no podría ser otra sino la que fijase la ley ordinaria (la ley civil) que diera desarrollo a ese art. 32 CE, aplicable en consecuencia, cualquiera que fuere la forma de celebración por la que hubieren optado los contrayentes.

Así pues, esa referencia independiente a “la edad”, separada de la relativa a la “capacidad para contraerlo”, debe ser explicada en ese contexto de recuperación de competencias estatales en la materia⁹³.

⁹² Señala acertadamente DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Una relectura”, cit., p. 432, que el citado art. 83.1 traslucía “una concepción institucionalista del matrimonio, que contemplaba el impedimento de edad, primando el dato biológico de la posibilidad de procreación (que se consideraba una finalidad típica de aquél)”. Refiriéndose a la posibilidad de convalidación asimismo contenida en aquél precepto, añade este autor que “Aunque el hecho de que se fijara una edad tan temprana para poder casarse traslucía una consideración del matrimonio como una institución al servicio de la perpetuación de la especie, cumplía, además, una clara función práctica, que era permitir regularizar legal y, por consiguiente, socialmente la situación de los menores que habían mantenido, (o pretendían mantener), relaciones sexuales y evitar que los hijos nacidos de ellas fueran extramatrimoniales, con la consiguiente discriminación que esta circunstancia en aquél tiempo comportaba”.

⁹³ El art. 63.2 CC viene a confirmar lo dicho. Incluso en el marco de un sistema matrimonial como lo es el español, básicamente de clase civil, siquiera con incrustaciones que de alguna medida lo apartan de ese tipo básico, el requisito de la edad opera con carácter general, haciendo imposible el acceso al Registro de las uniones en las que no se cumpla aquél, matrimonio canónico incluido.

III. PROBLEMÁTICA GENERAL PARA UNA CONSIDERACIÓN DE LA EDAD MATRIMONIAL

Partimos de un dato ineludible: la edad requerida, tanto si se la considera como “requisito de capacidad”, como si se optare por calificarla como “impedimento absoluto”, impide al sujeto que no la alcanza, contraer matrimonio con cualquiera.

El art. 46. 1º CC dispone:

“No pueden contraer matrimonio: los menores de edad no emancipados”⁹⁴.

Cualquier intento de aproximación al tema de la “edad matrimonial” suscita en nuestro tiempo, una sensación de dificultad.

¿Existe conexión alguna entre la regulación de la edad matrimonial contenida en ese art. 46.1º CC y la realidad social circundante?

¿Acaso no se tiene la impresión, cuando centramos la atención en el precepto anterior, de encontrarnos ante una regulación anticuada, desconectada de la realidad social, y cuyo grado de antigüedad excede bastante del periodo de tiempo transcurrido desde su formulación en el CC?

De una parte, es un hecho innegable que las personas que deciden contraer matrimonio en nuestro país lo hacen, normalmente, a edades muy superiores a la fijada por el CC. El alargamiento de los periodos de formación, las dificultades para encontrar un empleo, los bajos salarios que perciben aquellos que lo encuentran, etc., convierten esa edad mínima en una declaración legislativa sin apenas aplicación práctica. Podríamos decir que casi el cien por cien de los que se casan, lo hacen a edades notablemente superiores (superando ampliamente la treintena en muchísimos casos).

De acuerdo con las estadísticas, la edad media a la que ellas se casan es desde luego más alta que la de las madres primerizas. Las mujeres dan el sí con una media de 34´1 años, y los varones con 37´3⁹⁵.

⁹⁴ La bibliografía sobre el art. 46 CC y, en particular, sobre el primero de sus apartados, es amplia: entre otras aportaciones, SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al artículo 46 CC”, en AA. VV: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Vol. I (coord. por M. AMORÓS GUARDIOLA), Tecnos, Madrid, 1984, pp. 139 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R y VIRGADAMO, P: “Capacidad para contraer”, cit., pp. 496 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, JR: “Una relectura”, cit., pp. 431 y ss.; GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al art. 46”, en AA. VV: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), T. II, arts. 42 a 107 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1982, pp. 67 y ss.; CARRIÓN VIDAL, A: “Comentarios “a vuela pluma” en materia de capacidad y forma de celebración del matrimonio, tras la modificación del Código Civil por la Ley 15/2015, 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (IDIBE), núm. 3, agosto 2015, pp. 375 y ss.

⁹⁵ Con todo, los datos estadísticos experimentan ligeras variaciones, según otros las españolas, de media, se casan con 33´2 y los españoles con 35´4. Las cifras españolas rozan las suecas y noruegas, distando sin embargo de las de nuestros vecinos portugueses (ellas con 30 y ellos con 32).

En 1976, primer registro estadístico, los varones se casaban con 26´6 años, en tanto que las mujeres lo hacían con 24´09.

En 2006, la socióloga STHEPANIE COONTZ, afirmaba que más del 50% de las mujeres entre 25 y 29 años estaban solteras⁹⁶.

Podríamos decir, incluso, que la “edad para casarse” viene fijada, en su gran mayoría, más por la circunstancias sociales y económicas⁹⁷, que por la norma contenida en el CC. Frente a una edad “legal”, poco aplicable en la práctica, podríamos hablar de una edad “real”, por encima de la treintena, y a la que “realmente” es a la que las personas se casan en nuestro país.

De otra parte, cabría asimismo preguntarse si existe relación entre la complejidad que conlleva una vida matrimonial normal, y las edades con las que el legislador permite el acceso al matrimonio.

Desde esta perspectiva, la regulación legal es artificial, desconectada de la realidad social⁹⁸, y, en consecuencia, necesitada de una mayor reflexión.

Entiendo por ello que el tratamiento de la edad para contraer exigiría diferenciar dos planos: el del Derecho positivo; es decir, el análisis del art. 46.1 CC, de un lado, y, de otro, la consideración de propuestas encaminadas a una modificación legislativa cuya finalidad no era otra sino la de, tratar de acercar la edad legal a la madurez requerida, para una más completa percepción del alcance y contenido del negocio jurídico matrimonial.

El desfase quizá haya que verlo entre una regulación como la vigente, la de 1981, que, siguió siendo fiel a los precedentes históricos (ejemplo de ello, la

⁹⁶ COONTZ, E: *Historia del Matrimonio. Cómo el amor conquistó el matrimonio*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2006, p. 18.

⁹⁷ Según los datos sobre matrimonios heterosexuales de la ONU, las regiones donde la gente se casa más joven coinciden con las de menor índice de desarrollo humano.

Según los datos de Naciones Unidas, en los países desarrollados las parejas se desposan con mayor edad. Las novias que se casan con más años son las suecas (media 33´8) y sus maridos también (36´6, de media).

⁹⁸ Realidad social distinta de aquella otra que asistió al que los sociólogos denominan “nacimiento de la edad de oro del matrimonio, coincidente con el inicio de la década de los años 50 del pasado siglo, “al finalizar el conflicto (la segunda guerra mundial), en la mayoría de los países de Europa y de Norteamérica aumentó el número de matrimonios y bajo la edad promedio de los contrayentes. El entusiasmo de posguerra por el matrimonio no se dio únicamente en Estados Unidos. En toda Europa y Escandinavia, Australia y Nueva Zelanda también descendía la edad del matrimonio y crecía la cantidad de casamientos, al tiempo que la de los divorcios caía en picado. Indudablemente, esta larga década fue la edad de oro del matrimonio en Occidente.

En la larga década de 1950, el matrimonio era el primer y último propósito de la vida. La norma de casarse joven era tan predominante en aquellos años que una mujer que no se hubiera casado a los 21 años ya podía inquietarse pensando que terminaría siendo una solterona”, COONTZ, E: *“Historia”*, cit., pp. 295-297.

posibilidad de dispensa del impedimento de edad, antiguo art. 48.2 CC), y la realidad social existente al tiempo de aquella reforma.

En la actualidad, puede afirmarse que la misma reforma del CC por Ley 30/81 nació anticuada en muchos aspectos. Aun tratándose de un área distinta, la regulación del divorcio y de la separación conyugal no tardaría en chocar a poco de comenzar aquella reforma, que supuso un gran avance en la modernización y puesta al día de la legislación matrimonial personal, pero que no quiso, o no pudo, separarse aun de un sistema en parte causal en el ámbito de las entonces llamadas “patologías” matrimoniales⁹⁹. Por ello después, la jurisprudencia tuvo que ir esquivando las dificultades que en la práctica se presentaban en los supuestos de crisis de pareja.

Ese lastre de los precedentes que, condicionó sin duda la regulación de materias como el divorcio y la separación de los cónyuges, condicionó también otros aspectos de la legislación matrimonial. El relativo a la edad para contraer habría de ser uno de ellos. Se elevó, como no podía ser de otro modo, la edad para contraer, fijándola en la edad de la mayoría (dieciocho años), y admitiendo el matrimonio a personas con una edad inferior en el caso de estar emancipados (dieciséis).

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, que es la que aquí interesa, hay que partir sin duda del art. 246 CC (“El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”).

Consecuentemente con esta premisa, la edad para contraer se fija en la edad de la mayoría (dieciocho años) (art. 240 CC), como regla general, aunque, en definitiva, se bajó aún más, por la vía de permitir el acceso al matrimonio al menor emancipado, estado civil éste, el de emancipado, cuya consecución es posible en línea de principio a una edad inferior (dieciséis).

Sin perjuicio de alguna reflexión que se realizará posteriormente, cabe mencionar unas consideraciones de los primeros tiempos de aquella reforma (la de 1981), a cargo de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS premonitorias de las graves dificultades de aplicación que la reforma habría de encontrar a poco de su entrada en vigor.

Al comenzar el tratamiento de las crisis matrimoniales, afirmaban:

“Con el matrimonio se pretende lograr una comunidad existencial, que no siempre resulta posible alcanzar, por el juego de factores inicialmente existentes o sobrevenidos. Es, asimismo, una relación duradera con un alto nivel de

⁹⁹ Terminología esta, la de “patologías” o “crisis matrimoniales” que en la actualidad se considera superada, por obsoleta, por cuanto esa realidad que, durante décadas, se venía integrando bajo dicha denominación, en realidad no sería sino un supuesto normal en las relaciones de pareja. Desde esta perspectiva, la denominación de “patologías” o “crisis”, presentaría un matiz peyorativo, inapropiado para calificar situaciones encajables en el ámbito de la más estricta normalidad en dichas relaciones.

exigencia. Además, en los tiempos modernos es posible detectar una dosis mayor de voluntarismo y menor de resignación, en la iniciación y en el mantenimiento de los vínculos conyugales, así como un aislamiento de la relación conyugal respecto del resto de las relaciones familiares que personaliza el conflicto sin disolverlo en el grupo”¹⁰⁰

Cuando después de transcurridos casi cuarenta años de aquella reforma, se atiende a las consideraciones que se acaban de transcribir, y se constata el elevado porcentaje de supuestos de crisis matrimonial respecto al número de matrimonios celebrados, se puede plantear serias dudas acerca de esa fijación mínima de la edad para contraer a la edad de la mayoría o, supuesta la emancipación, a una edad aun inferior.

Es cierto que el legislador fijó una edad mínima, así como que en la gran mayoría de matrimonios que se celebran los contrayentes superan con mucho esa edad mínima, pero con todo ello, señalar una posible elevación de esa edad no resultaría descabellado. Y todo ello en armonía, de un lado, con el alcance que deba atribuirse al propio art. 45.1 CC, y, de otro, con la existencia en este de importantes excepciones en las que se exige una edad superior a la de la mayoría para la realización de determinados actos jurídicos (art. 175.1 CC).

IV. EL ART 46.1 CC: ANTECEDENTES

1. ¿Inhabilidad – Prohibición?

“No pueden contraer matrimonio: los menores de edad no emancipados”¹⁰¹

El legislador utiliza una fórmula negativa para, de ella, inferir otra afirmativa: Pueden, pues, casarse los mayores de edad y los menores mayores de dieciséis que hayan obtenido la emancipación¹⁰².

¹⁰⁰ DÍEZ –PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, A: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de Sucesiones*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 1982, p. 120.

¹⁰¹ No parece exista en nuestro Derecho problemática alguna respecto a la existencia de una edad máxima para contraer matrimonio. El legislador fija unas edades mínimas, o más bien, una edad mínima: la de los dieciséis años con emancipación, pero superada aquella, no restringe la edad para contraer, por muy elevada que fuere la edad del/os contrayente/s. Sin perjuicio, claro está, del posible juego de otras normas, como el art. 56.2 CC, en su redacción por Ley 4/2017, 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, 2 julio, de Jurisdicción Voluntaria.

La no existencia de una edad máxima en orden a la celebración del matrimonio entronca plenamente, desde luego, de una parte, con el párrafo primero del art. 32 CE; de otra, con el principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

¹⁰² Siguiendo los pasos de la regulación de la edad matrimonial, las diversas leyes autonómicas en materia de parejas de hecho adoptan asimismo para aquellas, como requisito general, la mayoría de edad o la emancipación. Así, Cataluña, Aragón (mayoría de edad), Navarra (mayoría de edad o emancipación); Madrid (mayoría de edad o emancipación), Baleares (mayoría de edad o emancipación); Asturias (mayoría de edad o emancipación), Andalucía (mayoría de edad o emancipación); Canarias (mayoría de edad o emancipación); Extremadura (mayoría de edad o

Anteriormente ya se hizo referencia a la dualidad “incapacidad” “prohibición”, que como manifesté, implica una mera cuestión terminológica. Con todo, el tema llamó la atención de los primeros comentaristas de las reformas de 1981, y ocupa en aquellas aportaciones buen número de páginas¹⁰³.

Si la cuestión se centra, en ese propósito del legislador de 1981 de “establecimiento de propias categorías”, respecto de la legislación canónica, prácticamente excluyente, hasta la reforma, parece que habría que inclinarse por la dualidad “inhabilidad absoluta” “prohibición”. Y ello, porque de optarse por la contraria, se estaría aceptando la doctrina canónica clásica, que agrupaba todos los límites a la libertad matrimonial en una categoría unitaria: la de los impedimentos en sentido amplio. El propósito de “ruptura” con una terminología de carácter confesional se inclinaría a favor de la primera de las opciones¹⁰⁴.

Con todo ello, autorizada doctrina, entiende que, en sede de matrimonio, la distinción relevante parece ser la que media entre los impedimentos en sentido amplio y los impedimentos en sentido estricto. Los primeros, son todos los obstáculos a la válida celebración del matrimonio. Los segundos, son sólo los enumerados en los arts. 46 y 47 CC: “los impedimentos *ex parte personae*, que dejan de lado a los *ex parte formae* y a los *ex parte consensus*”¹⁰⁵.

No puede decirse sin embargo que esta concepción que integra en la denominación de “impedimentos” a los requisitos formales de celebración, así como a los exigidos para la validez e integridad del consentimiento, sea objeto de aceptación mayoritaria.

La doctrina científica española mayoritaria se sigue resistiendo al empleo del término “impedimentos” para referirse a circunstancias que no tengan que ver con las personas de los contrayentes, como lo son las atinentes a la forma o al

emancipación); País Vasco (mayoría de edad o emancipación), Cantabria (mayoría de edad o emancipación); Galicia (mayoría de edad)

Por su parte, el *Code* (art. 144) ha igualado la edad requerida para contraer matrimonio entre el hombre y la mujer fijándola en dieciocho años, siquiera dispensable judicialmente; en Portugal la edad mínima es más baja (dieciséis años), y sin posibilidad de dispensa; en el Derecho alemán se fija asimismo una edad única, la de la mayoría, eliminándose la posibilidad de dispensa a partir de los dieciséis, cuando el otro contrayente fuere mayor de edad; por su parte en el Derecho italiano se fija como edad mínima los dieciocho (aunque admitiendo la posibilidad de dispensa a partir de los dieciséis): DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Una relectura”, cit., p. 444.

¹⁰³ Por todos, SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 46”, cit., pp. 139 y ss. “Más por otra parte, señala este autor, la misma redacción de los arts. 46 y 47 CC parece dar a entender que lo pretendido con los nuevos textos es seguir ajustándose, como ya lo hicieron sus precedentes (arts. 4 y ss. de la Ley de Matrimonio Civil, 18 de junio 1870; arts. 83 y 84 CC 1889) a la dualidad propia de la cultura civilista: incapacidades (art. 46 CC), prohibiciones (art. 47 CC) tal y como lo entiende un autorizado sector de la doctrina. El art. 46 respondería a la idea de incapacidad entendida como inhabilidad absoluta (“No pueden contraer matrimonio...”) y el 47 a la de prohibición, veto u obstáculo relativo al matrimonio con determinadas personas (“No pueden contraer matrimonio entre sí. . . .”).

¹⁰⁴ SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 46”, cit., p. 139.

¹⁰⁵ SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 46”, cit., p. 150.

mismo consentimiento. En consecuencia, el término “impedimento” viene utilizado siempre en referencia a los requisitos contemplados en los arts. 46 y 47 CC. Los efectos, por tanto, son claros: impedimentos absolutos (impiden contraer con cualquiera, art. 46 CC) y relativos (impiden hacerlo con personas determinadas, art. 47 CC)¹⁰⁶.

2. Características funcionales de la vieja regulación del impedimento de edad en el CC

La pubertad legal (catorce años para el varón y doce para la mujer), así como la regla *nisi malitia suppleat aetatem* (concepción de la mujer antes de la pubertad legal, lo que suponía una importante concesión al criterio de la pubertad real), “traslucían una concepción del impedimento de edad que ponía el acento más en su relación con el de *impotentia* que en la que mediaba con el *defectus discretionis iudicii*” (SALVADOR CODERCH).

Además, la asimetría de la regla tradicional de la edad núbil en función del sexo (doce años para la mujer y catorce para el varón) acentuaba más aún la relación matrimonio- pubertad y, además, la posición socialmente discriminada de la mujer. Bajo la máscara de la naturaleza de las cosas, la concepción tradicional del impedimento de edad disminuía las posibilidades de formación cultural y profesional de la mujer con respecto a las del varón¹⁰⁷.

3. El carácter ineludible de la reforma por Ley 30/81, 7 julio

La regulación anterior a la reforma de 1981 resultaba tan insostenible¹⁰⁸ que no resulta necesario detenerse en las causas determinantes del cambio legislativo¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Así, la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (APDC), *Propuesta*, cit., p. 362.

¹⁰⁷ SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 46”, cit., pp. 155-156.

¹⁰⁸ La ONU inauguró el siglo XXI con una campaña destinada a elevar las edades para el matrimonio en Afganistán, India, África, donde las jóvenes contraían matrimonio a los 12 o 13 años, COONTZ, E: *Historia*, cit., p. 18.

¹⁰⁹ Una buena síntesis de esas causas determinantes en, SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 46”, cit., pp. 157-158, y que, como se acaba de decir, a modo de resumen señala las cuatro siguientes: “1. Violentaba el principio consensualista y hacía escarnio de la propia libertad matrimonial que, recuérdese, se predica constitucionalmente del hombre y de la mujer (art. 32 CE) y no del niño y de la niña. No cabe sostener hoy seriamente que a los doce o catorce años se cuenta usualmente con la madurez de juicio suficiente para asumir libre y conscientemente el negocio matrimonial; 2) se oponía al principio de protección a la familia (art. 39 CE): permitir la constitución de una familia, que en nuestro contexto cultural no deja de ser una unidad de decisión autónoma social y jurídicamente (cf. Arts. 314.2 y 316 CC) a tan tempranas edades viola el principio del art. 39 de la Constitución dos veces: Una en cuanto, poco o mucho, supone desresponsabilizar a la familia de origen de los contrayentes de su tutela y cuidado. Y la otra en cuanto permite la constitución de una nueva familia en la que al menos uno de sus miembros, carece del nivel de desarrollo personal, cultural y profesional que le permita llevar a cabo sus funciones como componente de la familia; 3) por lo mismo se oponía al principio de libre desarrollo de la personalidad (y a sus presupuestos: educación y cultura, arts. 17 y 44 de la Constitución; trabajo, art. 35; salud, art. 42, etc.) en tanto en cuanto lo truncaba: el matrimonio a edades tan tempranas supone en mayor o menor medida pero siempre en todo caso, la obstaculización o interrupción de la propia formación o educación; 4) violentaba el principio de

Era, además, notable que la reforma de la regulación de la edad matrimonial debía proponer una elevación de la edad núbil cuidando, a la vez que, las excepciones admisibles no colisionaran con los principios establecidos. “En la práctica, ello suponía situar la edad núbil en torno a la mayoría de edad permitiendo la dispensa del impedimento sólo por graves motivos y tras una valoración judicial de su conveniencia al menor”¹¹⁰.

4. Lastres de aquella reforma

Un adecuado análisis de cualquier norma exige situarla en el contexto histórico en el que nació y la reforma de 1981 no es excepción de lo que se acaba de decir, al contrario, es su total confirmación.

Aquella reforma supuso una ruptura con una tradición secular casi exclusiva de la legislación eclesiástica en materia matrimonial. La regulación civil del matrimonio no era únicamente un conjunto normativo con apenas aplicación práctica, sino además objeto de desatención y poco interés en el análisis por parte de los especialistas. Incluso ese desinterés se mostraba en la misma enseñanza universitaria, en la que solía ser habitual remitir a la disciplina canónica el tratamiento del matrimonio, centrando entonces las enseñanzas de Derecho de familia en las materias de filiación, régimen económico matrimonial e instituciones de guarda.

En relación con lo anterior, y en confirmación de lo dicho, aunque evidentemente erróneas por no ajustarse en ningún caso a la realidad normativa de aquel tiempo, llaman la atención afirmaciones contenidas en alguna jurisprudencia reciente (así, SAP de Barcelona 15 enero 2020¹¹¹, fundamento de derecho tercero, y en el que textualmente se afirma que “el matrimonio (canónico en este caso, (era el) único reconocido por el Estado antes de la Constitución”)¹¹².

Se trataba, pues, de ir hacia una regulación sustantiva propia del matrimonio en la legislación civil, pero todo ello había que sacarlo adelante en un marco parlamentario fragmentado, en el que los partidarios de esa ruta hacia la que cabría llamar “emancipación” de la legislación matrimonial civil fuere la menor de las posibles, seguían teniendo un importante peso específico.

igualdad ante la Ley potenciando la discriminación de la mujer al dictar unos mínimos de edad tan bajos y diferentes, menores, para ésta en relación al varón”.

¹¹⁰ SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 46”, cit., p. 158.

¹¹¹ SAP Barcelona 15 enero 2020 (Tol 7740945)

¹¹² En el periodo inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la CE, la calificación del sistema matrimonial vigente quizá las admitiera diversas (de matrimonio civil subsidiario; de matrimonio civil tendencialmente facultativo, de matrimonio canónico prevalente. ...), pero la existencia del tipo matrimonio civil, incluso con innegables dificultades de acceso al mismo dada la necesidad para ello de la declaración de no profesión) resulta innegable. De hecho, en los años inmediatamente anteriores a la aprobación de la CE, la declaración acerca de la no profesión había venido experimentando una suavización, acercándose ya hacia un sistema facultativo. No obstante, desde una perspectiva formal, es innegable que el sistema seguía siendo de matrimonio civil subsidiario.

Y esos obstáculos, en contra de lo que pudiera parecer a simple vista, no afectaban exclusivamente al tema “central” de la reforma (la disolución por divorcio de todo matrimonio, canónico o civil, al margen de su fecha de celebración), sino a muchos otros (piénsese, por ejemplo, en el significativo silencio del art. 32.2 CE acerca de la nulidad matrimonial, o esa particular expresión a las “causas de disolución” del vínculo, dejando a un lado el término “divorcio”). También a la regulación de la edad para contraer.

Se estaba de acuerdo en elevar la edad. Pero, a pesar de ello, el lastre histórico se manifestó a través de la admisión de la dispensa del impedimento de edad a partir de los catorce años, aunque concurriendo “justa causa”, y confiando la competencia para conceder aquella al Juez de primera instancia¹¹³. La fuerte oposición de una parte de la Cámara no impediría que, finalmente, esa elevación de la edad fuera acompañada de un resquicio en el que, de alguna forma, pervivía la regulación anterior¹¹⁴.

5. Referencia a la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015, 2 de julio

La citada Disposición Final de la ley de jurisdicción voluntaria no modificó la edad requerida para contraer matrimonio, sino que, simplemente suprimió la controvertida “dispensa” del denominado “impedimento de edad, con la se intentaba tratar dar una “solución” normativa a los llamados “matrimonios de reparación”¹¹⁵.

El camino elegido por el legislador en la ley de jurisdicción voluntaria fue el de proceder a la modificación del art. 48 CC, atribuyendo al Juez nuevas

¹¹³ Poniendo de manifiesto aquella difícil gestación, SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art.46”, cit., p. 160, con la dispensa se trataba de “obviar los problemas de desajuste entre el derecho canónico y el derecho civil español. Pero con ello, “chocaban dos concepciones difícilmente compatibles del impedimento de edad”. Por un lado, estaría aquella que se desprende del art. 46.1 CC. “según ésta se trata de aproximar la edad núbil a aquella que el ordenamiento considera que marca la madurez de juicio necesaria para la realización de los actos de la vida civil. Por el otro, está la que refleja el art. 48 CC. Esta prolonga hasta el Derecho vigente la concepción tradicional según la cual la regulación del impedimento de edad gira en último término en torno a la madurez sexual o pubertad. Todo ello pone de manifiesto la dualidad de orientaciones de la reforma, su ambigüedad”.

¹¹⁴ Para un análisis de lo que supuso el apartado segundo del art. 48 en la redacción de la Ley 30/81, en la actualidad ya Derecho histórico, entre otros, SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 46”, cit., pp. 160 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Una relectura”, cit., pp. 445-446.

La problemática suscitada por aquel precepto en orden a lo que, debía entenderse por “justa causa”, a efectos de concesión de la dispensa, y a la insuficiencia del mero embarazo no acompañado de otras circunstancias, remitía a una valoración judicial del caso concreto, con recogida de jurisprudencia registral al respecto, DE VERDA Y BEAMONTE: “Una relectura”, cit., p. 445.

¹¹⁵ Afirma acertadamente DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Una relectura”, cit., pp. 445-446, que “aunque probablemente el legislador (de 1981) estuviera pensando en el embarazo de la mujer (como un vestigio del llamado matrimonio reparador) acabó imponiéndose la idea de que el mero embarazo, por sí solo, no era “justa causa” para la dispensa, si no iba acompañado de otras circunstancias, como la no oposición de los padres al matrimonio y, sobre todo, de un grado de madurez, por parte del menor, superior al propio de su edad biológica, lo que remitía a una valoración judicial del caso concreto”.

competencias para la concesión de la dispensa de determinados impedimentos y, suprimiendo de su texto la referencia a la llamada “dispensa del impedimento de edad” “a partir de los catorce años”. Aunque el parecer de los padres o guardadores del menor no era preceptivo para el Juez, sí lo era, en la norma derogada, la audiencia de estos en los expedientes de dispensa de edad.

La supresión de la llamada “dispensa de edad”, merece pues un juicio unánimemente favorable. Y ello por muchas razones¹¹⁶: de un lado, la edad de catorce años no se presentaba como edad adecuada para la asunción del complejo de derechos-deberes que derivan de la relación jurídico-matrimonial; de otro, la situación de crisis económica, ya existente en aquella fecha, y sus terribles secuelas, no guardaban relación con la permisividad legislativa de un matrimonio a edad tan temprana. Finalmente, la norma que se derogó no se encontraba exenta de dificultades en su aplicación al caso concreto, ya que, aun presupuesta la concurrencia de “justa causa” (el ejemplo que solía utilizarse cuando del 48.2 CC se trataba, era el del embarazo de la mujer), el juez podía denegar la concesión de la dispensa con apoyo y fundamento en otras circunstancias (por ejemplo, la inexistencia de una voluntad seria, y consciente, en orden a la constitución de una familia y a la asunción de las responsabilidades de ello derivadas)¹¹⁷.

V. ANÁLISIS NORMATIVO

1. Precisiones

Desde una perspectiva normativa, el art. 46.1 CC presenta poca dificultad de análisis, dificultad que provendría, más bien, de su formulación gramatical y no tanto de su contenido.

Resulta llamativo que el art. 46.1 CC no se refiera al supuesto más evidente en materia de capacidad matrimonial, aquél en el que ambos contrayentes sean mayores de dieciocho años.

El que el art. 46. 1 CC “no aluda al mayor de edad sino a la emancipación, explica SALVADOR CODERCH supone fijar una regla general: la de que en

¹¹⁶ Poniendo de relieve la incidencia de la reforma por la Ley de jurisdicción voluntaria del art. 48.2 CC en la necesidad de luchar contra los matrimonios forzados y precoces, que, si bien se admiten en la tradición cultural islámica, no es posible su aceptación por ser contrarios al orden público, al lesionar la libertad, el principio del libre desarrollo de la personalidad y el derecho a contraer matrimonio, De VERDA Y BEAMONTE: “Una relectura”, cit., p. 447.

¹¹⁷ Poniendo de relieve el acierto del legislador de 2015 en relación a la derogación del apartado segundo del art. 48 CC, y la consiguiente supresión de la dispensa del impedimento de edad, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Una relectura”, cit., pp. 446-447, con base en dos argumentos principales: de una parte, por la gran dificultad de que un menor de dieciocho años pueda acceder a una realidad vital tan compleja como el matrimonio; de otra, por cuanto el nacimiento de un hijo fuera del matrimonio ya no es un grave estigma social para la madre, ni motivo de discriminación para el hijo.

el Derecho español vigente la emancipación basta para determinar la plena capacidad matrimonial. No es necesaria la mayoría de edad”¹¹⁸.

2. Mayoría de edad

Como se acaba de decir, pese a esa falta de referencia al supuesto más claro, ninguna duda cabe en cuanto a que en la práctica totalidad de los matrimonios que se celebran en nuestro país, los contrayentes son mayores de edad, e incluso han sobrepasado con creces la edad de la mayoría¹¹⁹.

Por lo demás, el supuesto a que se hace referencia no presenta ninguna problemática. Para el cómputo de la edad de la mayoría, de conformidad con las reglas generales, se incluirá completo el día del nacimiento (art. 240 CC), siendo momento determinante para la calificación de la edad el de la celebración del matrimonio y no otro anterior¹²⁰.

La mayoría de edad se ha de poder predicar de ambos contrayentes y no de uno solo de ellos, aunque, nada obsta, la circunstancia de que solo uno de ellos sea mayor de dieciocho años, en tanto que el otro lo sea de dieciséis con tal de que haya obtenido a su vez la emancipación, o que ambos sean mayores de dieciséis y estén emancipados.

A la incidencia de que la elevación de la edad para contraer llevada a cabo en 1981 se proyecte sobre ámbitos tan importantes como el del libre desarrollo de la personalidad de los sujetos, o el de la sustitución del criterio de la madurez biológica por el de la psicológica, nos referiremos en otro momento. Se ha de señalar también, que, transcurridos casi cuarenta años de aquella reforma, sería necesario, relativizar algunas afirmaciones que han terminado por convertirse en tópicos, y que se encuentran bastante alejadas de la realidad en la que vivimos.

Y es que, en la actualidad, conectar edades como la de la mayoría (dieciocho) o dieciséis (más emancipación) con el libre desarrollo de la personalidad, o con la

¹¹⁸ SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 46”, cit., pp. 161-162.

¹¹⁹ A salvo, desde luego, la posibilidad de que los contrayentes apenas superen la edad de la mayoría, en el caso de personas pertenecientes a determinados colectivos étnicos, y en los cuales puedan existir determinadas tradiciones en cuanto a la celebración del matrimonio a edades mucho más tempranas.

¹²⁰ Señalando la importancia, y necesidad, de estar al momento de la celebración, y no a otro anterior, SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art 46”, cit., p. 162. “Contraer matrimonio es celebrarlo en el sentido de los arts. 57 y 58 CC y no solicitar la tramitación del expediente matrimonial”.

“Lo mismo cabe sostener, añade, en otros supuestos incluso en el discutido del matrimonio por poder (art 55 CC). El principio conforme al cual hay que exigir al poderdante capacidad suficiente para celebrar el negocio para el que se apodera no tiene tanta rigidez como para violentar en este caso la libertad matrimonial cuando el otorgamiento del poder se produce en las condiciones temporales dichas”.

plena madurez psicológica o sexual, no es siempre fácil, y requiere de algunas puntualizaciones.

Así, no acaba de explicarse cómo a edades tan sumamente tempranas (como lo siguen siendo las contempladas por el art. 46.1CC), se entiende implícita la madurez necesaria para captar en su entera dimensión el entramado de derechos-deberes propios de la relación matrimonial, y consiguiente asunción de este¹²¹.

Resultan significativas las consideraciones de algún sector de la doctrina, formuladas en comentarios de los primeros tiempos de aquella reforma, calificando de tímida la regla general del art. 46.1 CC, en cuanto suponía “un pequeño cambio de la concepción que hacía descansar la capacidad matrimonial en la pubertad hacia la que la sustenta en la madurez de juicio”¹²².

Incluso, yendo un poco más lejos, podríamos decir que el art. 46.1 CC viene más a reforzar la dimensión sexual del negocio jurídico matrimonial (sexualidad matrimonial, al menos potencial, ya entre personas adultas, no entre niños), que la madurez de juicio.

En cuanto a la madurez de juicio, podríamos decir que el propósito legislativo fue tímido o insuficiente

Es claro que corresponde al legislador fijar una edad mínima, para que el sujeto adquiera la plena capacidad (y esa es sin duda la función misma del art. 246 CC). Con todo ello, cuando se trata del matrimonio, el listón se pone aún más bajo: no en los dieciocho años sino en los dieciséis (emancipación). Entender que, a esas edades, el sujeto posea la madurez psicológica adecuada para entender en su plena dimensión la complejidad de una relación personal de alto nivel de exigencia, como lo es la matrimonial, parece desconectado de la realidad más elemental¹²³.

Por ello, podríamos concluir que la solución al problema vendría dada por la circunstancia de que las edades “legales” (las establecidas en el art. 46.1 CC) se sustituyen en la práctica por las edades “reales” a las que las personas suelen contraer matrimonio, siendo estas últimas muy superiores a aquéllas.

3. Emancipación

¹²¹ En referencia a la elevación de la edad por la reforma de 1981 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Una relectura”, cit., p.445, afirma que “en la realidad social actual no cabe sostener, al menos con carácter general, que un contrayente de doce o catorce años tenga la madurez de juicio suficiente para asumir libre y conscientemente un matrimonio”.

¹²² SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art 46”, cit., p. 159.

¹²³ Ya en 1982, recién estrenada la reforma, este era el parecer de GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al art. 46”, en AA. VV: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 42 a 107 del Código Civil*, (coord. por M. ALBALADEJO GARCÍA), T. II, Edersa, Madrid, 1982, p. 73. “No puede decirse que con la reforma se haya puesto el acento en la madurez psíquica del contrayente”.

La importancia de la figura de la emancipación en la materia que se trata es más que evidente.

Como se dijo anteriormente, el que el art. 46.1 CC no aluda al mayor de edad sino a la emancipación supone fijar una regla general: la de que en el Derecho español vigente la emancipación basta para determinar la plena capacidad matrimonial. No es necesaria la mayoría de edad¹²⁴.

Tras la reforma llevada a cabo por la ley de jurisdicción voluntaria ya no hay ningún atajo para lograr la emancipación aun sin alcanzar la edad requerida para aquella. La edad de dieciséis se impone de forma inexorable (arts. 241, 243, 244, y 245 CC) y, como consecuencia inevitable de lo anterior, la emancipación ha dejado de ser a la vez (como sí lo era en la regulación anterior) “parte del supuesto de hecho matrimonial” y “consecuencia jurídica del mismo”¹²⁵.

No existe duda en cuanto a que, la obtención de la emancipación por cualquiera de las modalidades de emancipación que recoge el Código habilita para el matrimonio, también, claro está, la llamada emancipación “por vida independiente” del art. 243 CC. El tenor literal del precepto (“Se reputará para todos los efectos como emancipado.”) evita cualquier consecuencia negativa que pudiera derivarse de la posibilidad de revocación de ese consentimiento por parte de los padres. El principio del interés superior del menor, prevalente en todo caso, hace superflua cualquier discusión al respecto¹²⁶.

A) Emancipación y capacidad matrimonial

Cuando se analiza la incidencia de la figura de la emancipación en lo relativo a la capacidad para contraer matrimonio, surge enseguida la duda: ¿cuál es la causa por la que el legislador de 1981 optó por fijar, como regla general, como se ha dicho, la emancipación (no la mayoría de edad) por cuanto a dicha capacidad se refiere?

¹²⁴ SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 46”, cit., pp. 161-162.

¹²⁵ SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 46, cit., p. 163. Y ello por cuanto en la regulación anterior para que el menor de edad pudiera contraer matrimonio debía estar emancipado o haber obtenido dispensa de edad. En este último caso, el matrimonio producía, de derecho, la emancipación. Era, pues, “parte del supuesto de hecho” matrimonial y, a la vez, “consecuencia jurídica” del mismo matrimonio.

¹²⁶ En este sentido, son ya clásicas las consideraciones de DELGADO ECHEVERRÍA, J: “La edad”, en AA. VV: *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General. Personas*, Vol. 2º, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 140-141. Amplias consideraciones al respecto, siquiera para concluir que el emancipado por vida independiente es de todas maneras un emancipado, en, SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 46”, cit., pp. 164 y ss. En idéntica línea argumental, DE VERDA Y BEAMOTE, J.R: “Una relectura”, cit., pp. 449-450, poniendo además de relieve la inconsecuencia que supondría que, supuesta esa revocación después de la celebración del matrimonio, no por ello el matrimonio sería nulo, porque, en el momento de celebrarse, habría concurrido el requisito de capacidad del art. 46.1. Además, considera dudoso que “después de celebrarse el matrimonio, los padres conservasen la posibilidad de revocar el consentimiento, pues la solución contraria podría llevar a un resultado absurdo: encontrarnos antes un menor casado y no emancipado”.

Esa extrañeza aumenta cuando nos fijamos en la edad necesaria para emanciparse, dieciséis años, inferior en dos, a la de la mayoría. Y todo lo anterior, partiendo del claro propósito legislativo de reforzar la madurez de juicio del contrayente acerca de la realidad misma del negocio jurídico matrimonial. Y para conseguir ese objetivo ¿se rebaja más la edad, a dieciséis, con emancipación? ¿Resulta lógico todo esto? ¿Cabe entenderlo en ese contexto de preocupación legislativa por la necesidad de madurez psicológica y plena conciencia del sujeto acerca de lo que significa el negocio jurídico matrimonial?

Se ha de señalar, además, la circunstancia de que la misma Conferencia Episcopal Española haya demostrado un grado de prudencia (en lo relativo a la edad), al determinar los dieciocho años como la edad establecida para la *lícita* celebración del matrimonio (canon 1.083.2 CIC)¹²⁷, pese a ser los dieciséis para el varón y catorce para la mujer las edades fijadas por la legislación eclesiástica¹²⁸ para la válida celebración de aquél.

Puede, que el factor decisivo que llevó al legislador a fijar esa regla general, la de la suficiencia de la emancipación, se encuentre, de un lado, en la circunstancia de que el filtro para la obtención de aquella (de la emancipación) serviría para manifestar ese grado de “madurez” requerido para el acceso al matrimonio¹²⁹, y, de otro lado, en la conexión existente entre “emancipación” e “independencia económica”.

Así, la rebaja de dos años (de dieciocho a dieciséis) encontraría justificación en la aptitud del emancipado para ganarse la vida y subsistir con su propio esfuerzo, circunstancia esta que no siempre se dará en un mayor de edad¹³⁰.

Podemos decir, en definitiva, que se trata de una regulación obsoleta, alejada de la realidad social española actual, en la que las dificultades de los jóvenes para emanciparse económicamente son cada vez mayores, no ya a los dieciséis o dieciocho años, sino a edades muy superiores. En consecuencia, estamos ante una realidad normativa, desconectada totalmente de la realidad que camina por senderos bien distintos.

¹²⁷“Puede la Conferencia Episcopal establecer una edad superior para la celebración lícita del matrimonio”.

¹²⁸ En el comentario de AZNAR, F, al canon 1.083 se pone de relieve la controversia que, en los trabajos de elaboración del vigente CIC de 1983, suscitó el tema de la edad. Pese a los intentos habidos para elevar la edad matrimonial, el criterio que finalmente se impuso fue el de mantener la edad del anterior CIC de 1917 para contraer válidamente (dieciséis en el varón y catorce en la mujer), AZNAR, F: “Comentario al canon 1.083”, en AA. VV: *Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada por los profesores de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca*, BAC, Madrid, 2001, p. 563.

¹²⁹ Y ello presupuesto que, tratándose de emancipación, denegada en su caso la emancipación por los padres siempre quedará al menor, pero mayor de dieciséis, instarla por concesión judicial.

¹³⁰ Sobre la incidencia negativa, en relación con los objetivos perseguidos por la reforma de 1981, del recurso al criterio de la emancipación, como factor que condiciona la reducción de la edad núbil, SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 46”, cit., p. 159.

B) ¿Realmente está presente la figura de la emancipación en la realidad social española?

Nos planteamos la siguiente pregunta ¿Existe correspondencia entre el tratamiento que a la emancipación se le concede por los juristas y su importancia en la vida real? ¿conocemos en nuestro entorno a muchas personas que hayan obtenido, o que obtuvieron la emancipación? Dicho de otra forma, ¿Subsisten las razones que llevaron a incluir esta figura jurídica en el CC?

La respuesta a todos estos interrogantes parece ser negativa.

La emancipación tenía sentido en el marco de una regulación de la edad, como lo era la originaria del CC al tiempo de su promulgación, en la que la edad de la mayoría se establecía en veintitrés años. Lo siguió teniendo aun después, cuando se fijó aquella, en veintiún años, pero desde 1978 en que se rebajó a dieciocho, sólo dos años separan ya la edad requerida para emanciparse de la edad de la mayoría.

Desde esta perspectiva, tratándose de dos figuras jurídicas separadas únicamente por el transcurso de dos años, es difícil pensar que el ciudadano medio acuda a la emancipación y al procedimiento para su concesión, cuándo solo esperando dos años obtendrá los mismos resultados.

Tampoco el contexto social y el económico proporcionan mucha utilidad a la emancipación, puesto que carece de sentido insertar a jóvenes de dieciséis años en un mercado laboral cada vez más complejo¹³¹.

VI. OTRAS CONSIDERACIONES

1. Complejidad de factores que se entrecruzan

En materia de edad matrimonial, como se ha manifestado anteriormente, concurren una diversidad de factores que se entrecruzan y desembocan, claramente, en una pluralidad de enfoques, de difícil armonización.

De una parte, nos encontramos con el juego de una serie de principios jurídicos de gran importancia, y que condicionan la problemática de la edad matrimonial: libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1CE); en un segundo escalón, el de la *libertas nuptiandi* (el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32.1 CE), derecho de los ciudadanos, y, ya en

¹³¹ Con todo, probablemente, un ámbito en el que la figura de la emancipación siga presentando utilidad sea el relacionado con las crisis matrimoniales o, en general, de pareja. La ruptura de la convivencia entre los cónyuges, o miembros de la pareja, suele ir seguida frecuentemente del inicio de una nueva relación de convivencia entre cada uno de sus miembros con terceras personas. En tal caso, las desavenencias, tiranteces, y en ocasiones, situaciones de enfrentamiento abierto, entre alguno de los/las hijos/as y el conviviente con el progenitor en cuya compañía quedan, puede encontrar en algunos casos, una salida en la emancipación del menor, solicitada a veces por el propio menor para escapar de una situación convivencial perjudicial. (art. 244.1º y 2º CC).

el plano de la legislación ordinaria, el art. 246 CC, según el cual “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”.

2. Incidencia de aquellos en la reforma de 1981

De otra, ese bloque normativo al que se hace referencia condujo a la reforma de 1981, y en materia de edad para contraer, el legislador español, optó por una elevación de aquella, aproximándola sí a la mayoría de edad, pero sin llegar a identificarla con ella (al reconocer capacidad matrimonial por razón de la edad al menos emancipado). Y ello, además, sin contar la posibilidad de dispensa de la edad (a partir de los catorce años) del derogado art. 48.2 CC.

Todo lo anterior muestra un criterio de legislador ordinario dubitativo, sujeto a normas constitucionales de distinto nivel (principios (art.10.1 CE); derechos de los ciudadanos (art. 32.1 CE), y normas ordinarias de general aplicación (art. 246 CC), cuya fuerza expansiva (“capacidad del mayor de edad para todos los actos de la vida civil”) comprende también, la capacidad para contraer matrimonio.

3. Precedentes

A las dos consideraciones anteriores, hay que sumar además el lastre de los precedentes citados con anterioridad. En este caso, la alusión a los precedentes hay que entenderla referida, a una notable particularidad de nuestra legislación matrimonial, que no es otra sino la de su práctica inexistencia durante más de un siglo. No se quiere decir que no existiera legislación civil matrimonial, sino que en la realidad social española de más de un siglo la aplicabilidad real de esa legislación era prácticamente inexistente.

No cabe duda de que esos precedentes influyeron a la hora de fijar la edad matrimonial. Obviamente, el mantenimiento de la vigente con anterioridad resultaba insostenible, pero puestos a llevar a cabo una elevación ni siquiera se llegó a la regla general de la mayoría de edad, situándola dos años por debajo de esta última (la edad requerida para la emancipación).

Con todo ello, el alejamiento de la legislación eclesiástica resultaba minimizado, dieciséis años para el varón y catorce para la mujer en el CIC de 1917, y en el vigente de 1983).

Minimizado, en la medida en que el juego de la emancipación hacía posible el matrimonio para los varones mayores de dieciséis que hubieren obtenido aquella, y, tratándose de la mujer, la separación de la legislación canónica tampoco resultaba notable por cuanto, aun requiriéndose para la mujer en el Código la misma edad que para el varón, el juego en su caso de la dispensa de edad ex art. 48.2 CC, venía a reducir ciertamente, las diferencias: también la mujer mayor de catorce años podría contraer obtenida la dispensa.

En definitiva, el art. 46 CC no alude al mayor de edad sino a la emancipación (para la que se precisan dieciséis años, la misma edad requerida en el Código canónico para el varón).

Al tiempo se pretendía, asimismo, dar cumplimiento al principio de *libertas nuptiandi*, recogido como derecho de los ciudadanos en el párrafo primero del art. 32 CE.

4. El art. 246 CC

El precepto¹³² formula una regla general: “el mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”. No es el matrimonio una de esas excepciones. Sí, por el contrario, lo es la adopción (art. 175 CC).

¿Existen razones para que la adopción requiera una edad especial y, sin embargo, no la requiera el matrimonio, para el que la regla general no es siquiera la mayoría de edad sino la condición de emancipado obtenible con dieciséis?

Desde una perspectiva teórica, la respuesta afirmativa parece clara: la CE reconoce y garantiza el derecho al matrimonio (art. 32.1 CE), que, aun no incluyéndolo entre los derechos fundamentales, sí es un derecho de los ciudadanos, un derecho constitucional no fundamental, lo que, por el contrario, no puede decirse de la adopción.

El argumento afirmativo se sostendría, además, alegando la conexión entre el derecho al matrimonio y el libre desarrollo de la personalidad (art. 32.1 CE, en conexión con el 10.1 CE).

La necesidad, por exigencia constitucional, de no obstaculizar ese derecho al matrimonio (*ius nubendi, libertas nuptiandi*), justificaría la aplicabilidad de la regla general contenida en el art. 246 CC, en la que el matrimonio no se incluye desde luego “en las excepciones establecidas en casos especiales”, que requieren una edad superior.

5. A modo de conclusión

En definitiva, el análisis de la edad para contraer permite constatar las dificultades de encuadramiento de la normativa vigente en el marco de la realidad social española actual.

¹³² En el caso de que prosperase el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil, y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, el 17 julio 2020, el precepto referido a la mayoría de edad pasaría a ser el art. 246 CC, con un texto prácticamente idéntico al antiguo art. 322 CC.

La edad “legal” a la que es posible contraer matrimonio no es, desde luego, la/s edad/es “reales” a la que los españoles se casan.

Claro es que la función entonces del art. 46.1 CC no es otra sino la de marcar un *mínimum* en lo relativo a la edad, por debajo de la cual opera el obstáculo legal.

De otro lado, no es fácil armonizar del todo en la materia que nos ocupa el principio del libre desarrollo de la personalidad (a través aquí del reconocimiento constitucional del *ius nubendii* del art. 32.1 CE), con alguno de los más importantes postulados de la reforma de 1981 en materia de consentimiento matrimonial. Concretamente, con el art 45.1 CC (el consentimiento en el matrimonio ha de ser “matrimonial”. Aquí el adjetivo “matrimonial” encierra un contenido complejo, contenido que ha de ser asumido por cada contrayente, lo que implica, un grado de madurez elevado respecto del que se dará quizá en un menor emancipado.

En contra de lo dicho, cabría argumentar (a contrario), y en lo que al ámbito contractual se refiere, el tenor del art. 1263 CC (“Los menores de edad no emancipados podrán realizar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”), luego en consecuencia, de cuestionarse su madurez, quizá se la debiera cuestionar de modo general, y no únicamente en lo que se refiere a la celebración del matrimonio.

Anteriormente, se mencionó el parecer de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en lo relativo a las complejidades de la vida matrimonial (“Una relación duradera (la del matrimonio) con un alto nivel de exigencia. Además, en los tiempos modernos es posible observar un mayor de voluntarismo y una menor de resignación en la iniciación y el mantenimiento de los vínculos conyugales”)¹³³.

En esta misma línea, HACKER, sostiene que los hombres y mujeres de hoy están menos dispuestos a hacer concesiones y a hacerse cargo de las obligaciones que alimentan un buen matrimonio¹³⁴.

¹³³ Mayor voluntariedad y menor resignación que tienen que ver con el interés de los sujetos por la autorrealización física y emocional, liderada por una mayor sinceridad. Desde esta perspectiva, incluso se sostiene por algunos que el matrimonio es “una inversión de mayor riesgo que en el pasado. Las potenciales ganancias de estar casado deben calcularse en relación con las posibilidades de permanecer soltero para continuar estudiando o para conseguir un empleo mejor. Y la mayor probabilidad que existe hoy de un eventual divorcio refuerza el atractivo de dejar abiertas las propias opciones y continuar invirtiendo en las aptitudes y experiencias personales” COONTZ, E: “*Historia*”, cit., pp. 362-363.

¹³⁴ COONTZ, E: “*Historia*”, cit., p. 391.

Realización personal y fragilidad de la unión parecen “ir tan unidas como un caballo y su carro”¹³⁵.

Si bien, cabría entender que la solución no tiene porqué provenir de una hipotética elevación de la edad para contraer, sino que, presupuestos los requisitos de edad actualmente vigentes, instar la nulidad por falta de consentimiento (art. 73. 1 CC) (cuando cupiere probar ignorancia o error del contrayente sobre el alcance y contenido del matrimonio mismo, o simplemente, disolver el vínculo por el divorcio, sin entrar en mayores consideraciones).

¿Cuadra todo lo anterior con las edades exigidas por el Código? ¿Estamos ante una mera ilusión normativa al defender el mantenimiento de ese requisito de la edad para el matrimonio, en tanto que para la constitución de la adopción se requiere una edad sensiblemente superior?

Resulta convincente, entonces, ¿la conexión con el principio del libre desarrollo de la personalidad del derecho a contraer matrimonio del art. 32.1CE?

VII. REFERENCIA AL ART 75 CC

1. Legitimación para el ejercicio de la acción

El art. 75 CC establece una norma especial de legitimación en orden a instar la nulidad matrimonial, cuando este se haya celebrado concurriendo el impedimento de edad.

El precepto comprende dos temas diferenciados: de una parte, el de la legitimación procesal para instar la declaración de nulidad; y, de otra, el de la posible convalidación del matrimonio.

En su primer párrafo es claro que la falta de capacidad del menor introduce aquí, una importante excepción, a la regla general de la legitimación directa y propia de los cónyuges en orden a instar la declaración de nulidad de su matrimonio¹³⁶.

La regla de legitimación no cambia por el hecho de que el otro contrayente fuere mayor, o estuviere emancipado, al tiempo de la celebración del matrimonio. También éste está excluido en cuanto al ejercicio de la acción. El defecto de edad (de uno o de los dos) priva a los dos de legitimación¹³⁷.

¹³⁵ COONTZ, E: “*Historia*”, cit., p. 396.

¹³⁶ Art. 75.1 CC: “Si la causa de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor sólo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal”.

¹³⁷ Por cuanto sólo podrá ejercitar la acción “cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal”.

Sólo la mayoría de edad del cónyuge que se casó siendo menor (no emancipado) le confiere legitimación para el ejercicio de la acción. Si atendemos al párrafo segundo, nos encontramos con una cuestionable redacción al afirmar que “Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor”, y es que hubiera sido más apropiada una redacción con el siguiente tenor “Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente que se casó siendo menor”, eliminado así la incongruencia lingüística que encierra el referirse de un lado a un contrayente mayor de edad y de otro, al que parece califica como “contrayente menor”).

Una muestra más de la dudosa regulación de la edad matrimonial se observa enseguida, al exigirse la mayor edad en el contrayente que se casó siendo menor, para poder ejercitar la acción.

Excluida la emancipación por matrimonio, dado que este la presupone, y celebrado el matrimonio con defecto de edad de uno de los contrayentes, es obvio que, aun presupuesta la buena fe de este, y al amparo del art. 79 CC, no se producirá el efecto emancipatorio, lo que no excluye sin embargo la posibilidad de una obtención posterior de la emancipación por el menor que celebró el matrimonio con defecto de edad, una vez alcanzados los dieciséis años¹³⁸.

No comparto el parecer de que en el párrafo primero del art. 75 CC, es “el contrayente menor es el que ejercita siempre la acción a través de sus padres, tutores o guardadores”. En este sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, MC: “Comentario al art. 75 del Código Civil”, en AA. VV: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia* (coord. por M. AMORÓS GUARDIOLA), Tecnos, Madrid, 1984, pp. 397-398. Creo por el contrario que se priva de legitimación al menor, y, en consecuencia, mal podrá hablarse de una legitimación del propio menor a través de aquellos. La legitimación viene conferida, directamente, a las personas enumeradas (“cualquiera de los padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal”). Se trata pues de una legitimación propia a favor de estas personas, aunque en interés de otro (el del propio menor).

La reforma del CC por la ley de jurisdicción voluntaria 15/2015 ha eliminado el problema que, con anterioridad era objeto de cierta polémica, referido a la carencia de legitimación para ejercer la acción incluso en el caso de que al menor se le pudiera considerar emancipado por matrimonio por haber concurrido buena fe en él. Tras la reforma, el matrimonio “ya no produce de derecho la emancipación”, ya que, para casarse, hay que estar emancipado.

¹³⁸ El supuesto entonces no es aquél al que alude GETE-ALONSO Y CALERA, C: “Comentario al art. 75”, cit., p. 399, de imposible producción en la práctica y así establece que: “No es del todo improbable que, aun después del matrimonio (del celebrado con defecto de edad), pudiera el menor solicitar la emancipación por vía de la autorización judicial (art. 320 CC) cuando se de alguna de las circunstancias que establece la Ley (aunque el supuesto será más teórico que práctico) puesto que ¿qué juez concederá esta emancipación cuando, aparentemente, el menor ya la ha obtenido por matrimonio?”

La reforma del CC por la Ley de jurisdicción voluntaria no hace imposible esta hipótesis. El menor que contrajo con defecto de edad, que no obtiene la emancipación por cuanto el matrimonio la presupone, ya no la confiere, sí podría obtenerla después, ya por concesión de los padres, ya por autorización judicial a petición del propio menor, y hay que entender que, pese a ello, carecería de legitimación al no ser mayor de edad.

La cuestión entonces tendría que ver con si en tal caso, ese menor emancipado, que se casó¹³⁹ siendo menor, pero que después obtiene la emancipación, tiene o no legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad. La respuesta parece ser negativa (“Al llegar a la mayoría de edad”, afirma literalmente el precepto). La expresión “mayoría de edad”, parece excluir la condición de menor emancipado. El menor emancipado no es un mayor de edad. Y en este sentido, y a pesar de cualquier intento de equiparación, existen muchos preceptos en el Código (entre otros, los relativos al distinto grado en la capacidad de obrar, el art. 688.1 CC, en cuanto a la capacidad requerida para testar en forma ológrafa, etc.), que así lo confirmarían.

Este planteamiento vuelve a poner de manifiesto las dudas del legislador de 1981 en relación con la edad matrimonial: la emancipación basta para contraer matrimonio, pero no obstante el menor que contrajo no estando emancipado, y lo está posteriormente, carece de legitimación activa (porque no es mayor de edad) para el ejercicio de la acción¹⁴⁰.

Quien puede lo más (contraer matrimonio estando emancipado), no podría lo menos (ejercitar la acción de nulidad, tras haber obtenido asimismo la emancipación).

2. Convalidación

La convivencia durante un año después de alcanzada la mayoría de edad por el contrayente que celebró el matrimonio siendo menor, convalida el matrimonio y, consiguientemente, hace imposible el ejercicio de la acción de nulidad.

La regulación de esa convalidación recuerda a la existente con anterioridad a la reforma de 1981, contenida en el entonces art. 83.1 CC, párrafo segundo¹⁴¹. Si bien, existen diferencias legislativas: de una parte, desapareció (como supuesto de convalidación) el de la concepción de la mujer antes de alcanzada la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación de nulidad; de otra, se amplió notablemente el periodo de convivencia exigido para convalidar la unión (pasa de “un día después de haber llegado a la pubertad legal” a “un año después de alcanzada aquélla” (la mayoría de edad).

¹³⁹ Claro está, el empleo de la expresión “se casó” se hace en un sentido amplio, como sinónima de la de “celebró”, y ello dada la situación claudicante predicable del matrimonio que se halle en semejante situación.

¹⁴⁰ Acción de nulidad que tiene un plazo tasado, pero de distinta duración en función de quién o quiénes ejercitan la acción: para los representantes legales del menor, el plazo corre desde el momento de la celebración del matrimonio hasta aquél en que se produzca la mayoría de edad. Para el contrayente menor de edad, un año después de alcanzada la mayoría de edad, si ha existido convivencia.

¹⁴¹ “Se tendrá, no obstante, por revalidado *ipso facto* y sin necesidad de declaración expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día después de haber llegado a la pubertad legal hubiesen vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer hubiera concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación”.

Estas diferencias vinieron a poner de manifiesto ese nuevo enfoque del negocio jurídico matrimonial por el legislador de 1981, así como la conexión del principio del libre desarrollo de la personalidad y, *ius nubendii* contenidos en los arts. 10.1 y 32.1, respectivamente, de la CE.

La aptitud para procrear (en su dimensión puramente biológica)¹⁴² lleva a una concepción “personalista” de la unión. Lo que importa es la convivencia como factor de convalidación, no la aptitud para procrear (que vendría manifestada en la circunstancia de la concepción de la mujer antes de la pubertad legal).

La convivencia conyugal que convalida sólo empieza a contar desde la mayoría de edad, y debe mantenerse durante un año después de aquélla.

Con todo, el hubieren vivido juntos precisa de algunas matizaciones. La “personalización” del matrimonio, claro propósito legislativo de 1981, no puede ser objeto de interpretaciones, que se alejen de ese propósito.

Así, cuando se habla de “personalización” del instituto matrimonial, surge un problema de fronteras, de saber a ciencia cierta hasta dónde llega esa “personalización”.

Este planteamiento genera algunas dudas: ¿es posible fijar diferentes etapas en esa “personalización” del matrimonio? ¿Es la “personalización” de la unión matrimonial un logro legislativo que se consigue en un solo intento? Y si es así, ¿No se consigue del todo en la reforma del CC de 1981?

En mi opinión, la respuesta ha de ser negativa. En el marco de la legislación matrimonial española, esa “personalización”, parece presentar dos etapas o fases: la acontecida en la reforma de 1981 y la posterior de 2005.

Y es que, si en 2005 la reforma trató de fundamentarse, de forma bastante clara, en el principio del libre desarrollo de la personalidad, la conclusión no puede ser otra sino la de que esa “personalización” o esa conexión de la legislación matrimonial al principio del libre desarrollo de la personalidad no lo fue completa en la anterior reforma legislativa. Según esto, en 2005, lo que se habría intentado llevar a cabo no fue otra cosa que una profundización en esa “personalización”, tratando de llevarla hasta sus últimas consecuencias.

Dejando de lado esta cuestión, me centraré ahora en alguna de sus consecuencias, que tienen que ver con el alcance mismo que deba atribuirse al requisito de la convivencia durante un año, con efecto convalidatorio.

El legislador emplea una expresión idéntica en el supuesto de convalidación por defecto de edad, y en aquellos otros en los que la convivencia convalida el matrimonio celebrado con consentimiento no íntegro sino viciado (error,

¹⁴² Esa dimensión puramente biológica limitaría el alcance mismo del término “madurez”, que quedaría privado en gran parte de un contenido positivo.

coacción o miedo grave), sin más diferencia que el “hubieren” del art. 75 CC, frente al “hubieran” del art. 76 CC.

En ambos casos, como señalaba DÍEZ-PICAZO en 1982, “nos hallamos ante conductas de las que el legislador deduce una unívoca voluntad de convalidación”¹⁴³.

No sería adecuado tratar de proyectar sobre esa “convivencia”, en orden a su calificación como tal, circunstancias que no tuvo en cuenta para su eficacia convalidante el legislador de 1981¹⁴⁴.

“Ahora adquiere (la vía de convalidación), según DÍEZ-PICAZO, un matiz diferente, pues se independiza de su posible relación con la vida marital y adquiere el carácter de una caducidad de la acción por corroboración del consentimiento cuando la persona se encuentra ya en condiciones de prestarlo”¹⁴⁵.

VIII. ARTÍCULO 46.2 CC

1. Preliminar

“No pueden contraer matrimonio:

2º. Los que estén ligados con vínculo matrimonial”

Se alberga aquí el (requisito de capacidad/ impedimento absoluto) tradicionalmente conocido como “impedimento de vínculo”, “de ligamen”, o “de libertad de estado”, denominaciones todas ellas que implican una indiscutible recepción por nuestro ordenamiento del principio de monogamia, en plena sintonía por lo demás con los de los países europeos y occidentales.

La idea esencial es la de la exclusividad. La relación jurídica matrimonial¹⁴⁶ es incompatible, mientras subsista, con otra de idéntica naturaleza¹⁴⁷.

¹⁴³ DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A: *Sistema*, cit., p. 146.

¹⁴⁴ Tal y como, erróneamente, en mi opinión, exige la SAP Barcelona 15 enero 2020 (Tol 7740945).jff

¹⁴⁵ DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A: *Sistema*, cit., p. 145.

¹⁴⁶ El vínculo que impide contraer con persona distinta ha de ser matrimonial. Carece de sentido hablar de vínculo respecto de quien se limita a convivir *more uxorio* con otra persona; y ello, con independencia de que esa unión de hecho esté, o no, inscrita en el correspondiente Registro administrativo o autonómico.

Otra cosa es la circunstancia de que, en un gran número de leyes autonómicas sobre uniones de hecho, el estar ligado con vínculo matrimonial impida al sujeto constituir una unión estable de pareja. Así entre otras, Aragón, Navarra, Madrid, Baleares, siquiera la existencia de separación judicial elimina el obstáculo.

La observación que parecer clara, no lo es del todo en un marco social como el actual tendente, no solo a la valorización de las relaciones de hecho, sino también, a su progresiva equiparación con las que no son puramente fácticas.

¹⁴⁷ En el marco de un trabajo que lleva por título “Nulidad matrimonial y libre desarrollo de la personalidad”, procede realizar alguna consideración por lo que se refiere a la conexión existente

“Un rasgo distintivo del matrimonio de la Europa occidental, afirma la socióloga norteamericana COONTZ, fue que ya en el siglo XII se había prohibido la poligamia”.

La influencia cristiana sobre el matrimonio, iniciada ya en profundidad después del 380 (Edicto “Cunctos Populos” del emperador Teodosio, convirtiendo el cristianismo en religión oficial del imperio), dejaría sentir su influencia fundamentalmente en lo atinente a la disolubilidad del vínculo por divorcio¹⁴⁸,

entre el requisito de capacidad denominado vínculo matrimonial, de un lado, y el principio del libre desarrollo de la personalidad, de otro. Así, de la exclusividad de esa relación jurídica que llamamos matrimonio, la conexión es tan evidente que resulta innecesario hacer referencia alguna a la misma.

El libre desarrollo de la personalidad es, como se afirmó anteriormente, proyección misma de la dignidad de la persona, y no es concebible sin ese punto de partida. Por otro lado, el reconocimiento y garantía que el legislador constitucional lleva a cabo de esa realidad institucional que significa el matrimonio en el art. 32 CE, como un derecho de los ciudadanos, se formula en términos totalmente incompatibles con cualquier configuración del matrimonio como relación que no venga presidida por esa característica esencial de la exclusividad de esa relación (“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”), afirma el citado artículo, y una formulación casi idéntica es la que se contiene en el art. 44 CC, sin otra alteración que el inciso “conforme a las disposiciones de este Código”, disposiciones que dictadas en desarrollo del art. 32 CE, están presididas por la idea esencial de la igualdad entre los cónyuges formuladas en este último.

Así, un tipo matrimonial poligámico o que adoptare cualquier otra configuración distinta de la relación matrimonial monógama propia de la cultura occidental, choca frontalmente con el principio de la dignidad de la persona, y del que es consecuencia de aquél (el del libre desarrollo de la personalidad).

Y es que el entramado mismo de derechos y deberes entre cónyuges (arts. 66,67 y 68 CC) resultan inimaginables en el marco de una relación poligámica.

La regulación normativa del matrimonio sobre el principio de exclusividad está, pues, en la base misma del conjunto de preceptos que se dedican al matrimonio en el CC. En consecuencia, la exclusividad de la relación, lejos de ser límite al libre desarrollo de la personalidad, la presupone.

Cuando el sujeto considera que vínculo matrimonial se ha convertido en obstáculo al libre desarrollo de su personalidad, el ordenamiento es muy flexible para deshacer el obstáculo, disolución del vínculo, consiguiente desaparición del ligamen, recuperación de la libertad de estado, y posibilidad de contraer un nuevo matrimonio, nacerá así una nueva relación, pero presidida, como lo anterior, por la idea de la exclusividad.

Por tanto, la poligamia o es simultánea, o no es poligamia. De ahí que, la llamada poligamia “sucesiva” no exista.

Al tratar del matrimonio en el mundo antiguo, la socióloga norteamericana COONTZ, E: *Historia*, cit., p 90: pone de relieve que si bien “al tomar más de una esposa, los reyes podían extender una red de alianzas con varios gobernantes, la poligamia también producía muchos herederos potencialmente rivales, cada uno de ellos con su variado séquito de parientes maternos, lo cual explica los múltiples crímenes e intrigas que hicieron famosas a las dinastías helenísticas. Ningún culebrón moderno podría competir con los tejemanejes de las familias gobernantes de Egipto y Asia Menor. Las esposas se confabulaban con los hijos para asesinar a los maridos, a las esposas rivales y a los hijos de éstas. Los padres mataban a los hijos que tenían con una esposa para elevar a los de otra o asesinaban a los hijos que sus mujeres habían tenido con maridos anteriores”

El matrimonio romano fue siempre monógamo. Obviamente, este carácter no se veía alterado por la figura del concubinato (el varón tomaba como amante a una esclava o una liberta). También reconocía una diferencia entre matrimonio y convivencia con una mujer de rango social semejante.

¹⁴⁸ En tal sentido, la influencia cristiana provocó la tendencia a la objetividad formal y precisa del *consensus* matrimonial inicial, por medio de elementos ceremoniales, gran parte de los cuales eran precristianos.

pero no en el carácter rigurosamente monógamo de la unión matrimonial, puesto que el matrimonio romano fue siempre monógamo¹⁴⁹.

Es por todos conocido que, a finales del siglo XI, inicios del XII, la competencia de la Iglesia en la regulación del matrimonio en su conjunto, así como en la competencia para conocer de las causas matrimoniales, será ya prácticamente absoluta¹⁵⁰. Dicha atribución competencial a la Iglesia por parte de los poderes civiles se proyectaría en el tiempo hasta bien entrado el siglo XVIII (1789) al menos en los países fieles a Roma tras la reforma luterana del XVI.

En cualquier caso, el proceso de secularización del matrimonio, y la atribución de la competencia para regularlo a los poderes civiles, no alteró en lo más mínimo el principio de monogamia, propio ya del Derecho romano clásico e incorporado así al orden público y a las bases mismas de la cultura de los países occidentales¹⁵¹.

2. Alcance

Es habitual señalar en la doctrina que la norma del art. 46.2 CC recoge la tradición de la cultura occidental conforme a la cual, el matrimonio es una comunidad estable de vida entre un solo hombre y una sola mujer¹⁵². En definitiva, es esa idea de exclusividad la que explicaría la esencialidad de la prohibición. Y, junto a la de exclusividad, la de incompatibilidad. Ambas ideas, podríamos decir, se reclaman mutuamente. La relación matrimonial se caracteriza por su exclusividad, y, en consecuencia, por su incompatibilidad, mientras subsista, con otra de idéntica naturaleza (es decir, matrimonial).

Por tanto, para poder contraer matrimonio se precisa no estar previamente vinculado por un matrimonio anterior. En caso contrario, el segundo

¹⁴⁹ En este sentido, ARIAS RAMOS, J: *Derecho Romano. II. Obligaciones. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Edersa, Madrid, 1966, p. 733. El autor no duda en cuestionar la fiabilidad de la información del historiador del siglo IV Sócrates el Escolástico, dando cuenta de una supuesta ley de Valentiniano I permisiva del matrimonio con dos mujeres.

¹⁵⁰ Aunque las causas de la asunción de dicha competencia exclusiva son aún objeto de discusión entre los especialistas, habría que centrarlas en la configuración del matrimonio como sacramento y, subsiguientemente, en la tesis de la llamada inseparabilidad entre el sacramento y el contrato matrimonial entre bautizados. El cuestionamiento de dicha tesis incluso en los países fieles a Roma tras la Reforma (doctrinas regalistas de la separación entre el sacramento y el contrato, que tuvo en Francia como uno de sus mayores defensores al jurista R.J. POTHIER), constituiría el fundamento doctrinal para el proceso secularizador del matrimonio, iniciado en el proceso revolucionario francés, y que culminaría en el *Code* de 1804).

¹⁵¹ Con todo, la socióloga COONTZ, E: *Historia*, cit., p. 49, señala que, durante miles de años, y en muchas culturas, la forma favorecida del matrimonio fue la de un hombre con varias mujeres, en tanto que muy rara vez una mujer podía unirse en matrimonio con varios hombres.

¹⁵² Por todos, SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 46”, cit., p. 167, y DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Una relectura”, cit., pp. 450-451.

“matrimonio” sería nulo (art. 73.2 CC), pudiéndose asimismo incurrir, en su caso, en un delito de bigamia (art. 217 CP)¹⁵³.

El punto de vista según el cual el precepto de que se trata prohibiría la poligamia o poliandria sucesivas “pero no la celebración simultánea de un matrimonio con una pluralidad de personas”, no es más que una afirmación de tipo especulativo, ya que el supuesto hay que considerarlo integrado en la propia formulación de la prohibición. Así podríamos decir que la simultaneidad de celebraciones colisionaría aún más con el principio monogámico que el carácter sucesivo de las mismas¹⁵⁴.

3. ¿Bilateralidad o unilateralidad de la prohibición?

¿Cabría entender que, pese al tenor literal, la prohibición del precepto es bilateral: se dirige también a quien no está casado y con respecto a quien sí lo está?¹⁵⁵

El tenor literal se refiere a quién/ quienes se encuentra/n en una situación determinada, que el legislador precisa con exactitud (“Los que estén ligados con vínculo matrimonial”). No parece posible entender que aquél se dirija asimismo a quien/es por definición no vienen incluidos en su formulación.

El sujeto que no está casado no tiene impedimento de ligamen. Otra cuestión de distinta naturaleza es la de si, aun no estando realmente casado pueda o no, reiterar una celebración matrimonial, aun existiendo dudas fundadas sobre la validez de la primera unión. En caso de descartar esa posibilidad, (como hace nuestro Derecho) el fundamento de la negativa no se encontraría en esa bilateralidad de la prohibición, que afectaría asimismo a quien no está casado, sino en argumentos de muy distinta naturaleza, relativos a la seguridad jurídica y a la necesidad de certeza en aquellas actuaciones relativas al estado civil de las personas, pero en ningún caso, en la existencia de una prohibición que de modo alguno podría afectarle, dado que el supuesto fáctico no entraría dentro del ámbito de aplicación de la norma¹⁵⁶, ni en su letra ni tampoco en su espíritu.

¹⁵³ Lo anterior no ha sido obstáculo, como señala DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Una relectura”, cit., p .451, nota 48. para que la jurisprudencia haya reconocido ciertos efectos en España al matrimonio polígamo celebrado en el extranjero, recogiendo al respecto STS (Sala 3ª) 24 enero 2019 (RJ 2018, 130), reconociendo a las dos mujeres de un ciudadano marroquí fallecido, que había prestado servicios en el ejército español en el Sáhara, el derecho a compartir la pensión de viudedad.

¹⁵⁴ El punto de vista expuesto corresponde a SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 46”, cit., p.167: “Es del conjunto de los artículos del CC dedicados al matrimonio de donde cabe recoger el principio prohibitivo (art. 44 CC reproduciendo el art. 32 de la Constitución refiere el *ius connubii* al hombre y a la mujer; cf los arts. del Código sobre la forma de celebración y sobre el contenido de la relación”.

¹⁵⁵ En el sentido expuesto, SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 46”, cit., p.167

¹⁵⁶ Incluso, los partidarios de esa opinión terminan concluyendo en el sentido expuesto en el texto: “Con todo, si de hecho el segundo matrimonio se celebra efectivamente y se impugna judicialmente cabe oponer como prejudicial la cuestión de la nulidad del primero. Declarada la nulidad del matrimonio anterior, el ulterior deviene válido *ex tunc* dada la retroactividad de la declaración de nulidad”

4. Carácter no dispensable

El carácter no dispensable del ligamen o vínculo matrimonial es incuestionable, y esa imposibilidad de dispensa forma parte de su propia naturaleza. Con todo, quizá pueda plantearse, la circunstancia de que, si bien no quepa desde luego dispensa, la incidencia del régimen de disolubilidad del matrimonio por divorcio sobre la consistencia del llamado impedimento “de vínculo”, no presenta duda alguna.

Se argumentará contra lo anterior que las figuras jurídicas son lo que son y que, en consecuencia, la circunstancia de que no quepa dispensa del ligamen, de un lado, y el régimen de disolución del matrimonio, de otro, juegan en planos jurídicos diferentes, que en ningún caso podríamos entremezclar.

El planteamiento anterior parece más formal que sustancial, y ello, por cuanto resulta muy difícil negar la incidencia que, sobre la consistencia misma del vínculo, pueda atribuirse a una legislación en materia de divorcio más o menos amplia.

El impedimento, no pasaría a ser dispensable a consecuencia de un cambio legislativo encaminado a “simplificar”¹⁵⁷ la disolubilidad del matrimonio por

Dicho de otra manera: si el primer matrimonio es nulo y se celebra uno ulterior por alguno de los contrayentes del primero con tercera persona antes de la declaración de nulidad, el segundo matrimonio es en el interín sólo condicionadamente nulo. Tras la declaración de nulidad del primero, el segundo se considera retroactivamente válido”, SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 46”, cit., pp. 167-168.

En cualquier caso, no puede sostenerse esa bilateralidad cuando, al fin y al cabo, se concluye que el sujeto en cuestión no estaba ligado por un matrimonio válido.

La solución ha de ser desde luego la misma en el caso de que la nulidad del primer matrimonio sea regularmente convalidada después de la celebración del segundo (art. 48, inciso final, CC). La misma solución por cuanto la dispensa ulterior y su carácter convalidante, manifestaría la existencia de vínculo matrimonial válido desde la celebración de ese matrimonio primero.

¹⁵⁷ De gran interés al respecto las consideraciones de SESTA, M: “Desarrollo de la personalidad del cónyuge y causas de divorcio: una reflexión iuscomparatista”, en AA. VV: *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas del Derecho de Familia* (dir. por C. LASARTE ÁLVAREZ), Idadfe, Uned y el Derecho Editores, Madrid, 2006, pp. 123-124. “Incluso en países donde la tendencia divorcista es antigua, no es posible intuir el reconocimiento puro y simple de la voluntad unilateral de un cónyuge, sea causa suficiente para la disolución del matrimonio”. El autor realiza interesantes referencias a otras legislaciones, como las de EE. UU, Inglaterra, Alemania. “La radical elección puesta en vigor por el legislador español aparece aislada pues lo fía todo a la voluntad unilateral de un esposo y priva, por lo tanto, de cualquier posibilidad de arreglo de carácter objetivo (definitiva ruptura del matrimonio) que, sin embargo, se recoge en los ordenamientos de los otros países”.

Haciendo hincapié en la radicalidad de la reforma en materia de disolución por divorcio, si bien, siendo menos crítico al respecto, HORNERO MÉNDEZ, C:” El nuevo divorcio: entre la libertad y la responsabilidad”, en AA. VV: *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas del Derecho de Familia* (dir. por C. LASARTE ÁLVAREZ), Idadfe, Uned y el Derecho Editores, Madrid, 2006, cit., pp. 295 y ss.

divorcio. Formalmente, ese carácter de “indispensable” del impedimento de vínculo sería intocable, pese a dicho cambio legislativo.

Si se facilita el divorcio, se está facilitando la ruptura del vínculo y por tanto la desaparición del impedimento. No, por tanto, su dispensa, pero sí su desaparición.

No puede negarse que esa desaparición no tendría lugar por la vía de una especie de flexibilización del obstáculo en un caso particular, como ocurre en el caso de tratarse de una posible dispensa, pero tampoco, que ese carácter no dispensable de aquél podrá eliminarse, por el cónyuge que quiera dejar de estar vinculado, a través de una simple demanda de divorcio sin más requisito que el transcurso de tres meses contados desde la celebración del matrimonio.

En definitiva, en la teoría seguiríamos hablando de imposibilidad de dispensa, pero en la práctica esa imposibilidad sería superable a través de un instrumento jurídico de distinta naturaleza y función, pero cuya utilización permitiría obtener efectos equivalentes (los propios de la desaparición del ligamen previo).

5. Sistema matrimonial e impedimento de vínculo

La instauración en nuestro país de un sistema matrimonial calificable como “de clase civil con pluralidad de formas” en 1981, hizo desaparecer una desfasada problemática a la que daba lugar la existencia de dos legislaciones matrimoniales de aplicación paralela¹⁵⁸.

Desde la entrada en vigor de aquella reforma la incidencia de los aspectos confesionales en la legislación matrimonial, se circunscriben en exclusiva a la dimensión formal de la celebración, excluyéndose cualquier proyección sobre la dimensión sustantiva del matrimonio. A pesar de ello, nuestro sistema sigue presentando vestigios de carácter confesional que lo alejan del sistema de “clase civil” puro. Uno de ellos relativo precisamente a la disolución y, en consecuencia, a la extinción del vínculo anterior¹⁵⁹. Otro, no menos importante, la competencia de la jurisdicción eclesiástica para conocer de las causas de nulidad de los matrimonios canónicos, con aplicación entonces de la legislación canónica sustantiva, y a salvo la opción de que los contrayentes decidan someter aquellas a la jurisdicción civil¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Para una excelente exposición de esta problemática, ya histórica, LALAGUNA DOMINGUEZ, E: *Estudios de Derecho matrimonial*, publicaciones del Estudio General de Navarra, Ediciones Rialp, Madrid, 1962, pp. 13 y ss.

¹⁵⁹ La disolución por inconsumación o dispensa de matrimonio rato y no consumado, introduce en el ordenamiento español una causa de disolución aplicable en exclusiva al matrimonio canónico, y que se equipara a las demás causas de disolución previstas en el CC (muerte, declaración de fallecimiento y divorcio).

¹⁶⁰ El juego del llamado impedimento “de vínculo” cuando se trata de matrimonio canónico, puede presentar, en mi opinión, algunas particularidades derivadas de esa doble competencia para conocer de las causas de nulidad de los matrimonios canónicos (la de los tribunales eclesiásticos y la de los tribunales civiles). En el caso de que los contrayentes decidan someter el conocimiento de la causa de

La incidencia que sobre el libre desarrollo de la personalidad tiene la opción por un sistema matrimonial determinado es clara, pero, en cualquier caso, es

nulidad a los tribunales eclesiásticos, estos serán los competentes. El Derecho sustantivo aplicable será el canónico, y la sentencia que, en su caso, recaiga tendrá efectos civiles conforme a lo dispuesto en el art. 80 CC. Si la nulidad se desestimare, aquellos seguirán ligados por el vínculo matrimonial. Si se estimara, el vínculo matrimonial no habría llegado a nacer, habría sido puramente aparente, dado el carácter declarativo, y retroactivo al momento de la celebración, de la sentencia estimatoria de la nulidad, a salvo lo dispuesto en el art. 79 CC.

Idéntica será la conclusión en el caso de que la opción fuere someter el conocimiento de la nulidad a los tribunales civiles, con la excepción del Derecho aplicable que en este caso será el régimen de la nulidad matrimonial contenido en el CC. Pese al carácter canónico del matrimonio celebrado, la aplicación de la legislación civil no será siempre de fácil encaje (por ejemplo, canon 1096 CIC (ordenación del matrimonio a la procreación). Es decir, lo que, de haber sido conocido por un tribunal eclesiástico, con la pertinente prueba, daría lugar a la nulidad, no la dará cuando conozca de la nulidad un tribunal civil. ¿Dónde se encuadraría en el CC una causa de nulidad como lo es la exclusión del llamado *bonum proles*? En mi opinión, se reconduciría al apartado 2º del art. 45 CC, y se consideraría irrelevante. Por tanto, lo anterior incide sobre la existencia, o no, de vínculo matrimonial.

De otra parte, la competencia de los tribunales eclesiásticos para conocer de las causas de nulidad canónicas puede producir otro tipo de problemas, con incidencia, también, en el vínculo o ligamen entre los sujetos. Y es que, dado el carácter confesional de los tribunales eclesiásticos, es posible que las creencias religiosas de los contrayentes hayan experimentado variación entre el momento en que el matrimonio se celebró y aquél otro posterior en el que se produce la crisis, que ellos deseen encauzar por la vía de la nulidad.

En tal caso, aunque ambos estén de acuerdo en solicitar la nulidad, cabe asimismo que uno de ellos prefiera someterla al tribunal eclesiástico, en tanto que el otro, aunque en su momento no tuvo obstáculo alguno en celebrar canónicamente su matrimonio, posteriormente haya abandonado aquella, y prefiera que de la nulidad conozcan los tribunales civiles.

No cabe duda, en cuanto a que la elección del fuero canónico requerirá de acuerdo entre ambos (art. 16.3 CE). De no darse este, y si cada uno de los consortes decide acudir a una y a otra jurisdicción, ¿será razonable entender que el tribunal que primero comience a conocer de la causa de nulidad excluye la competencia del otro? ¿Podría considerarse que si el tribunal eclesiástico comienza a conocer primero excluya la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado? Si ambos de común acuerdo deciden llevar el pleito a los tribunales eclesiásticos, no hay duda de que vendría excluida la competencia del órgano jurisdiccional civil. Pero, si ese acuerdo no existe, ¿ha de someterse el otro contrayente, cuyas creencias religiosas han cambiado, a la jurisdicción del tribunal eclesiástico? ¿No puede sustraerse a esa jurisdicción? Y si recayera sentencia de nulidad, ¿tendría esta plena eficacia civil al amparo del art. 80 CC y de la legislación que lo desarrolla, aun partiendo de que aquel se hubiere sustraído voluntariamente a la jurisdicción canónica, y la sentencia hubiere sido dictada en rebeldía? La respuesta afirmativa es dudosa. Podríamos afirmar que, en tal caso, si la respuesta no es afirmativa se estaría vaciando de contenido el art. 80 CC. En mi opinión, cualquier interpretación que afecte al derecho fundamental de libertad ideológica y religiosa requiere de una cierta meditación.

Si es el tribunal civil el primero en conocer de la nulidad, ninguna duda cabe en cuanto al carácter preferente de esa competencia. Y para ello, bastará con que alguno de los contrayentes presente demanda de nulidad ante aquél. El acceso a la jurisdicción civil no puede hacerse depender del común acuerdo de aquellos, en base al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). En tal caso, la exclusividad competencial del tribunal civil llevará como consecuencia que, de recaer sentencia estimatoria de la nulidad, el fallo en sentido contrario que, en su caso, recayera en un tribunal eclesiástico, carecería desde luego de eficacia civil.

Un supuesto distinto, aunque de alguna manera relacionado con los anteriores, y con incidencia directa en lo que se refiere al vínculo matrimonial, es el que tiene lugar cuando las realidades jurídicas que se entrecruzan son nulidad y divorcio.

Disuelto civilmente por divorcio un matrimonio canónico, respecto del cual se instare posteriormente la nulidad eclesiástica del mismo, es obvio que la sentencia canónica de nulidad que, en su caso, recayera carecería de eficacia civil.

también claro que el respeto a ese libre desarrollo no comprende, la circunstancia de que el legislador ordinario haya de reconocer las reglamentaciones matrimoniales sustantivas de las distintas confesiones religiosas¹⁶¹. Aunque el tema se tratará en otro lugar, es necesario anticipar que ese respeto se cumple con el reconocimiento de los efectos civiles a las distintas formas confesionales, siempre que se ajusten a la reglamentación civil material del matrimonio.

Presupuesta la inexistencia de problemas de este tipo, respecto de la mayor parte de confesiones distintas de la católica (sin más excepción que la islámica), a la que más adelante me referiré, me ocuparé de forma breve de la incidencia que, en su caso, pudiere tener la legislación canónica:

A) Disolución por inconsumación

¹⁶¹ En tema de reglamentaciones confesionales del matrimonio y, más en concreto, en lo que se refiere al llamado impedimento “de vínculo” surge inevitablemente como tema capital el de la validez del matrimonio polígamo en la reglamentación religiosa islámica, y como consecuencia de lo anterior, también en los ordenamientos civiles de países que profesan ese credo religioso.

El problema, en mi opinión, admite diversos enfoques: uno de ellos, el de la posición de los ordenamientos europeos, y occidentales en general, ante el matrimonio polígamo. El choque frontal con aquellos no deja lugar a la más mínima duda. La contradicción con el orden público, el principio de dignidad de la persona y el del libre desarrollo de la personalidad del matrimonio polígamo, es clara. Sobre el particular, y en lo que se refiere a la legislación matrimonial española, entre las aportaciones más recientes: DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Una relectura”, cit., p. 454.

Con todo, el anterior no parece deba ser el único enfoque. Como señala BRIONES MARTÍNEZ, I.M: *One Law for all versus Santi Romano. El pluralismo legal y la autonomía de las confesiones en materia de matrimonio y familia en el Reino Unido y la Justicia de Estrasburgo. Análisis comparativo con los Estados Unidos de América y Canadá*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 104 y ss., recoge el parecer de quienes piensan que ya se está viviendo con la poligamia en la sociedad británica. Debido a que el carácter de la unión es determinado inicialmente por la *lex loci celebrationis*, los matrimonios polígamos comenzaron a ser reconocidos por los Tribunales del Reino Unido gradualmente desde 1945, incluso para otros propósitos como el de conseguir ciertos beneficios de la seguridad social, o para resolver conflictos de intereses en relación con los efectos del matrimonio, pero no en referencia al matrimonio en sí mismo. “La posición del Reino Unido es de tolerancia y reconocimiento de la poligamia, al menos para aquellos cuya ley personal lo permite, y si el matrimonio fue celebrado en el extranjero. De esta concesión se derivan efectos legales, según la ley de seguridad social, un matrimonio potencialmente polígamo se equipará a uno monógamo. La reforma de dicha ley en 2006 les otorga beneficios adicionales, los hijos de matrimonios polígamos son legítimos, y también tienen derechos hereditarios los descendientes de potenciales matrimonios polígamos, las esposas pueden tener derechos de nacionalización o beneficios fiscales”.

Con todo, las referencias de esta autora a la “tolerancia” y “reconocimiento” de tales matrimonios en el Reino Unido, no implicarían un reconocimiento de tales uniones, que contradicen el orden público británico, al igual que lo hacen con el resto de las legislaciones europeas, y de los países anglosajones. Una cosa es el reconocimiento de determinados efectos en el marco de los derechos sociales y económicos, y otra distinta el reconocimiento en sentido estricto de tales uniones, situándolas en plano de igualdad con el tipo matrimonial monógamo propio de la cultura occidental.

Un buen tratamiento del tema se realiza por DE VERDA Y BEAMONTE, JR: “Una relectura”, cit., pp. 453-457.

De interés también respecto al tema en cuestión, ADAM MUÑOZ, M.D Y BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I: *Inmigración magrebí y Derecho de Familia*, publicaciones de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2005.

Al amparo de lo dispuesto en el art. 80 CC, una tal disolución (en línea de principio)¹⁶² tiene eficacia civil. Se disuelve un matrimonio canónico, pero con efectos civiles, efectos que cesan tras el reconocimiento de eficacia civil al rescripto pontificio. En consecuencia, se disuelve el vínculo¹⁶³, y se disuelve por disolución canónica con eficacia civil.

B) Matrimonio canónico celebrado por personas carentes de capacidad matrimonial civil

Aunque el supuesto es muy poco probable, casi inexistente, debido a que la autoridad eclesiástica procede normalmente a una diligente comprobación de la concurrencia en aquellos que deseen hacerlo en la forma canónica de celebración de los requisitos de capacidad civiles, de producirse el supuesto, procederá la denegación de la inscripción registral al amparo del art. 63.2 CC.

C) Matrimonio civil contraído por personas sujetas a la forma canónica de celebración

Concurriendo los requisitos de validez propios de la legislación civil, existirá vínculo matrimonial que impedirá a cualquiera de ellas contraer canónicamente con persona distinta (al amparo de lo dispuesto en el canon 1117)¹⁶⁴.

Presupuesta esa segunda celebración canónica, se daría una causa de nulidad (art. 73. 2º CC), sin perjuicio, si procede, de otras responsabilidades.

En el caso de una segunda celebración (canónica) con la misma persona con la que se contrajo civilmente, prevalente a todos los efectos será el matrimonio civil, único con constancia registral, sin que esa segunda celebración pueda restar naturaleza alguna al primero.

D) Matrimonio canónico contraído por personas que con posterioridad traten de celebrar matrimonio civil¹⁶⁵

¹⁶² En línea de principio, el ajuste al Derecho del Estado es imposible, al carecer la legislación civil de una causa de disolución semejante. Otro caso, sería la hipótesis de que haya oposición de uno de los cónyuges a que el matrimonio se disuelva por esta causa, de carácter confesional, por ejemplo, por abandono por aquél de la confesión católica. La operatividad de tal causa de disolución, por su propia naturaleza, parece suponer el acuerdo de ambos para instarla.

¹⁶³ La existencia, en su caso, de un acuerdo pactando la no consumación, que, en todo caso, sería del todo irrelevante civilmente al amparo del art. 45.2 CC, no parece que impidiera el juego de esta causa de disolución propia del régimen canónico.

¹⁶⁴ “La forma arriba establecida (la canónica) se ha de observar si al menos uno de los contrayentes fue bautizado en la Iglesia católica o recibido en ella y no se ha apartado de ella por acto formal.”

¹⁶⁵ Un supuesto idéntico sería aquél en el que quienes pretendan que se les autorice la celebración del matrimonio en forma civil sean quienes ya estén casados entre sí en forma canónica. Lo procedente en tal caso (DGRN llamada ahora DGSJPF) es la solicitud de inscripción de ese matrimonio en forma islámica (válido al tratarse de una de las formas religiosas admitidas) en el RC. En tal caso, al igual que en el del matrimonio canónico contraído por personas que luego traten de celebrar matrimonio

Dada la existencia de un matrimonio válido (en el caso, canónico), y consiguientemente con eficacia civil, procederá la oposición del Encargado del RC a esa segunda celebración civil, por innecesaria.

E) Matrimonio canónico disuelto por declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, posterior matrimonio canónico del sobreviviente, reaparición del declarado fallecido, y declaración de nulidad canónica del segundo matrimonio

Dada la plena validez civil del segundo matrimonio (al amparo del art. 85 CC), la sentencia de nulidad de ese segundo matrimonio canónico carecerá de efectos civiles por no ajustarse al Derecho del Estado (art. 80 CC).

Se trataría de uno de los pocos casos (quizá el único) en que se denegaría la inscripción de esa sentencia eclesiástica de nulidad, por choque frontal con la legislación civil.

6. Extinción

Presupuesto un matrimonio con efectos civiles en nuestro país, la extinción del vínculo en el Derecho español es clara en cuanto a sus causas, así como en cuanto a la competencia para la fijación de aquellas. El art. 32.2 CE, al describir el ámbito competencial de la legislación civil en materia matrimonial, hace expresa referencia a “las causas de disolución y sus efectos”.

En desarrollo del mandato constitucional, el art. 85 CC señala: “la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”

A las tres anteriores, se añade la disolución por inconsumación (art. 80 CC), propia de la legislación eclesiástica¹⁶⁶, y que algunos califican de verdadero “divorcio” canónico.

civil, no cabe esa segunda celebración civil, que además resulta innecesaria. Sobre la cuestión, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Una relectura.”, cit., p. 453.

¹⁶⁶ Sobre este tema, MONTÉS PENADÉS, V. L: “Comentario al art. 85 CC”, en AA. VV: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia* (coord. por M. AMORÓS GUARDIOLA), Tecnos, Madrid, 1984, p. 491. No cabe compartir el parecer del autor, plagado de dudas, en relación con la naturaleza de la llamada “dispensa *super rato*”. Esta operaría “no sobre un verdadero matrimonio, sino sobre una situación de apariencia matrimonial que no constituye un matrimonio válido y eficaz”, en consecuencia, “no cabría hablar de verdadera disolución, sino de un remedio distinto que operaría por causa de una imperfección del matrimonio”.

El punto de vista del autor parece integrar vestigios de la antigua polémica relativa al momento constitutivo del matrimonio como acto jurídico (emisión del consentimiento, Escuela de París, frente a la llamada “teoría de la cópula carnal, Escuela de Bolonia) y resuelta afirmando que el matrimonio se perfecciona por el consentimiento, pero que sólo el matrimonio válido y consumado es absolutamente indisoluble por ninguna potestad humana.

En todo caso, y desde la perspectiva confesional en la que se sitúa la disolución por inconsumación, me parece innegable la conexión existente entre esta causa de disolución y el principio del libre desarrollo de la personalidad.

En cualquier caso, la finalidad del presente trabajo no permite realizar mayores consideraciones de aquellas causas que no lo son de nulidad matrimonial, sino únicamente de disolución del vínculo.

Esas mismas causas, que lo son de extinción del vínculo, deberían ser también objeto de un análisis más exhaustivo en otro lugar, en relación con esa incidencia del libre desarrollo de la personalidad sobre la legislación matrimonial¹⁶⁷.

IX. ART 47 CC: IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES RELATIVOS

1. Preliminar

El art. 47 CC comprende los denominados impedimentos “en sentido estricto”, o también impedimentos “relativos”, denominaciones ambas relativas a su carácter de obstáculos que impiden contraer matrimonio con personas determinadas.

Es también importante, destacar la heterogeneidad de estos obstáculos: mientras los referidos al parentesco se fundamentan en criterios exogámicos, el de crimen responde a otros de distinta naturaleza, que tienen que ver con el reproche moral a la bajeza de la conducta, que el legislador considera merecedora de una pena civil¹⁶⁸.

En cualquier caso, no se ha de perder de vista el relativismo de las normativas en la historia humana. El principio exogámico que en nuestra cultura se ofrece incuestionable, no lo fue del mismo modo en otras anteriores¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Desde esta vertiente, la conexión entre la legislación de divorcio, o la disolución por declaración de fallecimiento, y libre desarrollo de la personalidad es manifiesta, sin duda.

¹⁶⁸ La bibliografía sobre los mismos es numerosa y repetitiva. Lo que parece lógico si se tiene en cuenta que, por la misma naturaleza de la materia, el objeto de estudio es limitado. Así, entre otros, SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 47 CC”, en AA. VV: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, (dir. por M. AMORÓS GUARDIOLA), Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 171 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Una relectura”, cit., pp. 458 y ss.; De VERDA Y BEAMONTE y VIRGADAMO, P: “Capacidad para contraer”, cit., pp. 510 y ss.

¹⁶⁹ Como afirma COONTZ, E: *Historia*, cit., p. 74: “A medida que los grupos dominantes se hicieron más acaudalados y poderosos, empezaron a casarse dentro de círculos más restrictivos y a veces hasta se apartaron de la exogamia (la práctica de casarse con miembros de otros grupos) y prefirieron practicar la endogamia (el matrimonio con parientes cercanos) a fin de preservar y consolidar la propiedad y los lazos de parentesco”.

En esta misma línea, la autora antes citada recoge la pregunta que la antropóloga Margaret Mead formuló a un aldeano de Nueva Guinea acerca de por qué los lugareños no se casaban con miembros de su propia familia. El escándalo que la pregunta suscitó en su destinatario no lo fue porque aquella implicase una violación de la moral, sino porque contradecía la sensatez económica: “¿No se da usted cuenta? Si yo me caso con la hermana de otro hombre y otro hombre se casa con mi hermana, yo tendré al menos dos cuñados, mientras que, si me caso con mi propia hermana, no tendré nada. ¿Con quién cultivaré el huerto? ¿A quiénes visitaré?”.

En cualquier caso, los llamados impedimentos “de parentesco”, al menos en lo referente a la prohibición del matrimonio entre consanguíneos en línea recta y entre colaterales hasta el segundo, no inciden negativamente sobre el derecho a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), coartándolo y, en consecuencia, sobre el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1CE). La prohibición forma parte del Derecho común europeo y se fundamenta en sólidas razones de moralidad y exogamia, aparte del llamado “horror al incesto”, basado en motivos de eugenesia.¹⁷⁰

El matrimonio entre parientes consanguíneos de grado 3º en línea colateral se encuadra en lo que la mayor parte de la doctrina viene denominando “zona de tolerancia”; y, en consecuencia, excluido de ese marco general de prohibición en cuanto susceptible de dispensa con alegación de justa causa.¹⁷¹

En relación con lo que se acaba de decir, y a diferencia de lo acontecido en otras vertientes como la de la capacidad matrimonial (edad), en la referida a los derechos y deberes de los cónyuges, o en la relativa a las causas de separación y disolución, respecto de las cuales la simple lectura del art. 32 CE hacían presagiar cambios sustanciales que se introducirían por la legislación ordinaria que se dictara en desarrollo de aquél, tratándose del parentesco impeditivo del matrimonio, se intuía que los cambios tendrían menor alcance, y la preocupación social por el tema inexistente.

Con todo, el legislador ordinario no rehusó introducir modificaciones en el parentesco por consanguinidad, dentro de la llamada “zona de tolerancia”¹⁷².

2. Análisis

A) Parentesco en línea recta

¹⁷⁰ En este sentido, por todos, GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al art. 47”, en AA. VV: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), T. II, arts. 42 a 107 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1982, p. 82.

¹⁷¹ GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al art. 47”, cit., p.82

¹⁷² El art. 84 CC, en la redacción de la Ley, 24 abril 1958, establecía: “Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 2º. “Los colaterales por consanguinidad legítima hasta el cuarto grado”; 4º: “Los colaterales por consanguinidad natural hasta el segundo grado”.

La reforma de 1981 no sólo suprimió la distinción entre consanguinidad legítima y natural, sino que redujo el ámbito de la prohibición al grado tercero (inclusive) entre colaterales, sin distinción entre legítima y natural. Así, mientras que, en la regulación anterior, en la consanguinidad legítima la prohibición alcanzaba a los primos hermanos (cuarto grado), en la consanguinidad natural sólo lo hacía hasta el segundo (hermanos), con lo que el matrimonio en el grado tercero (tío/sobrina) estaba permitido.

Frente a esta regulación, la legislación de 1981 procedió a unificar. No sólo por la supresión de la distinción entre una y otra consanguinidad (legítima y natural), sino por fijar el alcance de la prohibición entre colaterales en el grado tercero, y excluyendo del ámbito prohibido a los parientes colaterales en cuarto grado.

El impedimento prohíbe contraer entre sí a los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción¹⁷³ (art. 47.1 CC), sin limitación de grado, ni distinción entre vínculo doble o sencillo.¹⁷⁴

No cabe dispensa alguna de los obstáculos antedichos, sin que pueda reconducirse al ámbito de la dispensa el supuesto distinto, por cuanto a la adopción se refiere, de la extinción de la relación de adopción (revocación de aquella, al amparo del art. 180 CC)¹⁷⁵.

B) Parentesco en línea colateral por consanguinidad.

En la línea colateral la consanguinidad dirime el matrimonio hasta el tercer grado inclusive¹⁷⁶. El juego, en su caso, de la dispensa solo es posible tratándose

¹⁷³ La operatividad de los impedimentos matrimoniales entre el adoptado y su familia biológica, pese a la extinción de los vínculos jurídicos con aquella, se formula con claridad en el art. 178.3 CC. Por lo demás, la operatividad del obstáculo no precisa de mayores comentarios, dada la subsistencia de la consanguinidad que, lógicamente, no se extingue con la adopción.

¹⁷⁴ Para el tema de la distinción entre el parentesco conocido y el desconocido, y sus consecuencias, cfr. SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 47”, cit., p. 172-173. “Si antes se prohibía o delimitaba estrictamente la determinación del parentesco, hoy se permite y facilita (nuevos arts. 127 y ss. del CC con los antiguos 108 y ss. del CC). Es más, hay que sostener que el Ministerio Fiscal está legitimado para oponerse al matrimonio incluso en los casos en los que según los arts. 127 y ss. CC ya no cabría interponer una acción de filiación (con el límite, con todo, de la cosa juzgada). Al respecto procede aplicar el argumento *ad maius*: La nueva regulación de la investigación de la paternidad, mucho más generosa que la antigua, no puede entenderse ahora como prohibitiva de lo que en el marco estrecho de la vieja era siempre admisible, esto es que el Ministerio Fiscal se oponga al matrimonio en caso de violación del impedimento”.

¹⁷⁵ Con todo, “la revocación posterior al matrimonio celebrado contraviniendo el impedimento no convalida aquél. No sólo no existe precepto legal que admita la convalidación en este insólito caso, sino que la estructura de las causas legales de revocación de la adopción, muestran la absoluta desvinculación de esta figura con el matrimonio”, SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art 47”, cit., pp. 175-176.

El recurso, al último inciso del art. 48 CC, es imposible dada la diferente naturaleza entre la dispensa concedida después de la celebración matrimonial, de un lado, y el supuesto extintivo (revocación) de la relación de adopción.

¹⁷⁶ Es decir, entre hermanos y entre tío/a y sobrino/a. Quedan así fuera del ámbito del impedimento los primos hermanos, cuarto grado en línea colateral.

de colaterales en grado tercero¹⁷⁷. La denominada por autorizada doctrina como “zona de tolerancia”¹⁷⁸.

C)Parentesco en línea colateral por adopción.

El tenor literal del art. 47.2 CC excluye, desde luego, toda referencia al parentesco colateral por adopción, haciéndolo únicamente a “los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado”.

La cuestión acerca de si dos hermanos por adopción pueden casarse entre sí, objeto de debate, hay que resolverla en sentido negativo. El argumento favorable a la inexistencia de impedimento, con apoyo en que las normas que restringen la capacidad nupcial no deben ser objeto de interpretación extensiva, máxime no existiendo razones eugenésicas a favor de la prohibición, me parece que debe ceder ante la regla general contenida en el art. 108.2 CC (“La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”). Esa absoluta equiparación de filiaciones exige, identidad de régimen no sólo en la línea recta sino también en la colateral. De optarse por la existencia de una excepción, se admitiría el matrimonio entre hermanos, adoptivos desde luego, pero hermanos¹⁷⁹.

En consecuencia, entiendo que el al adoptado está sujeto a un doble régimen de impedimentos: tendrá impedimentos de parentesco, en su caso, respecto de su familia biológica (al amparo de lo dispuesto en el art. 178.3 CC), y los tendrá asimismo respecto de sus parientes por adopción (al amparo del art. 108.2 CC).

En este sentido, se orienta el texto de la Propuesta de CC de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, cuyo art. 212-4, apartado b), afirma: “No pueden contraer matrimonio entre sí:

¹⁷⁷ Por cuanto se refiere a la dispensa del grado tercero entre colaterales, el art. 48 CC requiere la concurrencia de “justa causa”, circunstancia esta que, como afirma, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R, y CHAPARRO MATAMOROS, P: “Requisitos y efectos del matrimonio”, en AA. VV: *Derecho Civil IV Derecho de Familia* (coord. por J.R DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant, Valencia, 2022, p. 67, apoyándose en el todavía vigente art. 260 del RRC, podrá ser un motivo “de índole particular, familiar o social”, habiendo declarado la DGRN (ahora DGSJFP) que, aunque tales expresiones “sean conceptos indeterminados de difícil evaluación”, es posible considerar como justa causa para la dispensa la circunstancia de que, tío y sobrina por incapacidad del primero llevaran conviviendo durante veintidós años. Y en este sentido, se pronunció la RDGRN (ahora DGSJPF) 18 de octubre 1995 (RAJ 1995, 9565), la cual afirma que es “menester entender que una convivencia prolongada y voluntaria entre tío y sobrina puede ser tal fuente de efectos entre ambos que, sobrepasando el de simple parentesco, llegue a la *affectio maritalis*, cuya real existencia depende de la voluntad íntima de las personas y no puede desvelarse so pena de permitir intromisiones ilegítimas en su intimidad”

¹⁷⁸ La denominación se emplea, entre otros, por GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al art. 47”, cit., p. 82.

¹⁷⁹ En contra, DE VERDA Y BEAMONTE: J.R y CHAPARRO MATAMOROS, P: “Requisitos y efectos” cit., p. 67 y nota 32: “Dado que el 47.2 CC solo impide casarse a los “colaterales por consanguinidad”, parece que no debe aplicarse a los colaterales por adopción, sino, exclusivamente, a los que lo sean por consanguinidad”.

“Los parientes por consanguinidad en línea colateral hasta el tercer grado y por adopción hasta el segundo grado”¹⁸⁰.

Así pues, de una parte, en el texto de la Propuesta se recoge el impedimento de parentesco en línea colateral por adopción, con lo que parece que se pone fin a una polémica de años; de otra parte, se limita el juego del obstáculo al segundo grado, dejando fuera en consecuencia el grado tercero.

La cuestión que entonces se plantea es la relativa a la conveniencia o no de haber llevado la prohibición hasta la inclusión del grado tercero entre colaterales por adopción, ya que, de un lado no resulta procedente (dada la inexistencia de parentesco biológico), aunque de otro, no llevarla hasta el mismo grado que el parentesco de consanguinidad en línea colateral, podría presentarse como una inconsecuencia respecto al mandato taxativo del art. 108.2 CC.

Respecto de este parentesco por adopción en la línea colateral, resulta llamativa también la divergencia existente entre, de una parte, el apartado b) del art. 212-4, que expresamente lo limita al segundo grado, y la afirmación de la exposición de motivos, formulada en los siguientes términos:

“Cabe destacar que se generaliza el impedimento de parentesco en línea colateral hasta el tercer grado a todos los casos (y no solo a los parientes por consanguinidad”)¹⁸¹.

Parece claro que esa referencia al tercer grado “a todos los casos”, solo puede entenderse como comprensiva, asimismo, del grado tercero entre parientes colaterales por adopción.

La contradicción parece resolverse a favor del criterio recogido en la exposición de motivos, haciendo llegar el impedimento, también para la adopción, hasta el tercer grado (inclusive) de la línea colateral, y no hasta el segundo como se formula en el 212-4. Y ello, por imperativo del 108.2 CC.

D) Crimen

El tenor literal del art. 47.3 CC describe una prohibición que nada tiene que ver con las dos anteriores.

La inclusión aquí del denominado tradicionalmente, impedimento “de crimen”, o “de conyugicidio” (denominación esta que encajaba con anterioridad a la reforma de la Ley 15/2015, por cuanto la cualidad de “cónyuge” resultaba indispensable para la existencia misma del impedimento), no presenta más nexo de unión con los apartados 1º y 2º, que el carácter relativo de la prohibición. El obstáculo lo es, pues, para contraer matrimonio “entre sí”.

¹⁸⁰ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta*, cit., p. 362.

¹⁸¹ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta*, cit., p. 128.

La prohibición se presenta como una sanción civil¹⁸², de algún modo accesoria a la condena penal impuesta a aquellos que hubieren tenido participación “en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”.

A diferencia de la redacción anterior (la contenida en ley 30/1981), en la actual (modificada por ley 15/2015), se contempla no sólo que hayan participado como autor (incluyendo a los cooperadores necesarios e inductores) y como cómplice, sino que, lo amplía, además, a los encubridores.

Por otro lado, y dada la cada vez mayor, transcendencia de las uniones de hecho en nuestra sociedad, el tenor literal de dicho artículo 47.3 CC pasa a incluir al llamado “conviviente de hecho o conviviente *more uxorio*”.

La prohibición, además de presentarse como un raro añadido en el marco de una norma dedicada fundamentalmente a aquellas que lo son por razón de parentesco, y presentar deficiencias de redacción¹⁸³, no dice nada acerca del móvil perseguido por quienes hayan tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que existiere esa relación de afectividad análoga a la conyugal. Esa omisión acerca del propósito perseguido aleja esta figura de la de sus precedentes legislativos, y, al mismo tiempo, amplía su ámbito de aplicación.

Claro es que, lo que se pretendía en la ley de 1981 era disuadir a quienes, no pudiendo acudir al divorcio, se ponían de acuerdo en matar al cónyuge de cualquiera de ellos. Tras la reforma del CC por ley 15/2005, esa presunta motivación legislativa ha desaparecido, dada la posibilidad de acudir a la disolución del vínculo sin más causa que la pura y simple voluntad de disolverlo por parte de uno o de ambos cónyuges.

En cualquier caso, ante la ruindad de la conducta, la existencia de esta sanción civil merece un juicio positivo, sin que ello suponga desde luego recorte alguno del *ius nubendi* en la relación de este con el principio de libre desarrollo de la personalidad.

X. LA LLAMADA “PERSONALIZACIÓN” DEL MATRIMONIO Y EL REGIMEN DE IMPEDIMENTOS

1. Precisiones introductorias

Cuando hablamos de “personalización” del matrimonio, se está haciendo referencia a una idea elemental que no es otra que la referida a la incidencia

¹⁸² Amplias consideraciones sobre ese apartado 3 del art. 47 CC, en DE VERDA Y BEAMONTE, JR: “Una relectura”, cit., pp. 462 y ss. Para una consideración detenida de la prohibición en la redacción surgida de la reforma de 1.981, SALVADOR CODERCH, P: “Comentario al art. 47”, cit., pp. 176-179.

¹⁸³ Utilización del plural (“los condenados), que después no presenta concordancia con el resto del enunciado (“con la que hubiere estado unido”, singular) (Los condenados lo son por su participación en la muerte del cónyuge o persona “con la que hubieren estado unidos”).

misma del principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) en esa realidad institucional (reconocida por la Constitución, art. 32.1 CE) que es el matrimonio.

Dicho de otra forma, la proyección del principio de libre desarrollo de la personalidad en relación con el matrimonio produce un resultado que no puede ser otro sino, la de “personalización” de aquél.

Sin embargo, la idea de “personalización” referida al matrimonio, no se presenta con un único enfoque, sino que, por el contrario, se manifiesta en una pluralidad de ellos. Y ha de ser efectiva en todos estos para que ese término de “personalización” de la institución no se quede a mitad camino y pueda alcanzar su plena dimensión.

2. “Personalización” y consentimiento matrimonial

Parece que es, en este plano en el que esa “personalización” se muestra con más intensidad: la previsión legislativa atribuye relevancia jurídica a figuras como la simulación o la reserva mental, en definitiva, a la voluntad real de los sujetos, a lo querido por ellos, haciendo prevalecer esa voluntad “real” sobre la manifestada ante el funcionario autorizante, lo que constituye un ejemplo claro de esa “personalización”.

3. “Personalización” y formas de celebración

La “personalización” encuentra una importante vía para su realización a través de las formas en las que el matrimonio se celebra, ya que una pluralidad de formas necesariamente lo personaliza, al ofrecer cauces diversos para que la emisión del consentimiento tenga lugar del modo más ajustado posible a las ideas o creencias de los ciudadanos.

Una cosa es que un sistema matrimonial de forma única (la civil) no vulnere el principio del libre desarrollo de la personalidad, y otra muy diferente negar que un sistema de pluralidad formal ofrece un mayor respeto a derechos fundamentales como el de libertad ideológica (y, en concreto, hacía una de sus más importantes manifestaciones, el de libertad de creencias).

Por tanto, también en materia de forma, la llamada “personalización” del instituto admite grados. Se puede, por tanto, “personalizar” más o menos el matrimonio en función de cómo decida el legislador regular la forma de celebrarlo.

Un sistema de forma única no sería inconstitucional¹⁸⁴, pero el de pluralidad formal parece ajustarse más al propio tenor del art. 32. 2 CE, más acorde con

¹⁸⁴ Quizá la referencia a una pluralidad de formas en el art. 32.2 CE pudiera hacernos pensar en que una única forma sería inconstitucional pero quizá, también esa referencia a “las formas” cabría entenderla, también, como “pluralidad” de formas civiles, ordinaria y extraordinarias.

el art. 16, y, en consecuencia, con una incidencia mayor en la “personalización” del instituto.

Me parece claro la idea de que la “personalización” del matrimonio admite una gradación, y, por tanto, que se nos puede presentar de manera más o menos intensa, siendo el objetivo final el de alcanzarla plenamente.

4. Hacia un matrimonio “de mínimos”: la simplificación del régimen de impedimentos

Me voy a referir aquí a otra de las dimensiones de esa “personalización”, en concreto, la que tiene que ver con el régimen de impedimentos matrimoniales.

Considero que un análisis de ese régimen no puede llevarnos únicamente a una conclusión que, aun siendo verdadera, no parece completa. La conclusión sería la de que a una simplificación del régimen ha de corresponder, correlativamente, una ampliación de la libertad matrimonial, del *ius nubendii*, en definitiva. Y, a su vez, si esa libertad matrimonial es ampliada, el legislador estaría aplicando con mayor grado intensidad el principio del libre desarrollo de la personalidad, por cuanto al matrimonio se refiere.

Si bien, esta conclusión no refleja totalmente el alcance de esa “personalización” de la institución. La simplificación del régimen de impedimentos amplía, desde luego, el ámbito de la libertad matrimonial, pero presenta, además, otra perspectiva que no puede quedar en la oscuridad, y que en mi opinión tiene que ver con la configuración que, para un legislador determinado, y en un momento histórico concreto, tiene el matrimonio.

Ya no se trata sólo de ampliar la libertad de los sujetos en materia matrimonial. Se trata, además, de que esa “simplificación” permite visualizar una determinada concepción del matrimonio por parte del legislador. Es decir, permite conocer, a través de esa “simplificación”, qué es el matrimonio para el legislador, cómo lo concibe, cual es la función que está destinada a cumplir, y que justifica ese reconocimiento y protección por parte del ordenamiento.

En mi opinión, y así lo manifesté en el capítulo anterior de este trabajo, esa “simplificación” “personaliza” el matrimonio, “acentuando, como afirma DE VERDA Y BEAMONTE, su función de ser un medio de desarrollo de la personalidad de los cónyuges”¹⁸⁵. Creo, por tanto, que el legislador ha utilizado para esto, una determinada configuración de la unión matrimonial, un concreto

¹⁸⁵ La gestación del término “personalización” del matrimonio, así como su difusión en la doctrina científica española, italiana y latinoamericana, en las que cuenta con aceptación generalizada, corresponde a DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, en un amplio elenco de publicaciones, entre otras, *El error*, cit., “Una relectura”, cit., pp. 435 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R y VIRGADAMO, P: “Capacidad para contraer”, cit., pp. 510 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “El matrimonio”, cit., pp. 34 y ss.

diseño de aquella, que en el capítulo primero traté de denominar matrimonio “de mínimos”.

Creo acertada esta denominación, porque con ella lo que se quiere decir no es, sino que, el matrimonio, de alguna manera, se desregula. No se desregula por completo, pero sí en buena medida. El resultado es el de que aquél se reduce a un esquema llamado “básico” y cuya regulación es menos detallada, que en otros tiempos. Así, ámbitos de aquél que con anterioridad eran objeto de regulación, ahora dejan de serlo, y en consecuencia el instituto queda reducido a lo que podríamos denominar “líneas esenciales o básicas”.

No se trata de que esos aspectos desaparezcan completamente del marco normativo, y pasen a ser totalmente irrelevantes. Desaparecen de ese esquema “básico” diseñado por el legislador, pero conservan relevancia jurídica. Si bien, esa relevancia ahora va a depender fundamentalmente de la propia voluntad de los sujetos que contraen. De esta manera, si ellos les otorgan relevancia porque los consideran importantes, tendrán relevancia.

Claro es, que esa relevancia no existiría si no hubiera un reconocimiento del legislador, pero, al fin y al cabo, lo decisivo es la propia voluntad de los sujetos. Son ellos, por tanto, los que, libremente, pueden atribuirle esa relevancia incorporándolos a ese esquema matrimonial “básico” o “de mínimos”, establecido por el legislador.

La vía del llamado “error en cualidad” del art. 73.4 CC desempeña aquí un papel fundamental. Así, por ejemplo: la aptitud respecto al matrimonio del mantenimiento de relaciones sexuales es evidente que no forma parte de ese esquema “básico” o de “mínimos” al que estoy haciendo referencia. No forma parte, porque para el legislador el matrimonio es concebible, aunque no concurra esa aptitud en quienes lo contraen.

Con base en lo anterior, la supresión de la impotencia *coeundi* me parece que tiene más que ver con la concepción misma que del matrimonio tiene el legislador español desde la reforma de 1981, que con la protección de la intimidad de los sujetos.

Claro está que, no cabría excluir de forma absoluta esta última finalidad, la de proteger un marco íntimo, como el relativo a la aptitud de los sujetos en orden al ejercicio de la sexualidad¹⁸⁶, pero parece que prevalece más ese cambio en la configuración del matrimonio, que pasa a ser concebido simplemente como una plena comunidad de vida entre dos personas¹⁸⁷, y en la que el ejercicio de

¹⁸⁶ La incidencia en la intimidad personal en materia de prueba del impedimento es imposible cuestionarla a la vista del antiguo art. 83. 3º CC.

¹⁸⁷ “No importa, como escribía ALBALADEJO GARCÍA, M: *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 49: “la aptitud sexual de ninguno de los contrayentes, ni siquiera la falta total y absoluta de órganos genitales”.

la sexualidad no ha de formar parte, necesariamente, de dicha comunidad existencial (los llamados “matrimonios blancos”).

Se trataría así, de la propia concepción legislativa, del esquema “básico”. No cabría duda de que, en ese esquema “básico”, la aptitud para las relaciones sexuales pueda venir incorporada por los sujetos, por ambos o por uno de ellos, caso en el cual la ineptitud para aquellas, cuando fuere ignorada por uno o por ambos, tendrá relevancia por la vía del error en cualidad personal “de entidad”. Pero ya no nos encontraríamos en este caso ante el puro esquema legislativo, sino ante éste, más las “incorporaciones” queridas por las partes, por una o por ambas.

Lo que se acaba de decir no implica que el legislador niegue esa relevancia totalmente, expulsándola del ámbito de lo jurídico. Cuando para los sujetos lo haya sido, bien para los dos o para uno de ellos, la carencia de esa aptitud podrá, en su caso, producir efectos importantes, que podrán desembocar en la nulidad de la unión.

Quizá utilizando un ejemplo podría decirse que el legislador diseña ese esquema matrimonial “básico”, y, en ese esquema “de mínimos”, la actitud de los sujetos puede ser una de dos: o contraer de acuerdo a ese esquema “de mínimos” (con lo cual estarían excluyendo la relevancia jurídica de circunstancias o cualidades que, de haber sido queridas, la tendrían indudablemente), o bien, partiendo de ese esquema “de mínimos”, insertar de algún modo en el esquema negocial alguna/s de esas circunstancias o cualidades, y a las que el legislador, atribuye relevancia pero en tanto en cuanto queridas por los sujetos y, en consecuencia, incorporadas¹⁸⁸ a ese esquema básico, a esa concepción, en la que el matrimonio consiste para el legislador.

A) Hacia una delimitación del “esquema básico” matrimonial

Suprimida la diversidad sexual como presupuesto para el matrimonio, y la aptitud para el mantenimiento de relaciones sexuales a través de la desaparición de la impotencia *coeundi* como requisito de capacidad, el “esquema básico” se reduce a la unión entre dos personas capaces (arts. 46-47 CC), dirigida al establecimiento de una comunidad de vida tendencialmente perpetua, e informada por las normas contenidas en los arts. 66 a 68 CC¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Al hablar aquí de incorporación, no se está pensando en la puesta de condiciones por parte de los contrayentes de un determinado matrimonio, lo que jurídicamente no tiene cabida al amparo de lo dispuesto en el apartado segundo del art. 45 CC.

Esa incorporación anterior, discurriría por otra vía: la de integridad (ausencia de vicios) del consentimiento matrimonial. Ese consentimiento será íntegro cuándo concurren, y se den efectivamente, esas circunstancias queridas por los sujetos.

¹⁸⁹ Las interrogantes tienen que ver con la dificultad de conciliar esas características con la posibilidad de ruptura del vínculo por la voluntad de cualquiera de los sujetos por el simple transcurso de tres meses, sin que la causa de la ruptura haya de buscarse más allá del hecho de la presentación de la demanda de divorcio.

Desde esta perspectiva, el tratamiento de los fines de la unión se relativiza hasta casi desaparecer.

La causa del negocio y fines de este parecen confundirse. La función que el negocio cumple se identifica con el/los fin/es de aquél, que no iría más allá del establecimiento de esa comunidad de existencia, disoluble *ad nutum*.

Sobre ese esquema, los sujetos podrían introducir elementos relevantes, queridos por uno o por ambos, y, en cuanto queridos, relevantes en su caso, por la vía del error.

B) Procreación y aptitud para el mantenimiento de relaciones sexuales

Ninguna forma parte de ese esquema matrimonial denominado “de mínimos”. Y es que ni la esterilidad ni la llamada impotencia *coeundi*¹⁹⁰ impiden el matrimonio en el diseño realizado por el legislador. Lo que no es obstáculo para que ambas puedan adquirir relevancia jurídica en el caso de que se pruebe que el matrimonio no se hubiere celebrado de haberse conocido que el otro es estéril, o carece de aptitud para las relaciones sexuales.

¿No cabría entonces afirmar que se ha producido una incorporación de alguno de esas circunstancias a ese esquema “mínimo” del negocio matrimonial?

Si ni la procreación, ni el mantenimiento de relaciones sexuales, son relevantes en el esquema legislativo, y sin embargo pueden adquirir relevancia cuando las partes se la atribuyen, cabe hablar de incorporación y, en consecuencia, de personalización del matrimonio, en cuanto este se adecúa a la voluntad de los que lo contraen, y, precisamente por ello, al principio del libre desarrollo de la personalidad¹⁹¹.

Situados en esta misma perspectiva, ese conjunto de derechos y deberes inter conyugales a que se refieren los artículos 66 a 68 CC, de un lado, y, de otro, el art. 32.2 CE, se desjuridifican, con lo que cabría preguntarse si, perdida esa naturaleza, no han quedado reducidos a deberes morales o éticos, y sin alcance jurídico.

¹⁹⁰ Sobre la supresión de la impotencia *coeundi* como obstáculo al matrimonio en la reforma de 1981, existe un punto de vista bastante extendido en sede doctrinal y dirigido a conectar tal supresión con el respeto del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, consagrado en el art. 18 CE. Se argumenta en tal sentido, el texto del antiguo art. 102 CC, que, si bien excluía la legitimación activa del Ministerio Fiscal respecto del ejercicio de la acción de nulidad por impotencia, atribuía sin embargo tal legitimación no sólo a los contrayentes, sino a cualquier persona que tuviera interés en la nulidad: “se posibilitaba así la intromisión de terceros en aspectos que afectaban a la intimidad de las partes del negocio”. En este sentido, entre otros, DE VERDA Y BEAMONTE, JR: “Una relectura”, cit., pp. 439-440.

¹⁹¹ Resulta significativo, en lo relativo a la impotencia, que el tratamiento que en la actualidad ofrece el legislador al tema es mucho más personalizado que el que se contenía en el CC antes de la reforma de 1981.

Y es que, en la actualidad, ambas impotencias pueden adquirir relevancia cuando las partes las “incorporan” al esquema negocial (por la vía del error en cualidad personal, art. 73.4 CC). Ninguna de ellas es relevante en ese esquema “básico”, pero al amparo del precepto al que se acaba de hacer referencia, pueden resultar jurídicamente relevantes las dos: la esterilidad (*generandi*) y la impotencia

C) Supresión de otros obstáculos

Como dice DE VERDA Y BEAMONTE, y se viene defendiendo en este trabajo, “el derecho a contraer matrimonio, consagrado en el art. 32 CE, es manifestación del principio de libertad nupcial, el cual, a su vez, tiene una evidente conexión con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), en la medida en que a través de aquella se salvaguarda un interés fundamental de la persona a constituir una familia fundada en el matrimonio y a desenvolver en ella la propia personalidad, por lo que solo puede ser limitada legalmente, mediante una regulación de los impedimentos matrimoniales respetuosa con esta idea”¹⁹².

De conformidad con lo anterior, “hay que valorar positivamente que la Ley 30/1981, de 7 de julio, suprimiera los impedimentos de impotencia, orden sagrado y profesión religiosa solemne, parentesco por afinidad y raptó”¹⁹³.

Esa supresión amplía el ámbito de la *libertas nuptiandi*, facilitando así la posibilidad de constitución de una familia, e incidiendo, además, positivamente en el principio del libre desarrollo de la personalidad.

Al margen de la impotencia, a la que se ya se hizo referencia anteriormente, los restantes obstáculos suprimidos en la reforma de 1981 no presentaban la misma naturaleza. Más bien se caracterizaban por su heterogeneidad: de un lado, los de orden sagrado y profesión religiosa entroncaban directamente con la circunstancia de la confesionalidad católica del Estado y, aunque coartaban la *libertas nuptiandi*, eran ante todo, consecuencia de la proyección de la legislación canónica en el marco de la legislación civil¹⁹⁴, como lo prueba la circunstancia de que el impedimento desapareciera en el caso de que “unos y otros”¹⁹⁵ hubieran obtenido la correspondiente dispensa canónica. Desaparecida la

propia mente tal (*coeundi*), lo que no cabía decir del Derecho anterior en el que, pese a la poco afortunada redacción del art. 83. 3º CC (redacción de la Ley 24 abril 1958), era claro que el único obstáculo relevante era la impotencia *coeundi*. La esterilidad, por tanto, no solo no era obstáculo al matrimonio, sino que además no podía alegarse a través de la vía del error, limitado éste al “error en la persona” (art. 101.2 CC).

La redacción del art. 83. 3º CC era la siguiente: “No pueden contraer matrimonio: 3º: Los que adolecieren de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación, con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable”. Era opinión común que, pese al tenor literal del precepto, sólo se contemplaba la llamada impotencia *coeundi*.

¹⁹² DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Una relectura”, cit., pp. 438-439.

¹⁹³ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, “Una relectura”, cit., pp. 438-439

¹⁹⁴ La llamada Ley de Principios Fundamentales del Movimiento de 1958, declaraba solemnemente el compromiso del Estado en cuanto a la inspiración católica de su legislación.

El art. 83. 4º CC (redacción originaria) se redactaba en los siguientes términos: “No pueden contraer matrimonio: 4º: Los ordenados *in sacris* y los profesos en una Orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de castidad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica”.

¹⁹⁵ Ordenados *in sacris* y los profesos en una Orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de castidad.

confesionalidad católica del Estado en la CE de 1978 (art. 16), los citados obstáculos carecían de razón de ser.

Con todo ello, también aquí se trataría de circunstancias personales (religiosas o confesionales, en este caso) que el legislador hace desaparecer de ese esquema denominado “básico” o “mínimo” del matrimonio.

Se trata de factores que el legislador no hace entrar en juego a la hora de diseñar el esquema del matrimonio civil, quedando por tanto fuera por su carácter confesional o religioso.

Y es que, si han quedado fuera de ese esquema de matrimonio que llamo “de mínimos”, circunstancias como la aptitud de los sujetos para el mantenimiento de relaciones sexuales, más deberán quedar fuera circunstancias de naturaleza religiosa o confesional, y en un marco legislativo de aconfesionalidad del Estado, pero con todo, también aquí existe esa posibilidad de incorporación. Si para los sujetos, o para alguno de ellos, resultare relevante el hecho de contraer con un sacerdote o con un religioso profeso, la cualidad adquirirá relevancia en cuanto incorporada a ese esquema “de mínimos” por el contrayente que padeció el vicio, y que contrajo ignorando que no concurría esa condición en el otro.

Distintas fueron las motivaciones que llevaron a la supresión de los impedimentos de parentesco por afinidad y de raptó. En cuanto al de afinidad¹⁹⁶, las razones pueden encontrarse en la idea según la cual el juego de los impedimentos llamados de parentesco, debieran limitarse al marco de la llamada familia nuclear, excluyendo así, como obstáculo matrimonial el (parentesco) existente entre un cónyuge y los consanguíneos del otro.

En cualquier caso, frente a una regulación anterior precisa y detallada del impedimento por afinidad, impuesta por la necesidad de diferenciar entre el parentesco de afinidad legítima y el de (afinidad) natural, la opción del legislador de 1981 fue la contraria: suprimir el impedimento en su conjunto, facilitando así la *libertas nuptiandi*, pero no sin suscitar dudas en relación a esa desaparición tan radical.

En este sentido, el art. 212-4 de la Propuesta de CC de la Asociación de Profesores de Derecho Civil¹⁹⁷, referido a los impedimentos matrimoniales “relativos” o propiamente tales, acoge la siguiente redacción:

¹⁹⁶ Por cuanto a la afinidad se refiere, la regulación del CC en su redacción anterior a la reforma de 1981 era compleja, ya que, además, recaía sobre ella la distinción (al igual que en la consanguinidad) entre “afinidad legítima” y “natural”.

Según esto, el art. 84 (CC redacción anterior a 1981) impedía contraer matrimonio entre sí a: 1º “Los ascendientes o descendientes por afinidad legítima o natural”; 3º “Los colaterales por afinidad legítima hasta el cuarto grado”; 4º. “Los colaterales por afinidad natural hasta el segundo grado”.

¹⁹⁷ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta*, cit., p. 362.

“No pueden contraer matrimonio entre sí:

a) Los parientes por consanguinidad, por adopción y por afinidad en línea recta.

La novedad viene constituida por la prohibición de contraer a los parientes por afinidad en línea recta, inexistente actualmente en el CC. Se trataría de supuesto calificable, casi de excepcional, dada la escasa frecuencia con que se producirá en la vida real. Su fundamento, hay que buscarlo en razones de moralidad (línea recta). Restringe la *libertas nuptiandi*, por cuanto recorta el ámbito de personas con las que poder contraer.

En cuanto al de raptó, lo desfasado de la figura de un lado, unido a lo innecesario de esta, al deberse encuadrar en el marco de los vicios del consentimiento matrimonial (art. 73. 5º CC), debieron estar detrás de la supresión. No hay que olvidar que, en la regulación anterior, la configuración del raptó no era la de impedimento matrimonial sino la de causa de nulidad de aquél¹⁹⁸, con lo cual su consideración como “impedimento” resultaba más que cuestionable.

¹⁹⁸ El número 3º del art. 101 anterior a la reforma, establecía la nulidad del “matrimonio contraído por el raptor con el robada mientras ésta se halle en su poder”. Como se ha afirmado, la obsolescencia del supuesto, unido a su reconducción al marco de los vicios del consentimiento, hacía aconsejable su supresión. El supuesto, por otro lado, encajaba perfectamente en el ámbito del apartado 5º del art. 73 CC.

CAPÍTULO III

DISCAPACIDAD Y MATRIMONIO

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

1. La necesidad de partir de presupuestos básicos

El título del presente capítulo pone en relación dos términos (“Discapacidad” y “matrimonio”), que obligan a partir de unos presupuestos básicos en cuyo examen, precisamente por ese carácter de básicos, no procede entrar. Me refiero, en concreto, al “derecho al matrimonio” (*ius connubii* o *ius nubendi*, y en alguna medida también al llamado “*favor matrimonii*”) como derecho de los ciudadanos reconocido en el art. 32. 1 CE¹⁹⁹, y, con tenor literal prácticamente idéntico, en el art. 44 CC.

Asimismo, hay que dar por reproducidas cuantas consideraciones puedan hacerse sobre el matrimonio, el derecho al matrimonio como cauce para el libre desarrollo de la personalidad²⁰⁰, y en directa conexión con el art. 10.1 CE, también, de la dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, tema central de este trabajo²⁰¹, con el que se aspira a la obtención del Grado de Doctor.

¹⁹⁹ “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” (art. 32.1 CE). El propósito del legislador constitucional no deja duda alguna. Así, omisión hecha de la referencia a la diversidad sexual, que no es la *ratio* determinante del precepto, como puso de manifiesto la STC 6 de noviembre 2012 (STC 198/2012), la finalidad es doble, de un lado, la igualdad de los contrayentes en cuanto al acceso al matrimonio, y, de otra, la igualdad en la relación jurídica matrimonial que resulta de la celebración de aquél.

²⁰⁰ En base a lo que se acaba de decir, parece superflua la amplitud de opiniones sobre lo que es el matrimonio, sus características, su carácter de acto personalísimo, y demás consideraciones, cuando se aborda el tema Discapacidad y Matrimonio, puesto que se trata de un punto de partida que hay que dar por supuesto. Así, entre otras aportaciones, SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio de las personas con discapacidad: argumentos a favor de la necesidad del dictamen médico *versus* su carácter excepcional y subsidiario tras la reforma del art.56 del Código Civil”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm.12º, pp. 90 y ss. En el mismo sentido, GONZÁLEZ MORÁN, L: “El Derecho civil ante el matrimonio de los deficientes mentales”, en AA. VV: *Matrimonio y Deficiencia mental*, Eds. a cargo de JAVIER GAFO Y JOSÉ RAMÓN AMOR, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid-Córdoba, 1997, pp. 143 y ss., en especial p. 149.

²⁰¹ Dadas las premisas anteriores, hay que estar de acuerdo con quienes apuntan la imposibilidad, de “una privación “*in genere*” de la capacidad para contraerlo, entendiéndose que ésta debe predicarse abstracción hecha de la modificación judicial de la capacidad del contrayente o contrayentes en el procedimiento pertinente”. Lo que no quiere decir, que esa modificación judicial no deba ser tenida en cuenta, en el caso concreto, sino que esa capacidad para contraerlo prevalecería como principio general, sobre las particulares circunstancias del caso concreto ante el que nos encontremos. Particulares circunstancias que, obviamente, podrán impedir el acceso al matrimonio del discapacitado. No hay negación del derecho al matrimonio al discapacitado por serlo, pero las circunstancias del caso concreto podrán impedir que el discapacitado lo celebre. En este sentido, SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., pp. 86 y ss.

En ocasiones, esta relevancia del derecho al matrimonio llega hasta extremos exagerados e incluso a veces erróneos, desde la perspectiva estrictamente jurídica. Así, cuando se dice que “la posibilidad de contraerlo se disocia de la concurrencia de la plena capacidad de obrar y de la propia existencia de discapacidad”²⁰², supuesto en que, se averigua lo que se quiere decir, pero la terminología es claramente imprecisa. También ocurre cuando se afirma que nuestro ordenamiento “no contempla expresamente la privación “in genere” de la capacidad para contraer matrimonio”, dado que esa privación no cabe ni “in genere”, ni tampoco “en concreto”, caso en que nos planteamos lo siguiente ¿Sería posible que esa capacidad le fuere privada, entonces, por sentencia judicial? La respuesta sería la de que, la sentencia de incapacitación no podría privarle de la posibilidad de contraer en intervalo lúcido.

Se trata, como se ha dicho, de un derecho de los ciudadanos²⁰³ que la CE reconoce y garantiza, con garantía institucional, al amparo de textos internacionales suscritos por España (art. 16 DUDH, de la Asamblea General de la ONU, 10 diciembre 1948, art. 12 Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 noviembre 1950, y art. 23.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966). “Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido

²⁰² De primeras, para contraer se precisa mayoría de edad o tener dieciséis años y estar emancipado. Un discapacitado en el que no concurra ninguna de estas circunstancias, no puede contraer. Y no podrá hacerlo con independencia de cuál sea su situación como incapacitado. De otro lado, afirmar, que esa posibilidad de contraer “se disocia de la propia existencia de discapacidad”, sólo puede entenderse en el sentido de que la discapacidad “in genere” no será obstáculo al matrimonio si, en el caso concreto de que se trate, ese discapacitado mayor de edad, o menor emancipado, pueda contraerlo. Luego, la discapacidad “in genere”, y a *priori*, no obstaculizará, pero, se subordinará siempre a las circunstancias concretas concurrentes en ese caso también concreto, y a la vista de las cuales quizá resulte imposible que el discapacitado lo contraiga. Tras estas afirmaciones de carácter imprecisas, la autora citada sitúa la cuestión en un plano más preciso: “La discapacidad intelectual *per se* no determina la falta de capacidad para prestar válido consentimiento matrimonial. Por lo tanto, será preciso determinar si la persona que desea celebrar matrimonio presenta aptitud necesaria para consentir; esto es, la capacidad natural de entender y comprender el alcance del acto que pretende llevar a cabo de acuerdo con lo previsto en el art. 56. 2º CC”, SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p. 92.

²⁰³ Dada la rúbrica general bajo la cual se reconoce el derecho al matrimonio en la CE (“De los derechos y deberes de los ciudadanos”), no se entiende que se hable por algunos, en relación, al derecho reconocido en el art. 32.1 de aquella, de “derecho de carácter social”, aunque se precise a continuación, acertadamente “no fundamental”. Así, SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p. 89. La gradación que la Constitución establece es clara: 1) Derechos fundamentales y libertades públicas; 2) Derechos y deberes de los ciudadanos; 3) Principios rectores de la política social y económica, y todo ello con importantes consecuencias en cuanto a los respectivos niveles de protección. Hablar, por tanto, de “un derecho de carácter social”, no permite visualizar su alcance y significación correcta. Puede que se esté haciendo referencia, bien, a la idea de que el matrimonio presuponga necesariamente “alteridad” (es decir, necesaria existencia del otro contrayente), o bien, a su carácter de acto “fundacional” de una familia.

esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)” (art. 53.1 CE)²⁰⁴.

Suele ser bastante frecuente, incluso en aportaciones doctrinales especializadas, la utilización del adjetivo “fundamental” para referirse al derecho reconocido y garantizado por la CE en el art. 32.1, con cuyo empleo lo que se pretende señalar es la importancia misma de ese derecho para los ciudadanos, estrechamente vinculado al derecho a la fundación de una familia (DUDH 10 diciembre 1948). Con todo, el empleo del vocablo “fundamental”, referido al derecho al matrimonio, no parece adecuado por cuanto en el texto constitucional el término “derechos fundamentales” presenta un alcance determinado y preciso, referido a los derechos y libertades reconocidos en la Sección Primera, Capítulo Segundo, Título Primero (“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”), arts. 14-29 CE, en tanto que el derecho al matrimonio se ubica en la Sección 2ª “De los derechos y deberes de los ciudadanos”.

Existe, por tanto, una diferencia cualitativa y sustancial, que hace improcedente atribuir al derecho al matrimonio el calificativo de “fundamental” en sentido estrictamente técnico.

Sobre las importantes consecuencias que esta colocación sistemática lleva aparejadas en el marco constitucional, no es adecuado entrar aquí en mayores consideraciones (desarrollo por leyes orgánicas/recurso de amparo).

Asimismo, no corresponde realizar consideración alguna acerca de la importancia misma del derecho que a los ciudadanos reconoce el art. 32.1 CE²⁰⁵, sino de poner en relación este derecho con la situación de discapacidad de la persona.

2. Importancia de la CDPD

²⁰⁴ El tenor del art. 53.1 CE parece hacer innecesaria la salvedad según la cual el derecho garantizado por el art. 12 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, no es el derecho a contraer matrimonio tal y como está concebido en las legislaciones nacionales, sino el derecho a contraer matrimonio precisado por el TEDH en su interpretación del art. 12. Se hace eco de esta matización, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “Matrimonio y Discapacidad”, *Derecho privado y constitución*, núm. 32º, cit., p. 60.

²⁰⁵ Se señala la sorpresa que producen algunas afirmaciones referidas a la posibilidad misma de contraer matrimonio, posibilidad que, se dice, “se disocia de la concurrencia o no de la plena capacidad de obrar y de la propia existencia de discapacidad”. Así, SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p. 91, afirmación, que precisa matizaciones. De primeras, la capacidad matrimonial se vincula a la edad de la mayoría, y a la condición de menor emancipado, presupuestos estos que determinan la capacidad de obrar del sujeto, dieciocho años y dieciséis con emancipación, y que, de no concurrir, harán imposible el matrimonio. Otra cosa es que, concurriendo la mayor edad o la emancipación, y concurriendo además una situación de discapacidad, pueda apreciarse en el sujeto aptitud para la prestación del consentimiento.

Se ha dicho con todo acierto que el análisis del matrimonio de las personas con discapacidad no es posible abordarlo sin tener muy presente el cambio radical²⁰⁶ introducido por la CDPD²⁰⁷, ratificada por España el 23 de noviembre de 2017²⁰⁸ y por la Unión Europea el 23 de noviembre de 2010²⁰⁹.

Al amparo de esta Convención, es posible hablar, de una nueva perspectiva desde la que afrontar la situación en que se encuentran las personas con discapacidad física, mental, intelectual o sensorial: “la discapacidad, se concluye, es una cuestión de derechos humanos”²¹⁰.

Y esa nueva perspectiva radica, en gran medida, en la circunstancia de que la Convención como afirma PAU, “obliga a dar un paso más. Esta protección, o este apoyo (que es la palabra que utiliza diecinueve veces la Convención, y que era la aceptada para la propuesta de reforma del CC) tiene que orientarse a una meta principal: conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad”²¹¹.

En la actualidad, lo que era propuesta de reforma del CC es ya la Ley 8/2021²¹² y, cuya Disposición final tercera fija su entrada en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE, “atendiendo a la necesidad de que se tome

²⁰⁶ Resaltando la extraordinaria importancia de la Convención en la materia que nos ocupa, HERAS HERNÁNDEZ, M. DEL. M: “Igualdad jurídica, matrimonio y discapacidad: apoyos y salvaguardias proyectados”, en AA. VV: *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardia* (dir. por V. MONSERRAT PEREÑA), (coord. por G. DÍAZ PARDO y M. NÚÑEZ NÚÑEZ), Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2018, p.214: “La Convención ha supuesto un antes y un después en el entendimiento de los derechos de estas personas poniendo en valor su ejercicio personal, efectivo y no discriminatorio”

²⁰⁷ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPC), 13 diciembre, 2006.

²⁰⁸ Con las consecuencias que esa ratificación conlleva a los efectos de lo dispuesto en el art. 10. 2 de la CE, y de la consiguiente adaptación a la Convención de la normativa interna española.

Sobre la incidencia de la Convención de 2006 en el ordenamiento español, PAU, A: “De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, 2018, núm.3º, pp. 5-28.

²⁰⁹ Y que, “al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Además, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia personal se erigen, junto con otros, en principios fundamentales de la citada convención”, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “Matrimonio”, cit., p.58; Sobre la importancia misma de la Convención citada respecto del tema que nos ocupa, la bibliografía es abundante, entre otras aportaciones, y entre las más recientes, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R y CHAPARRO MATAMOROS, P: “El matrimonio: constitución, requisitos de validez y efectos”, en AA.VV: *Las Crisis Familiares. Tratado práctico interdisciplinar*, (dir. por J.R DE VERDA Y BEAMONTE), (coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS y G. MUÑOZ RODRIGO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 47 y ss.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “Matrimonio”, cit., pp. 55-94; SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., pp. 84-115.

²¹⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “Matrimonio”, cit., p. 57.

²¹¹ PAU, A: “De la incapacitación”, cit., p. 8.

²¹² Ley 8/2021, 2 junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

conocimiento de la nueva legislación con tiempo suficiente para que puedan afrontarse los cambios introducidos” (Apartado VIII del Preámbulo)²¹³

La consecuencia inmediata que se desprende de lo anterior es la de que la proyección y el apoyo “no se han de ejercitar de un modo objetivo, “en interés de la persona con discapacidad”, sino de un modo subjetivo, “atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias” de la persona”. El “interés de la persona con discapacidad” hay que situarlo detrás de “la voluntad, deseos y preferencias de la persona”²¹⁴.

“Y, es más, cuando esas “voluntad, deseos y preferencias, de la persona con discapacidad no están plenamente formadas, es necesario contribuir a esa formación. Hay que procurar que la persona con discapacidad tenga, efectivamente, una determinada “voluntad, deseos y preferencias”²¹⁵.

El propósito general de la Convención, y que se desprende del primero de sus artículos, es el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente, amparando a todas aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales²¹⁶.

²¹³ “La presente reforma de la legislación civil y procesal, se afirma en el Preámbulo, pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su art. 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente”.

²¹⁴ “Se impone así, afirma el Preámbulo de la Ley 8/2021, el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”.

²¹⁵ PAU, A: “De la incapacitación”, cit., p. 9.

El autor citado recoge a continuación el art. 248 del Anteproyecto de reforma del CC en materia de discapacidad, cuyo tenor literal presentaba alguna similitud con el contenido del párrafo segundo del art. 56 CC (en su redacción de 2017).

“Las personas que presten apoyo procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias”.

No se ignora que la especificidad del negocio jurídico matrimonial impide un mero traspaso del contenido del citado art. 248 al marco del párrafo segundo del art. 56 CC, pero en todo caso, existe una misma *ratio*.

²¹⁶ Una síntesis general de la Convención, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “Matrimonio”, cit., p. 58.

De otra parte, se impone a los Estados parte, en el art. 12²¹⁷, la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar el acceso de las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica²¹⁸.

3. El derecho al matrimonio: art. 23. 1, a) CDPD

El citado art. 23 lleva por rúbrica general: “Respeto del hogar y de la familia”, y en su número 1, dispone: “Los Estados Parte tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio²¹⁹, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás a fin de asegurar que:

a) “Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges”²²⁰.

²¹⁷ Para un amplio estudio del art. 12 de la Convención, y del impacto de aquél en el Derecho civil de los Estados signatarios, especialmente en España, GARCÍA PONS, A: “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, en *ADC*, 2013, t. LXVI, fasc. I, pp. 59-147.

²¹⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “Matrimonio”, cit., p. 58.

Más discutible es la afirmación de la Convención, a la que califica de cambio radical, de abandono de un modelo médico rehabilitador y la adopción de un modelo social que concibe la discapacidad como una “situación derivada de estructuras y condicionamientos sociales” y no como un rasgo personal derivado de la existencia de deficiencias físicas o psíquicas. Resaltando esta afirmación, y compartiéndola, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “Matrimonio”, cit., p. 58, aun recogiendo opiniones en sentido contrario.

²¹⁹ Como señala SÁNCHEZ GÓMEZ, A, “Matrimonio”, cit., p. 88, el principio de no discriminación por razón de la discapacidad tiene una aplicación concreta en la celebración del matrimonio desde dos puntos de vista: “De un lado, imposibilitando cualquier restricción del acceso al matrimonio en base a la condición de persona con discapacidad psíquica y, de otro, imponiendo la exigencia de adoptar las “medidas legales, sustantivas y procesales que sean precisas y suficientes para poner fin a cualquier tipo de discriminación en el acceso al matrimonio”.

²²⁰ Desde la perspectiva del art. 23 de la Convención, el principio de no discriminación por razón de la discapacidad tiene una aplicación concreta en la celebración del matrimonio por estas personas desde dos puntos de vista, “De un lado, imposibilitando cualquier restricción del acceso al matrimonio en base a la condición de persona con discapacidad psíquica y, de otro, imponiendo la exigencia de adoptar las “medidas legales, sustantivas y procesales que sean precisas y suficientes para poner fin a cualquier tipo de discriminación en el acceso al matrimonio que, en otro caso, constituiría una vulneración de su dignidad”, SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p. 88.

Hasta aquí el marco de la legislación internacional y en el que, necesariamente, debía moverse la futura legislación española²²¹ en la materia, como consecuencia de la incorporación de la Convención a nuestro Derecho interno²²².

II. INCIDENCIA DIRECTA, Y ERRÓNEA, DEL TEXTO DE LA CONVENCIÓN EN LA REDACCIÓN DEL ART. 56. DEL CC POR LEY 15/2015

En un buen ejemplo de ese modo de legislar al que podríamos calificar de apresurado o atropellado, la Ley 15/ 2015²²³, en un intento loable pero escasamente acertado, encaminado a adaptar nuestro Derecho al texto de la Convención, vino a dar nueva redacción al art. 56, párrafo segundo, del CC, en los siguientes términos.

“Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá, por el letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

Llevado quizá por las prisas, en un intento de adaptar cuanto antes el Derecho interno al texto de la Convención, el legislador español de 2015 trasplantó casi literalmente el propio lenguaje de esta a ese apartado segundo del art. 56 del CC. El error del legislador se pone de manifiesto con solo recordar que, en el propio texto de la Convención, la referencia a las deficiencias sensoriales no cabe hallarla en el art. 23.1 a) de aquella, relativo al matrimonio y a la familia, sino en el artículo primero, de proyección general.

Contra todo pronóstico, el legislador de 2015 llevó el término “deficiencias sensoriales” al ámbito del matrimonio, extrayéndolo de ese marco general que es el propio del texto de la Convención, y llevándolo a otro mucho más específico, y en el que su encaje estaba llamado a resultar más que problemático²²⁴.

²²¹ Con todo, no cabe olvidar que la CE de 1978 se preocupa por la integración de las personas con discapacidad, “abandonando la tendencia ancestral a la marginación y a la separación”, PAU, A: “De la incapacitación”, cit., p. 7, con cita del art.49 de aquella: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”.

²²² Convención ratificada por España el 23 de noviembre 2007, e incorporada en consecuencia a nuestro Derecho interno al amparo del art. 10.2 CE.

²²³ Ley 15/2015, 2 de Julio, de Jurisdicción voluntaria

²²⁴ En este sentido, denunciando este error, se encuentran la mayoría de los que han examinado el precepto tras su reforma por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 2015, entre otros, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.” Una relectura”, cit., pp. 466 y ss., DE VERDA Y BEAMONTE, J.R y VIRGADAMO, P: “Capacidad para contraer”, cit., pp. 520 y ss., SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p. 102. “La norma amplió probablemente por error y falta de rigor, los supuestos en que aquéllos (los sujetos que tienen que exigir dictamen médico) deben exigir dicho dictamen. En efecto, el inconveniente

Lo erróneo del resultado parece ser consecuencia, más de lo atropellado del propósito que de un error calificable como de fondo. Con todo, las críticas a tal redacción no tardaron en dejarse sentir. Y es que la adición de las “deficiencias sensoriales” a las “mentales” e “intelectuales”, conllevaba “una locución evidentemente más amplia, que, interpretada literalmente, llevaba a que el encargado del Registro Civil tuviera que pedir dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento del contrayente que padeciera una deficiencia sensorial, aunque la misma no tuviera incidencia sobre su capacidad natural de entender y de querer (por ejemplo, un invidente), lo que, además de absurdo, era contrario al art. 21.1.a de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”²²⁵.

Aunque, como afirman los autores a que se acaba de hacer referencia, solo una interpretación puramente literal²²⁶ del precepto conduciría al descabellado resultado de solicitarse por parte del Encargado del RC la emisión de un dictamen médico sobre la aptitud para prestar consentimiento, en casos, como por ejemplo de un invidente. Si bien esa posibilidad, unida a la comprensible reacción del movimiento asociativo de la discapacidad, obligaron a adoptar una Resolución-Circular 23 de diciembre 2016, que llevó a cabo una interpretación correctora del párrafo segundo del art. 56 CC, en aplicación de los arts. 12 y 23 de la CDPD, en tanto se tramitase la modificación legal correspondiente²²⁷.

III. LA DOCTRINA DE LA RESOLUCION – CIRCULAR 23 DICIEMBRE 2016²²⁸ SOBRE LA INTERPRETACIÓN Y

surgió porque el legislador de 2015 pretendió, con buena intención, adaptar la terminología de este precepto a la contenida en el art. 1 de la Convención de Nueva York. Con esta intención sustituyó la expresión de “deficiencias o anomalías psíquicas” por la de “deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales”, causando el efecto no deseado y de carácter discriminatorio, de ampliar la exigencia de dictamen médico a los casos de personas que presenten deficiencias sensoriales, lo que no pudo ser acogido positivamente puesto que estas personas, por regla general, no presentan dudas sobre su aptitud para prestar consentimiento matrimonial por causa de dicha deficiencia. El resultado fue, por ello, que la reforma, lejos de favorecer la eliminación del dictamen médico en la tramitación del expediente matrimonial y exigirlo en casos excepcionales, como parece más acorde con la Convención de Nueva York, lo imponía injustificadamente para este grupo de personas”.

²²⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R y CHAPARRO MATAMOROS, P: “El matrimonio: constitución”, cit., pp. 47-48.

Un buen resumen del cúmulo de críticas que se formularon contra el art. 56 CC en la redacción de 2015, en HERAS HERNÁNDEZ, M. DEL. M: “Igualdad jurídica”, cit., pp. 224-226.

²²⁶ Subrayando, también, la inadvertencia del legislador español de 2015 al mantener las deficiencias “sensoriales”, que, “al igual que las físicas, no tienen incidencia en la aptitud para consentir, toda vez que son aquellas que afectan a los sentidos y abarcan la discapacidad visual y la auditiva, pero también otras como la discapacidad gustativa, olfativa o la discapacidad somatosensorial (falta de sensibilidad al tacto, calor frío y dolor. . .)”, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “Matrimonio”, cit., p. 77.

²²⁷ Un detenido tratamiento del proceso, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “Matrimonio”, cit., pp. 76 y ss.

²²⁸ Sobre la doctrina contenida en la citada Resolución-Circular de la DGRN (ahora DGSJFP), el comentario de los estudiosos coincide en el sentido de considerar que aquella venía exigida por la existencia de un “panorama desconcertante” (SÁNCHEZ GÓMEZ) y así, con ella, se fijaba el criterio de que la exigencia del dictamen médico debía “entenderse limitada exclusivamente a aquellos casos

APLICACIÓN DEL ART. 56 CC RELATIVO A LA FORMA DE CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

La Resolución se mueve sobre un eje fundamental: el de diferenciar, de un lado, aquellos supuestos en los que la discapacidad “afecta de forma evidente e impeditiva, aun proporcionados los apoyos precisos, a la capacidad para prestar el consentimiento; y, de otro, “aquellos en los que discapacidad afecte tan solo a los medios, canales o soportes de emisión de ese consentimiento o nada tenga que ver ni guarde relación con la aptitud para prestarlo”; concluyendo que la exigencia de solicitar un dictamen médico se debía “entender limitada exclusivamente a aquellos casos en los que la deficiencia afecte de forma sustancial a la prestación del consentimiento”.

Se trata, pues, de distinguir discapacidades. De un lado, aquellas que de forma evidente y sustancial comprometen la capacidad para prestar consentimiento, de aquellas otras (discapacidades) que dificultan la exteriorización, recepción o interpretación del consentimiento matrimonial, situaciones las segundas que requieren de la adopción de los medios, canales o soportes necesarios para la adecuada emisión de dicho consentimiento²²⁹.

La distinción anterior se proyecta, de forma inmediata, sobre el ámbito de aplicación de la exigencia del dictamen médico previsto en el art. 56 CC. Dicha exigencia, como afirma HERAS HERNÁNDEZ, “debe referirse únicamente a supuestos excepcionales en los que la discapacidad afecte de manera evidente y sustancial a la propia aptitud matrimonial. El mero padecimiento de cualquier tipo de diversidad funcional, como una discapacidad sensorial más o menos severa, no justifica la exigencia legal del previo dictamen médico, debiéndose reservar para aquellos supuestos excepcionales en los que la discapacidad funcional psíquica comprometan de manera evidente y grave la capacidad de la persona para entender y querer el acto jurídico del matrimonio, es decir, la capacidad cognitiva y volitiva de la persona que compromete su decisión de querer contraerlo”²³⁰.

IV. LA REDACCIÓN DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 56 CC POR LEY 4/2017

en los que la deficiencia afectara de forma sustancial a la prestación del consentimiento por el interesado en cuestión”.

Con todo, como señala SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p. 103: “la clarificación del precepto referido (el art. 56. 2, en su redacción de 2015) realizada por la DGRN (ahora DGSJFP) proponiendo una interpretación estricta del mismo y limitada a supuestos excepcionales en los que la discapacidad afecte de forma sustancial a la capacidad para prestar el consentimiento, probablemente no resultó suficiente para atender a las demandas de la sociedad civil, en particular el movimiento asociativo de la discapacidad que reclamaba un régimen favorecedor de los matrimonios con discapacidad, como si hasta entonces no existiera”.

²²⁹ En este sentido, HERAS HERNÁNDEZ, M. DEL. M: “Igualdad jurídica”, cit., p. 226

²³⁰ HERAS HERNÁNDEZ, M. DEL. M: “Igualdad jurídica”, cit., p. 226.

La incidencia de la doctrina contenida en la Resolución en la nueva redacción del párrafo segundo del art. 56 CC por Ley 4/2017²³¹ es manifiesta, presentándose éste como simple transcripción literal del texto mismo de aquella.

“El letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

Sin perjuicio de una consideración más detenida, que se hará posteriormente, podríamos decir en principio que no hay ruptura con la legislación anterior. La nueva redacción del precepto se presenta como un avance sustancial, decidido e innovador respecto de los precedentes, pero por poco que se analice su alcance y contenido se observa que no es realmente así. El fondo de la cuestión no sufre alteración alguna, ya que la reforma se sitúa en el marco de la manifestación del consentimiento, así como, de su recepción.

En definitiva, la norma de 2017 lo que trata de evitar es que se reconduzcan al ámbito de la ineptitud para la prestación del consentimiento matrimonial supuestos que, en realidad, no son sino obstáculos en orden a la emisión, exteriorización, manifestación, o recepción, en su caso, de ese consentimiento²³².

Sin embargo, el carácter rigurosamente excepcional y subsidiario que, tras la reforma, se atribuye al dictamen médico cuando se trata de personas con una discapacidad “grave”, plantea la duda acerca de si, tal excepcionalidad, se constituye en abertura o hueco para la celebración de matrimonios en los que al consentimiento emitido no se le pueda atribuir realmente el calificativo de “matrimonial” (es decir, “total”, en cuanto referido al “acto”, y, además, a la “relación jurídica” que por aquél se constituye).

Sin perjuicio de una consideración más detenida, podríamos anticipar que en la coyuntura de armonizar, de un lado, el derecho al matrimonio de las personas

²³¹ Ley 4/2017, 28 de junio, de modificación de la ley 15/2015, 2 de julio, de jurisdicción voluntaria

²³² En el fondo, creo que es este el parecer de HERAS HERNÁNDEZ, M DEL. M, cuando resume en dos las novedades fundamentales de la reforma de 2017: “la articulación de apoyos para promover y favorecer el ejercicio del derecho a contraer matrimonio y el carácter excepcional que reviste el dictamen médico, reservado exclusivamente para los supuestos de palmaria y sustancial ausencia de capacidad como consecuencia de las condiciones de salud que padece alguno de los contrayentes”, “Igualdad jurídica”, cit., p. 224.

con discapacidad, y, de otro, el presupuesto de que el matrimonio de aquellas (como el contraído por cualquier otra persona) lo sea realmente, por concurrir en él un consentimiento calificable como “matrimonial”, se ha tratado de resolver en la atribución de ese carácter estrictamente excepcional y subsidiario al dictamen médico, solución legislativa no exenta de críticas²³³.

Que a esos obstáculos haya que calificarlos como “diversidades funcionales” que dificultan la prestación del consentimiento matrimonial, o como “discapacidades no incapacitantes”, que requieren de un sistema de protección del ejercicio personal de este derecho basado en los apoyos necesarios y suficientes para exteriorizar el consentimiento, y que, además, haya que distinguirlos y separarlos, de aquellos otros (otras) “diversidades particularmente graves, que de manera sustancial y rotunda conllevan a la ausencia total de la aptitud matrimonial para tomar la decisión de querer contraer matrimonio”, no es óbice para afirmar que el planteamiento en cuanto al fondo del problema sigue siendo el mismo que tuvo en cuenta el legislador español del siglo XIX. Es decir: si hay aptitud para consentir no puede impedirse el matrimonio. De esta forma, podemos decir que las reformas posteriores tienen que ver, más que con el fondo, con los avances de la ciencia médica y los puramente tecnológicos.

No es que haya cambiado la posición del legislador, sino el marco médico y tecnológico en el que *ratione materiae* se enmarca el matrimonio de los discapacitados, aunque es evidente que, esos avances en la ciencia médica y en el campo tecnológico inciden en la aplicabilidad de la norma.

Podríamos decir que se perfecciona la norma por cuanto se ajusta más aquélla a su misma *ratio*, Frente a esa obsoleta realidad encuadrada bajo esas denominaciones, también antiguas desde el punto de vista médico y psicológico (de “hallarse en el ejercicio de su razón”, “intervalo lúcido”), pero que, dejaban entrever el deseo del legislador de no considerar al enfermo o deficiente mental como un incapaz para contraer, los avances médicos y tecnológicos, han colocado la norma en un contexto más adecuado a su verdadera *ratio*, a cuya fijación habrían de contribuir decisivamente (en el periodo comprendido entre

²³³ A favor de la exigencia del dictamen médico, así como de otras cautelas no tenidas en cuenta por el legislador, SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p. 87. Y es que, como se ha dicho, desde un punto de vista teórico, no se modifican los presupuestos de fondo: el consentimiento ha de ser “matrimonial” (tanto si se trata de personas discapacitadas como si no lo son), pero con todo, el propósito de suprimir toda barrera (bien real o bien, presunta) al derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad, traducido en ese carácter rigurosamente excepcional del dictamen médico, quizá pueda incidir de alguna manera en lo que cabría llamar “grado de exigencia” por lo que se refiere a la “matrimonialidad” del consentimiento emitido. Se reduce ese grado de exigencia, por cuanto se circunscribe más al “acto” mismo de la celebración, y ya no tanto a la relación jurídica subsiguiente que por ese “acto” se constituye.

Puede que la opción legislativa haya sido la de dar cumplimiento a las exigencias de la Convención, reduciendo, para ello, ese mecanismo de control previo.

la entrada en vigor de la reforma de 1981, y la vigente de 2017) las resoluciones emanadas de la DGRN (ahora DGSJFP).²³⁴

No se está, pues, en el marco del consentimiento en sí mismo considerado, y en el de la aptitud natural para prestarlo (al tratarse de un presupuesto básico del matrimonio mismo, y del que por tanto había de partir necesariamente la norma ubicada en el párrafo segundo del art. 56 CC), sino, en otro distinto, aunque relacionado con el primero: en el de la emisión, interpretación, y recepción de aquél. Es aquí donde el legislador pone el acento, tratando de impedir que se lleven al ámbito de la falta de capacidad natural para prestar aquél, supuestos que, en realidad, operan en un plano diferente, podríamos decir “formal”, o “procedimental”, y por ello, claramente diferenciado del ese plano “real” o “sustancial”, constituido por la existencia o inexistencia de capacidad natural para consentir.

La norma parte, en mi opinión, de una presunción general favorable a la aptitud para prestar consentimiento matrimonial de las personas con discapacidad. De ahí precisamente la clara excepcionalidad con la que se presenta la necesidad de recabar dictamen médico sobre aquella.

Con todo ello, la fuerza de esa presunción (claramente favorable a la aptitud para prestarlo), se debilita cuando el sujeto presente “una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pese a las medidas de apoyo, pueda impedirle prestar el consentimiento”.

Aunque habrá que referirse a ello posteriormente de manera más detallada, el juego e importancia de las llamadas “medidas de apoyo”, que lógicamente se identifican con los “apoyos humanos, técnicos y materiales” aludidos con anterioridad, y encaminados a facilitar “la emisión interpretación y recepción del consentimiento del o de los contrayentes”, resultan decisivos, por cuanto que la “condición de salud” en sí misma no resulta impeditiva (*per se*) para la prestación del consentimiento cuando, mediando esas medidas, sea posible prestarlo.

En definitiva, el inciso “de modo evidente, categórico y sustancial”, referido a la “condición de salud” del sujeto, presupone la entrada en juego u, operatividad de las “medidas de apoyo”. Sólo tras el empleo de aquellas (que presentan prioridad), o quizá tras comprobarse *ab initio* la imposibilidad misma de utilizarlas, será posible concluir sobre la concurrencia en el sujeto de una

²³⁴ El punto de partida viene dado por la reforma del CC por Ley 30/81. La problemática civil del matrimonio de los discapacitados resultaba inconcebible, en el marco de un sistema matrimonial como lo era el vigente hasta la entrada en vigor de la CE. Con ello, no quiere decir que no existiera una problemática similar, como era la referida al matrimonio canónico, si bien, su reglamentación jurídica se remitía por el legislador civil al Derecho de la Iglesia (art. 75 CC, en la redacción de la Ley 24 de abril 1958, de ajuste de la legislación matrimonial civil al Concordato suscrito entre el estado español y la Santa Sede en 1953).

“condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial pueda impedirle prestar consentimiento matrimonial”.

Aun llegados a este punto, la posibilidad de contraer matrimonio, continua sin estar cerrada: “Se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento” (art. 56.2, CC, inciso final, en la redacción dada por Ley 4/2017).

La expresión “se recabará “muestra claramente que no se trata de una facultad o posibilidad del funcionario instructor del expediente, sino de la obligatoriedad para aquél de instar la emisión de tal dictamen, y del que dependerá la celebración del matrimonio sin perjuicio, claro es, de la interposición, en su caso, de los recursos que procedan caso de denegación de aquella.

Como decía LACRUZ BERDEJO, escribiendo respecto del art. 56.2 CC en la redacción dada por el legislador de 1981, “lo que importa es su actitud actual (la del sujeto) para emitir el consentimiento matrimonial con suficiente discernimiento y conocimiento de causa”²³⁵.

Lo anterior es inmutable, en cuanto pertenece a la esencia misma del negocio jurídico matrimonial. Los cambios legislativos no podrían incidir sobre esa esencia del acto jurídico negocial, pero sí podrán impedir (mediante el recurso a medios humanos, técnicos y materiales, inexistentes desde luego al tiempo de la entrada en vigor del CC, e incluso mucho después) que supuestos que, en realidad, no lo son de incapacidad natural para consentir (sino, en su caso, de manifestación, emisión o recepción del consentimiento), impidan contraerlo.

V. ANTECEDENTES: TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN LA REDACCIÓN ORIGINARIA DEL CC

1. Consideraciones preliminares

Cuando se trata de clarificar cual fue la posición del legislador de 1889 respecto del problema que trato de abordar en este capítulo, surgen dudas Y es que el enfoque de la cuestión no puede desligarse de las características especiales de nuestra legislación matrimonial en general y, de manera más concreta, de las propias del sistema matrimonial español a partir de la Ley de matrimonio civil de 1870²³⁶. Con anterioridad, no hay cuestión en cuanto se refiere a la consideración del problema en el marco del matrimonio civil por la clara razón

²³⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L Y SANCHO REBULLIDA, F. DE A: *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)*, fasc. 1º, Librería Bosch, Barcelona, 1982, p. 155.

²³⁶ Carece de sentido plantearse el problema para el periodo anterior a la Ley de 18 junio 1870, por la razón de que con anterioridad a la misma el sistema matrimonial español era de matrimonio canónico exclusivo. En consecuencia, el planteamiento del problema sólo tendría sentido abordarlo en el marco de la legislación canónica anterior desde luego al *Codex Iuris Canonici* de 1917.

de que, hasta la entrada en vigor de la ley citada anteriormente, el matrimonio civil era simplemente una institución desconocida en el ordenamiento español.

Con este punto de partida, el análisis hay que situarlo a partir de esa fecha, pero con todo ello, surgen asimismo dos obstáculos que dificultan ese análisis. De una parte, tratándose la legislación matrimonial española de una legislación canónica “secularizada”, se trata de ver hasta qué punto esa legislación matrimonial civil pero de base canónica, adoptó respecto del problema que nos ocupa soluciones que puedan calificarse como “estrictamente civiles”, es decir independientes de las que en la legislación eclesiástica se venían adoptando durante siglos; o más bien haya que entender (como parece altamente probable) que las soluciones fueren las mismas, aunque con carácter civil o secular. De otro lado, el establecimiento de un sistema de matrimonio civil subsidiario, en el que la propia rigidez del sistema durante décadas²³⁷ hacia claramente difícil el acceso a la forma matrimonial regulada por la legislación del Estado, contribuyó, de modo evidente, a que la cuestión diste de plantearse con nitidez en el estricto marco de la legislación matrimonial civil.

¿Cabe pensar que fueran frecuentes los casos en que el instructor del expediente matrimonial para una celebración civil del matrimonio se encontrare con un supuesto en el que hubiere de aplicarse el apartado 2º del art. 83 del CC en su redacción originaria?

En conclusión, el problema era un planteamiento más que improbable y en caso de plantearse, en la mayoría de los supuestos lo sería, en el marco de la legislación matrimonial canónica.

2. La Ley de Matrimonio civil de 1870

Ninguna duda cabe en cuanto a que el articulado de la ley²³⁸ influyó de modo decisivo en la redacción de la legislación matrimonial contenida en el propio Código civil.

Su art. 4 venía redactado en los siguientes términos:

“Son aptos para contraer matrimonio todas las personas que reúnan las circunstancias siguientes:

2º. Estar en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de celebrar el matrimonio”

Por su parte, el art 92 CC, establecía:

²³⁷ Salvando algunos periodos de poca duración, la rigidez del sistema se manifiesta, por ejemplo, en la prueba de la acatolicidad para el acceso al matrimonio civil. Ello, unido a la presión social de la época contribuyó decisivamente a casi convertir la unión matrimonial civil en una figura jurídica poco frecuente en la práctica.

²³⁸ Se trataba de una ley extensa, que constaba de un centenar de artículos, una disposición general y dos disposiciones transitorias, y que contenía, por tanto, una reglamentación completa del instituto matrimonial.

“No se reputará válido para los efectos de esta ley:

1º El matrimonio que se contrajere por el que carezca de alguna de las circunstancias necesarias de aptitud prescritas en el art. 4º, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del número 1º de dicho artículo”

“Al momento de la celebración del matrimonio y solamente a él hay que atender, se afirma en su en el preámbulo, para saber si el individuo tiene o no aptitud para contraerlo. El demente habitual no carecerá de ella en un momento de lucidez, ni el hombre sano la tendrá en un momento de locura”

“Este principio ha sido también aceptado por la Iglesia en su derecho matrimonial”.

Estos precedentes resultan determinantes a la hora de abordar el análisis del tema en el marco del articulado del CC.

3. El CC. Redacción de 1889

En su redacción originaria, el CC abordaba la cuestión en el apartado 2º del artículo 83 CC, redactado en los siguientes términos:

“No pueden contraer matrimonio:

2º Los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio”.

La fórmula empleada es sustancialmente la misma, positiva en la ley de 1870 (“Estar en el pleno ejercicio de su razón”), y negativa en la redacción del CC (“Los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón”), y técnicamente más precisa la del legislador de 1889, en cuanto sustituyó el inciso “al tiempo de celebrar el matrimonio” por la de “al tiempo de contraer matrimonio”.

El enfoque de ese apartado 2º del art. 83 CC por parte de la doctrina²³⁹ anterior a la reforma de 1981, e incluso también por parte de la que escribe después de ella, se resolvió en un cúmulo de dudas referidas unas a su misma calificación jurídica, y otras al problema de la validez o invalidez del matrimonio contraído en un intervalo lúcido, debidas aquellas, seguramente, a no tomar en cuenta adecuadamente los precedentes (la legislación matrimonial de 1870, cuyos precedentes a su vez no eran otros que los de la legislación canónica.)

Así, la consideración de la ineptitud mental como impedimento²⁴⁰, o el punto de vista tendente a considerar la existencia de un cambio de dirección en la redacción del párrafo segundo del art. 56 CC por Ley 30/81, en cuanto este

²³⁹ Dada la prácticamente inexistencia de jurisprudencia al respecto, por las características del sistema matrimonial entonces vigente.

²⁴⁰ Así, SANCHO REBULLIDA, F. DE A: “Comentario a los arts. 83 y 84 del Código Civil”, en AA. VV: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), t. II., arts. 42 a 107 del Código Civil, Madrid, 1978, p. 285.

habría recogido la solución tradicional en esta materia (Partidas, Derecho canónico), de no considerar impedimento por sí para que el sujeto pueda contraer matrimonio, las deficiencias o anomalías psíquicas persistentes, apartándose así de la solución del CC en su redacción originaria²⁴¹, resultaba dudoso que fuera la acogida en la reforma de 1981.

La calificación como impedimento de la falta de aptitud mental en la redacción originaria del CC resultaba discutible. De una parte, aun admitiéndose tal calificación, se estaría en el marco de los impedimentos en sentido amplio, obstáculos a la celebración del matrimonio, y no en el propio de los obstáculos que impiden contraer con personas determinadas, impedimentos en sentido estricto. En consecuencia, podríamos concluir que la aptitud mental habría de reconducirse al ámbito de la capacidad para contraer (edad, libertad de estado).

De otra parte, la inclusión de la aptitud mental en el art. 83 originario puede que haya que atribuirle más a criterios puramente sistemáticos del legislador de 1889, y también del de 1870, que a una configuración de aquella como perteneciente a la capacidad para contraer²⁴². Y es que el “pleno ejercicio de la razón” que

²⁴¹ Así, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., p. 56.

²⁴² En este sentido, y en el marco de un panorama general y erróneo, tendente a considerar la aptitud mental como “requisito de capacidad” en la redacción del Código de 1889, solo cabe estar de acuerdo con el parecer de HERAS HERNÁNDEZ, que, se aparta de ese criterio general, pero no por ello cierto afirmando que, “El derecho a contraer matrimonio se ha reconocido legalmente a las personas con discapacidad intelectual o mental, siempre que, al tiempo de celebrarlo, tuviesen capacidad natural suficiente para prestar válidamente el consentimiento matrimonial”. La autora refiere esta posición tanto a la Ley de Matrimonio civil de 1870 como al art. 83.2 del CC (redacción originaria), añadiendo que la fórmula legal utilizada (idéntica en lo sustancial) en la Ley de 1870 y luego en el CC, sirvió como base a la denominada “doctrina del intervalo lúcido”, doctrina que se resolvía en la admisión por el legislador que una persona con discapacidad intelectual pudiera prestar válidamente el consentimiento si en el momento de la celebración del matrimonio reunía la capacidad natural necesaria para contraerlo, HERAS HERNÁNDEZ, M. DEL. M: “Igualdad jurídica”, cit., p. 223.

En definitiva, se trataría de poner de manifiesto que, bajo esa doctrina de los “intervalos lúcidos”, lo que en realidad subyacía tanto en la Ley de 1870 como en el propio CC (1889), no era la consideración como un supuesto de incapacidad de aquellos que “no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón”, puesto que esa incapacidad no existía si, al tiempo mismo de contraerlo, sí estuvieren en el pleno ejercicio de aquella. En conclusión, los antecedentes legislativos confirmaban que a las personas con discapacidad intelectual se les reconocía legalmente el derecho a contraer matrimonio, a pesar de que el tenor literal del precepto pudiera hacer pensar lo contrario.

Sin embargo, la doctrina, apoyada en una argumentación limitada por la propia sistemática, y por la ubicación del precepto en sede de capacidad para contraer, no fue capaz de ver que, aunque no se trataba realmente de una incapacidad, el legislador llevó la cuestión al artículo del CC en el que se regulaba la capacidad para contraer.

Se encontraba, por tanto, con los demás supuestos de incapacidad para contraer, aun no siendo uno de ellos. El legislador de 1981 fue el que se percató del error, y trasladó la regulación de la cuestión a donde siempre debió estar, en el ámbito de la tramitación del expediente matrimonial, en el campo de la comprobación *ad casum*, extrayéndola del marco de la capacidad para contraer.

Pese a lo anterior, las sorpresas de la doctrina continuaron, al constatar la inexistencia de referencia alguna al tema en sede de capacidad (arts. 46-47 CC, en la redacción de 1981), considerando todavía la aptitud mental *a priori* como tal requisito de capacidad.

En resumen, la discapacidad intelectual no es, *a priori* un defecto de capacidad, como lo son los demás, sencillamente porque si al tiempo de contraer el sujeto estuviere en condiciones de emitir consentimiento, la conclusión es claramente que el sujeto es capaz.

realmente importaba al legislador del CC, al igual que al de la Ley de Matrimonio civil de 1870, se refería necesariamente “al tiempo de contraer matrimonio”²⁴³. Esta referencia a un momento temporal determinado de la aptitud mental hace difícil el encuadramiento de dicha aptitud en el marco general de los requisitos de capacidad para contraer y, parece exigir su ubicación en otro lugar. DE CASTRO Y BRAVO parece poner en cuestión ese encuadramiento en el marco de la capacidad de la aptitud mental. Escribiendo para el art. 83.2 CC (redacción 1889), afirmaba textualmente:

“Se reconoce la exactitud de la regla en sí, pero se piensa hubiera debido agregarse otra que fijara el criterio legal para garantizar la existencia de la capacidad. . . .”²⁴⁴

Y es que cabría preguntarse: ¿tiene sentido la fijación por el legislador de un requisito de capacidad que no venga acompañado de la fijación del criterio para garantizar esa misma capacidad?

¿No llevaría lo anterior a pensar que no se estaría propiamente ante un requisito de capacidad en sentido propio, sino ante una circunstancia de distinta naturaleza que, no obstante, se ubicó entre aquellos?²⁴⁵

El criterio ha sido siempre el criterio de la legislación canónica, el de la Ley de Matrimonio civil de 1870, y el del CC. Los errores cometidos por el legislador no lo han sido de fondo sino de ubicación sistemática. No puede decirse lo mismo del enfoque de la mayor parte de la doctrina, para la que la reforma de 1981 había producido una revolución en la materia, habiendo dejado de considerar requisito de capacidad la salud mental, y llevándola al art. 56 CC. El mérito del legislador de 1981, por ello no fue tanto como se cree ya que simplemente, constató, que la ubicación del precepto relativo a esta cuestión estaba mal colocada y, lo trató de llevar, a su lugar adecuado en el CC, pero no cambió el planteamiento de fondo, puesto que éste era ya el acogido por el legislador de 1870 y 1889.

²⁴³ El criterio del legislador de 1889 era de gran interés desde distintos puntos de vista: de una parte, pone claramente de manifiesto que también para los redactores del CC, con anterioridad a textos internacionales como la DUDH, Convenio Europeo de 1950, y la propia CE, el derecho a contraer primaba sobre la consideración del matrimonio como relación jurídica, siguiendo la que había sido siempre la solución canónica de la cuestión, y que para DE CASTRO Y BRAVO, recogiendo a SÁNCHEZ- ROMÁN, distaba de merecer un juicio positivo: “si bien en pro de la eficacia de la doctrina de los intervalos lúcidos está la letra del Código, en contra debe considerarse que el matrimonio del que puede recaer en la locura es una “triste expectativa”, “opuesta a los fines y necesidades del matrimonio”, una sociedad conyugal creada en tan insubsistentes condiciones”, DE CASTRO Y BRAVO, F: *Derecho Civil*, cit., p. 321; de otra parte, quizá habría que concluir que en la actualidad los niveles de exigencia en cuanto a la aptitud para contraer de los discapacitados sean mayores que los que, se exigían al tiempo de la promulgación del CC, si nos atenemos a la distinta concepción del consentimiento matrimonial en aquel tiempo y en la actualidad. Y es que, si el consentimiento matrimonial requerido, también cuando contraiga un discapacitado, es aquél que el legislador establece en el párrafo primero del art. 45 CC, se concluye que el legislador de 1889 se refería o, dicho de otra forma, le bastaba con un consentimiento puramente formal, referido así al acto mismo de la celebración de las nupcias.

²⁴⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F: *Derecho Civil*, cit., p. 321.

²⁴⁵ Creo que el enfoque mayoritario en cuanto a la posición del legislador español de 1870 y 1889 respecto a la cuestión no es exacto. Y es que no se fijaba, como decía DE CASTRO Y BRAVO, un criterio legal para garantizar la existencia de la capacidad. Por ello, entiendo que esas referencias del legislador de 1870 y del de 1889, al “pleno ejercicio de su razón”, distan de ser decisivas para sostener

Tal vez por inercia legislativa se le enumeró entre los requisitos de capacidad²⁴⁶ que no presentan esa concreción o referencia a un momento determinado²⁴⁷.

el encuadramiento de la aptitud mental en el marco de la “capacidad-impedimento matrimoniales”. La admisión de la posibilidad de contraer en intervalo lúcido, incuestionable tanto en el marco de la Ley de 1870 como en el del CC (1889) prueban que lo que realmente importaba no era tanto el “pleno ejercicio de su razón”, sino la aptitud para emitir un consentimiento calificable como “matrimonial” en el momento mismo de contraerlo. Si esa aptitud se daba en el sujeto, por hallarse este en un “intervalo lúcido”, al tiempo mismo de la celebración, los criterios del “pleno ejercicio de su razón” no resultaban decisivos.

Con todo ello, un ejemplo de este parecer mayoritario, pero equivocado, es el de RUÍZ ALCARAZ, S: “El derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad: revisión del art. 56.2 del Código Civil a la luz de la Convención de las NNUU de 2006”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2019, pp. 3 y ss., quien con referencia a la Ley de Matrimonio Civil y al Código (1889) afirma que “ambos cuerpos legales incidían en la necesidad de una “plena sanidad de juicio” en el momento de contraer matrimonio y situaba la rebaja o disminución de las facultades mentales, en al menos uno de los contrayentes, en la categoría de “impedimento matrimonial” (p. 20) (la expresión “ plena sanidad de juicio” es mía).

Y es que, aun no existiendo esa “plena sanidad de juicio”, era posible contraer si el sujeto se hallaba en el denominado “intervalo lúcido”, situación que, difícilmente podría hacerse equivaler del todo al “pleno ejercicio de su razón”. De esta forma, “intervalo lúcido” y “pleno ejercicio de su razón”, no pueden considerarse categorías equivalentes, pero es cierto que, si el sujeto se hallaba en la primera de aquellas, ni el legislador de 1870, ni el de 1889, que siguió sus pasos, impedían la posibilidad de que el matrimonio se celebrase. De ahí que, podamos afirmar que, lo verdaderamente decisivo, antes y ahora, es la aptitud concreta para emitir un consentimiento al que haya de calificar como “matrimonial”, siendo esta, pues, la exigencia legislativa.

²⁴⁶ En cualquier caso, la idea errónea de encuadrar la regulación del 83.2 del CC en su redacción originaria, y configurarla como “incapacidad para contraer”, ha sido una idea común desde antaño. Una cosa era el lugar de ubicación de la norma, y otra distinta que, para el legislador de 1889, fuere aquella un supuesto de incapacidad análogo a los restantes. Se trataba así de una “incapacidad”, pero “subordinada” siempre de algún modo a que el sujeto no se hallare en un intervalo lúcido, puesto que en tal caso la incapacidad simplemente no existía. Ese error de ubicación de la norma trató de corregirlo el legislador de 1981, extrayendo el supuesto del marco normativo de la capacidad y llevándolo a donde realmente debía estar, en la fase de tramitación del expediente, es decir, en el de la comprobación *ad casum*.

²⁴⁷ Por ello, no comparto el parecer de quienes, escribiendo tras la reforma del CC por Ley 30/81, y refiriéndose a la legalidad anterior, califican las anomalías psíquicas “como un supuesto de incapacidad para contraer matrimonio, en el sentido de que sólo se permitía contraerlo al que estaba en el pleno ejercicio de su razón (art. 83.2 CC)”, así, PUIG FERRIOL, L: “Comentario al art. 56 del Código Civil”, en AA. VV: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia* (coord. por. M. AMORÓS GUARDIOLA), Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 254.

Podríamos decir que “es una incapacidad”, pero “no lo es como las demás”, y ello, aunque el legislador del CC (y con anterioridad el de la LMC de 1870) la incluyera entre las “incapacidades”, puesto que la necesidad de que esta vaya referida a un momento concreto, solo en el cual es decisiva, parece apartarlas de las demás, caracterizadas por un grado mayor de permanencia.

En línea similar a PUIG FERRIOL, L y DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Una relectura”, cit., pp. 466-467, quien se refiere, indistintamente, y con referencia a la redacción del CC anterior a 1981, a “cuestión de capacidad nupcial”, subrayando asimismo que la Ley 30/81 “eliminó, no obstante, dicho impedimento”.

En una muy reciente aportación, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Discapacidad y matrimonio”, *Tribuna*, (IDIBE), 2021, junio 9, mantiene este mismo punto de vista, entendiendo que, con anterioridad a la reforma de 1981, el Derecho español “contemplaba como una cuestión de capacidad nupcial la circunstancia de que quienes pretendieran contraer matrimonio tuvieran aptitud natural de entender y querer las consecuencias del acto que celebraban”, en referencia al originario art. 83.2 CC. En este campo, los términos “capacidad”, “impedimento”, estarían designando una realidad totalmente distinta de la que designan en otros ámbitos, siendo necesario reiterar que la inclusión en

En este sentido, no deja de resultar significativo que la reforma de 1981 ubicara ya el tratamiento de la cuestión en una sede distinta: la de la tramitación del expediente matrimonial, extrayéndola del marco normativo encuadrado bajo la denominación “De los requisitos del matrimonio” (arts. 44 y ss. CC.). ¿Qué alcance puede atribuirse a este cambio? ¿Hubiera resultado inadecuada la inclusión de una regla como la contenida en el párrafo 2º del art. 56 CC (redacción de 1981) en el propio art. 45 CC, en vez de llevarla a un marco tan diferente como el representado por la tramitación del expediente matrimonial?

La respuesta no puede ser otra sino la de tratarse de una capacidad comprobable *ad casum*. Es decir, presupuesta la capacidad general para contraer (dada la concurrencia en el sujeto de los requisitos de capacidad y ausencia de impedimentos de los arts. 46-47 CC), la aptitud mental (en ausencia de una sentencia de incapacitación, sentencia que aun existiendo tampoco podría privar al sujeto de la posibilidad de contraer en un intervalo de lucidez), se presume. Es este el marco en que entraba en juego el apartado 2º del art. 56 CC, comprobación *ad casum*, “si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas”, supuesto este en el cual “se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

Pero es necesario reparar en que el dictamen médico no se encamina realmente a detectar las “deficiencias” o “anomalías psíquicas”, no se centra en la “anomalía” en sí (lo que por lo demás, resulta totalmente lógico), sino a la conexión entre la anomalía y la posibilidad o no de emitir un consentimiento válido.

El tratamiento legislativo de la cuestión parece descender del plano general al plano concreto. Cuando alguno de los contrayentes está afectado por esas anomalías o deficiencias psíquicas, esa sola circunstancia, no hace decaer por sí, esa presunción acerca de la salud mental del sujeto. La exigencia del dictamen se encamina, por ello, a poner de relieve (en su caso) que esa aptitud mental existe, por lo menos referida al momento de la celebración. Es ese momento el que verdaderamente le importa al legislador.

El descenso del tratamiento de la cuestión del plano general al concreto, representado por la tramitación de un expediente matrimonial determinado, explicaría suficientemente ese apartado 2º del art. 56 CC en la redacción de la Ley 30/81.

4. A modo de conclusión

Esa conclusión no puede ser otra sino la de que el hilo conductor existente en esta materia desde la Ley de matrimonio civil de 1870 hasta la reforma del CC

el antiguo art. 83 CC de esta temática respondió más a inercia legislativa que a criterios estrictamente técnicos. El propio legislador de 1889, como antes el de 1870, era plenamente consciente de que no se trataba de una “incapacidad” como las demás.

por Ley 30/81, no es sino el propio del Derecho canónico. No hay legislación matrimonial civil a la que quepa remontarse con anterioridad a la ley a que acaba de hacerse referencia.

El preámbulo de aquella ley es la prueba más clara de que los principios inspiradores no cambiaron con la secularización de la legislación matrimonial en la segunda mitad del XIX.

Las deficiencias o anomalías psíquicas persistentes no constituían obstáculo para el matrimonio ni en la Ley de 1870, ni en la redacción originaria del CC. La exigencia del “pleno ejercicio de su razón” venía referida, tanto por la ley de 1870 como por, el art. 83. 2º del CC, únicamente, “al tiempo de contraer matrimonio”, careciendo de cualquier tipo de relevancia impeditiva en cualquier otro caso.

Incluso, resulta dudoso que, presupuesta la posibilidad de contraer en el curso de un “intervalo lúcido” (lo que resultaba claro tanto en el marco de la Ley de 1870, como en el del CC, en su redacción originaria), fuera posible sostener que “intervalo lúcido” y “pleno ejercicio de su razón” fueran totalmente coincidentes.

Así, la opinión, que considera que nuestro sistema no considera inhábiles sin más para contraer matrimonio a las personas con discapacidad, (con la que necesariamente hay que estar de acuerdo) no cabe referirlo únicamente a nuestro Derecho posterior a la reforma de 1981, sino también al vigente con anterioridad a aquella, ya que esa “inhabilidad” cedía siempre en el caso en que el contrayente se hallare en un momento de lucidez al tiempo de celebrarlo).

Ninguna duda existe, en lo relativo a que en nuestra legislación matrimonial civil subyace, como principio fundamental, la idea de considerar el matrimonio “más como un derecho a ejercitar que como una relación a constituir”²⁴⁸. Y este principio determinante del enfoque de la cuestión del matrimonio de los discapacitados, y característico de la legislación canónica, se seculariza en la Ley de 1870, y se recoge después por el CC en su redacción originaria y en las posteriores, llegando hasta la actualidad.

La incidencia de la CE, y en concreto de los arts. 10.1 y 32.1 CE constituyen el más sólido fundamento de lo que se acaba de decir.

VI. LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN MATRIMONIAL POR LEY 30/81. LA REDACCIÓN DEL ART. 56 CC

1. Consideraciones preliminares

²⁴⁸ En este sentido, ARECHEDERRA ARANZADI, L. I: “Comentario al art. 45”, en AA. VV: *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, (coord. por J. L. LACRUZ BERDEJO) 2ª edición, Cívitas, Madrid, 1996, p. 115.

No es necesario detenerse en consideración alguna acerca de la importancia de la reforma del CC por la Ley 30/81, en desarrollo del art. 32 de la CE, pero sí en la circunstancia que la acompañó, y que en muchos de sus aspectos explica su significado y alcance. Junto a esa necesidad ineludible de desarrollar el contenido del art. constitucional mencionado anteriormente, el propósito de sus redactores fue, además, el de modernizar la legislación matrimonial española desde una perspectiva estrictamente técnica, propósito que se plasma en casi todo su articulado, y, más en concreto en el art. 56 CC.

Es necesario no olvidar que las reformas del art. 56 CC posteriores a la redacción que le dio la Ley 30/81 (más concretamente, las de las Leyes 15/2015 y 4/2017), no solamente no han afectado a la *ratio* misma del precepto, sino que, en el fondo son tributarias de ese gran avance que supuso la redacción del precepto por la Ley de 1981²⁴⁹. Se ha de añadir a lo anterior que, desde una perspectiva de estricta técnica legislativa, no parece que ninguna de ellas merezca, en ningún caso, un juicio tan favorable como el que, aun transcurridos cuarenta años, sigue mereciendo la redacción de 1981.

Lo que se acaba de decir es predicable, aunque con diferencias, de ambas reformas. En cuanto a la de 2015, empeoró la redacción del precepto por cuanto, de una parte, la referencia a las “deficiencias mentales” e “intelectuales”, no venía a añadir nada provechoso a la hasta entonces vigente (“deficiencias o anomalías psíquicas”), e incluso empeoraba la locución; y de otra parte, la adición de las “deficiencias sensoriales”, desafortunada por completo, constituiría la base de las durísimas críticas que se formularon a la nueva redacción por parte de juristas y colectivos sociales, que motivaron la necesidad urgente de la emisión de la Circular de la DGRN (ahora DGSJPF) 23 de diciembre 2016, así como la nueva y apresurada reforma del precepto por el art único 2 de la Ley 4/2017.

Menos críticas merece, la segunda de las reformas, que ha dado al precepto su actual redacción. Dejando ahora al margen por no ser propia de este lugar el párrafo primero, cuyo texto sigue siendo casi literalmente el mismo de la reforma de 1981²⁵⁰, la redacción del párrafo segundo vigente en la actualidad

²⁴⁹ La conexión de la actual regulación de la cuestión con esas bases sentadas en la reforma de 1981 se pone de relieve en recientes aportaciones. No se alude a esa conexión y a esa fundamentación en las ideas básicas del art. 56 en su redacción de 1981, pero ello se desprende claramente: Así, escribiendo en 2021 sobre la cuestión, afirma DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “Por lo tanto, la “condición de salud” que obliga al Encargado del Registro Civil a recabar dictamen médico hay que referirla a las deficiencias de carácter psíquico o intelectual; y no a todas, sino exclusivamente a las que “de modo evidente, categórico y sustancial” puedan obstaculizar la prestación del consentimiento”, “El matrimonio: constitución”, cit., p. 49.

Las reformas producidas después en la materia que nos ocupa merecen un juicio más favorable que la de 1981, y, además, inciden sobre el marco diseñado por el legislador en aquella reforma.

²⁵⁰ Las diferencias, en relación, al párrafo primero, son insignificantes, y se limitan al añadido del acta, además de la mención del expediente, que era al que únicamente se refería el precepto en la redacción de 1981, así como a la referencia a los impedimentos, que se silenciaba en esa redacción, relativa únicamente a los “requisitos de capacidad” (que, generalmente considerados, no existe duda de que

presenta un carácter procedimental, y no de fondo: enumeración exhaustiva de los funcionarios encargados de la tramitación del acta o expediente; referencia a las Administraciones o entidades encargadas de la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad; referencia asimismo (un tanto dudosa), de un lado a apoyos humanos, técnicos y materiales y, de otro, a “medidas de apoyo”, con lo que se plantea la duda de si esta última referencia hay que entenderla, o no, hecha a los apoyos humanos, técnicos y materiales aludidos poco antes; ambigüedad del término “condición de salud”, al que se vincula un listado de adjetivos calificativos (de modo “evidente”, “categórico”, “sustancial”).

En definitiva, la base de ese segundo párrafo, a pesar de los cambios producidos en su redacción, sigue siendo fundamentalmente la misma que con adecuado enunciado (“deficiencias o anomalías psíquicas”), recogió el legislador de 1981.

2. Remisión a la tramitación registral

El avance técnico de la reforma de 1981 está conectado con el cambio sistemático en el articulado del CC del problema de la salud mental del contrayente o contrayentes.

Con todo, no estoy enteramente de acuerdo con el enfoque que, a ese cambio en la ubicación de la cuestión, se le fue dando por quienes escriben a poco entrar en vigor la reforma, así como, a quienes lo hacen más recientemente. Así, para ARECHEDERRA ARANZADI, el avance de la reforma del 81 debería observarse en la supresión del impedimento de discernimiento, y su remisión a la tramitación registral, con lo que “se establece una presunción favorable a la aptitud, coincidente con la necesidad de no restringir el ejercicio de un derecho fundamental”²⁵¹.

Se hable de “incapacidad”, o de “impedimento”, para referirse al tema de las relaciones entre “salud mental”, de un lado, y “matrimonio”, de otro, se trataría

comprenderían también los impedimentos). De otro lado, las diferencias de redacción de ese apartado primero del 56 CC entre, de un lado, la redacción de la de 2015 y la de la Ley de 2017, se limitan a la sustitución del inciso “requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos”, por el de “requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos”.

²⁵¹ ARECHEDERRA ARANZADI, L.I: “Comentario”, cit., p. 116. En el mismo sentido, y con referencia también a la reforma de 1981, este es el parecer de GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “Matrimonio”, cit., p. 64, para quien de la circunstancia de que la referencia a las personas con discapacidad mental o intelectual no se encuentre (a partir de la reforma de 1981) en las condiciones de acceso al matrimonio, sino en la tramitación del expediente matrimonial que acoge una regla procedimental especial, deduce la existencia de un cambio fundamental “en la configuración de la capacidad para contraer matrimonio, toda vez que solo la edad y el ligamen previo aparecen como “prohibiciones” o “incapacidades”, cuando antes se incluía también aquí la referencia a la discapacidad”; y, en la misma línea, SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., pp. 100-101.

En cuanto al empleo del término “fundamental”, en referencia al derecho a contraer matrimonio, doy por reproducidas las consideraciones hechas anteriormente. Se trata de un “derecho de los ciudadanos”, sin que su conexión con la DUDH pueda alterar esta calificación, que es la propia del legislador constitucional español.

de un tema de menor entidad, por cuanto cualquiera que sea la terminología que se adopte para el Derecho anterior a 1981, se llega, posiblemente, al mismo resultado. Así, para el legislador del CC no se estaba, ante un supuesto reconducible ni al ámbito de la incapacidad, ni al de los impedimentos. La referencia “al tiempo de contraer”, situaba el tema en un marco diferente al de los dos anteriores. En definitiva, la “salud mental” se incluyó en el art. 83 CC, pero más por inercia legislativa que por consideraciones técnicas. Lo que se quiere decir es que el legislador de 1889 fue consciente de que esa “incapacidad” o “impedimento” no era “como las/los demás” incapacidades o impedimentos, a pesar de incluirse entre ellas.

Y es que el punto de partida para el legislador de la época (1870, 1889) no era otro que el propio de la legislación eclesiástica, favorecedor, claro está, del derecho al matrimonio.

El avance de la reforma 1981 consistió, de un lado, en la inclusión de esa referencia técnica (“deficiencias o anomalías psíquicas), frente a la mucho más anacrónica (“pleno ejercicio de su razón”) de la redacción originaria; y, de otro, la ubicación de la cuestión de la salud mental del contrayente en sede de tramitación registral²⁵², y, por tanto, fuera ya del marco de la capacidad y de los impedimentos matrimoniales, en el que no encontraba adecuado encaje.

Es necesario insistir en que, cuando se hace referencia a “fuera ya del marco de la capacidad”, no se quiere decir que la salud mental del contrayente no afecte a su capacidad para contraer, sino a la circunstancia de que, aun afectando a la capacidad, su propia singularidad (en cuanto necesariamente referida *ad casum*), hacía necesario sacarla de marco normativo referido a la capacidad, y (sin dejar de considerarla como una cuestión de capacidad) situarla en aquél otro que contempla la tramitación del expediente de un “concreto” proyectado matrimonio. Esta ubicación, parece ya encajar del todo con ese carácter de comprobación *ad casum*, concreta y determinada, propia de la cuestión de que se trata.

El no atender a lo anterior, podría explicar esa postura de algún sector de la doctrina relativa al encuadramiento de la salud mental del contrayente tras la reforma del CC de 1981.

²⁵² En sede de tramitación registral, y, más concretamente, en la fase temporal de tramitación del expediente matrimonial. Es en ese lapso en el que procederá la comprobación de esa capacidad. Más dudoso resulta, sin embargo, aunque sería más conveniente, que esa comprobación se situara, además, “en el momento de celebración del matrimonio y, también con posterioridad a dicha celebración, en el momento de la práctica de la inscripción en el Registro Civil”, SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p. 94. No puede concebirse, de un lado, cómo sería posible llevar a cabo esa comprobación en el mismo momento en que el matrimonio se esté celebrando, y, de otro, el extender asimismo esa comprobación “al momento de la práctica de la inscripción en el Registro”, lo que supondría negar toda virtualidad a la fase previa de tramitación del expediente.

“Sin embargo, la previsión del párrafo segundo (del art. 56 CC), afirma RUIZ ALCARAZ, siguiendo a GARCÍA CANTERO, es algo más que un requisito de forma. Afecta directamente a la aptitud para consentir, de modo que hubiera sido más coherente que se insertase en el apartado relativo a los requisitos del matrimonio, como propone GARCÍA CANTERO. De hecho, el art. 56 se relaciona de manera clara con el art. 45.”²⁵³

Y es que ese cambio de ubicación de la norma no significa que se ponga en duda su relación con la aptitud, sino que tiene que ver con la circunstancia de que, aun siendo un requisito del matrimonio, no lo es como los demás, por exigir una comprobación individualizada, *uti singuli*, que lo alejan de los restantes requisitos. Por tanto, presupuesta la necesidad de esa comprobación *ad casum*, ningún emplazamiento es más adecuado que el propio de la tramitación del expediente matrimonial, referido este por su misma naturaleza, a un proyecto de matrimonio concreto y determinado.

Es claro que, una cosa es el tiempo en el que el expediente se tramita, otro distinto del anterior, aquél en el que el matrimonio se celebre, y otro finalmente, aquél en el que la unión matrimonial se inscriba en el RC. Ninguna duda cabe en cuanto a la posibilidad de que esa aptitud para la prestación del consentimiento, cuya concurrencia se comprobó en fase de tramitación del expediente, no exista sin embargo al tiempo de la celebración. En tal caso, quedará abierta la puerta a la prueba de que, pese al resultado que derivó de la tramitación del expediente, tal aptitud no existía en el momento decisivo de la emisión del consentimiento ante el funcionario autorizante.

Sin duda alguna, este cambio de ubicación respondía a razones técnicas, de las que el legislador de 1981 fue claramente consciente y es que, como se he tratado de argumentar, aun siendo una cuestión de capacidad, su inclusión en el marco del régimen de la capacidad e impedimentos no resultaba adecuada.

En consecuencia, creo que el verdadero alcance de esa reforma de 1981, aun siendo importante, no debe ir más allá de un propósito técnico de reducir la cuestión a esa doble vertiente mencionada anteriormente. El favorecimiento del derecho al matrimonio era ya una constante en la legislación civil española, apoyada en el *substratum* propio del Derecho canónico. No creo, por tanto, que en 1981 el paso fuera esa presunción favorable a la aptitud, considerándola inexistente hasta entonces, sino que el propósito fue más limitado, constatándose que, tratándose de una incapacidad *ad casum*, cuya comprobación necesariamente ha de venir asimismo referida al caso concreto, lo procedente era hacer referencia a ella en sede de expediente matrimonial, y con ocasión de la tramitación de aquél. Es, pues, la naturaleza misma de esa incapacidad, distinta de las demás, la que exigía que el legislador se refiriese a ella en un lugar distinto y diferenciado de aquél otro en el que se recogen las demás

²⁵³ RUIZ ALCARAZ, S: “El derecho”, cit., p. 26.

incapacidades, impedimentos, y, en definitiva, obstáculos a la celebración del matrimonio.

Por lo anterior, aunque el propósito resultase lógico, llevaría el asombro de algún sector de la doctrina.²⁵⁴

Esas incapacidades, e impedimentos, presentan una permanencia que contrasta con la que nos ocupa. Por lo que se refiere a esta última, por muy severa que sea, la obstaculización del matrimonio habrá de ser siempre resultado, como se ha dicho, de una comprobación *ad casum*, comprobación del caso concreto, capacidad referida a un momento exacto y decisivo. Si en tal momento, el sujeto presenta lucidez mental, la vía del matrimonio está abierta. Si no la presenta, en ese momento concreto, esa vía queda cerrada. No importa, por tanto, ni lo anterior, ni lo posterior, sino el momento mismo de contraer.

Esta importantísima circunstancia, y no otra, era la recogida en la Ley de Matrimonio civil de 1870, en el CC en su redacción originaria, en la de 1981, y en las posteriores de 2015 y 2017 (vigente en la actualidad).

Escribiendo para la reforma de 1981, afirmaba GARCÍA CANTERO:

“En el párrafo 2º (del art. 56 CC) parece contemplarse el caso del matrimonio celebrado en un momento de lucidez por persona habitualmente aquejada de deficiencias o anomalías psíquicas”²⁵⁵.

¿Qué sentido tenía entonces mantener esa incapacidad entre las demás si presentaba tan sustanciales diferencias? El planteamiento del legislador de 1981 fue la de llevarla “de lo general” (elenco de los arts. 46-47 CC) a “lo concreto” (la tramitación del expediente matrimonial, que ya no es general sino, “concreto”, en cuanto referido a un matrimonio determinado)²⁵⁶.

Se llevó, así, aquella incapacidad al terreno de “lo concreto”, por lo asimismo “concreto” del momento en el que apreciar la existencia o inexistencia de tal incapacidad (“al tiempo de”)²⁵⁷.

²⁵⁴ Así, GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al art. 56”, en AA. VV: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), T. II, arts. 42 a 107 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1982, p.128, que califica de absolutamente criticable la colocación sistemática de esta norma, “pues no sabemos si se trata de un mero requisito de celebración matrimonial o si presupone nada menos que un requisito de capacidad matrimonial.

²⁵⁵ GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al art. 56”, cit., p. 128.

²⁵⁶ PUIG FERRIOL, L, uno de los primeros comentaristas de aquella reforma, se refería al art. 56.2 CC, como “especificación” del 56.1 CC, con lo que se concluye en el distinto carácter de las incapacidades a las que se remitía el párrafo primero, respecto de la singularidad de la contemplada en el segundo, “Comentario”, cit., p. 254.

²⁵⁷ “En el párrafo 2º parece contemplarse el caso del matrimonio celebrado en un momento de lucidez por persona habitualmente aquejada de deficiencias o anomalías psíquicas”, GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al art. 56”, cit., p. 128.

Junto a lo anterior, la otra aportación de la reforma fue la sustitución de la expresión no estar “en el pleno ejercicio de su razón” (del art. 83.2 CC) por la de “deficiencias o anomalías psíquicas”, más adecuada a un cambio legislativo producido en la segunda mitad del pasado siglo.

En este sentido, la importancia de la reforma de 1981 hay que observarla también, en la utilización de una terminología que, a pesar del largo periodo transcurrido, conserva utilidad actualmente. Y ello con independencia de que las ciencias médicas presenten terminologías diferenciadas que siempre podrán reconducirse a las que empleó el legislador del 81 y que tampoco mejoran²⁵⁸ aquella previa redacción. Refiriéndose a aquella, escribía uno de sus primeros comentaristas:

“Comprende tanto a la persona que tiene perturbadas o trastornadas sus facultades mentales, ya sea por una causa congénita o adquirida con posterioridad, hasta el punto de no ser consciente de la naturaleza de sus actos (la persona que estuviera afectada por “anomalías psíquicas” en lenguaje del nuevo art. 56.2 CC); como el tradicional imbécil o desmemoriado, que en la terminología actual se denomina deficiente mental o subnormal, para referirse al sujeto incapaz de adaptarse a su ambiente en razón a su limitada inteligencia (persona afectada por “deficiencias psíquicas”). A todos ellos se les aplican las prevenciones del precepto de referencia”²⁵⁹.

El parecer según el cual “no cabe distinguir entre los casos de deficiencias o anomalías transitorias, debidas a causas pasajeras, de los originados por causas duraderas o permanentes”²⁶⁰, será un criterio plenamente vigente en la actualidad.

3. Conclusión

Si hubiera de formularse un parecer general sobre el tratamiento de la cuestión en el CC tras la reforma de 1981, debería ser positivo. De un lado, por el avance que supuso la terminología empleada en el art. 56 CC en la redacción que le dio aquella reforma, y de otro, por el acierto que implicó el “extraer” el problema del marco de la capacidad para contraer y llevarlo al lugar adecuado (el de la tramitación del expediente matrimonial) congruente con la necesidad de su apreciación “ad casum”.

²⁵⁸ De “deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales” hablaría la reforma de 2015; y de “condición de salud” la norma actualmente vigente. En cuanto a la redacción de la norma de 2015, no parece acertada, puesto que la referencia a deficiencias “mentales, intelectuales” se ofrece redundante. ¿Acaso las deficiencias “mentales” no son asimismo “intelectuales”? De otra parte, y en lo relativo a las deficiencias “sensoriales” ¿afectan estas a la capacidad para consentir? ¿es adecuado incluirlas en el elenco?

Y, situados ya en el texto actualmente vigente, la referencia a la “condición de salud” es vaga, imprecisa, y por ello no merece ningún juicio favorable.

²⁵⁹ PUIG FERRIOL, L: “Comentario”, cit., pp. 254-255.

²⁶⁰ GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al art 56”, cit., p. 128.

Junto a lo anterior, la posición del legislador aun, sin producirse cambio alguno respecto al fondo, se formula con criterios más técnicos (exigencia del dictamen médico, referido éste a “la aptitud para prestar el consentimiento”), y esta nueva formulación hace desaparecer la antigua cuestión de los “intervalos lúcidos”. No es que el “intervalo lúcido” desaparezca propiamente, sino que su enfoque y su análisis pasan a encuadrarse en un marco más técnico y especializado, el del dictamen médico. A ese dictamen corresponderá determinar si, al tiempo de la celebración del matrimonio (único que importa), el contrayente tenía aptitud necesaria para consentir.

En consecuencia, durante el largo periodo comprendido entre la reforma de 1981 y la de 2017, la interpretación del párrafo segundo del art. 56 CC habría de venir unida a la de la doctrina emanada de la DGRN (ahora DGSJPF), con ocasión de la resolución de los recursos interpuestos contra los autos de los jueces encargados del RC, denegatorios de la celebración del matrimonio²⁶¹.

No cambió en la reforma de 1981 el principio fundamental de atender única y exclusivamente al momento de la celebración del matrimonio. Era importante desde la Ley de Matrimonio civil, y seguiría importando tras la reforma de 1981 esa plenitud mental del contrayente al tiempo de la celebración. Lo anterior y lo posterior a ese momento carecerán *per se* de capacidad invalidante²⁶².

En ese marco del art. 56.2 CC (redacción de 1981), la impugnación de la validez del matrimonio será posible, con o sin dictamen médico, siempre que se pruebe la falta de capacidad natural para celebrarlo en ese momento. Y si se probare que esa capacidad natural concurrió (llámese “intervalo lúcido”, o “aptitud para prestar” ese consentimiento en el momento referido), la validez de la unión sería incuestionable en modo alguno.

Podemos decir que legislador de 1981 no alteró el tratamiento de fondo del problema, sino el encuadramiento técnico del mismo.

²⁶¹ En el sentido expuesto, con amplia recogida de Resoluciones de la DGRN comprendidas entre los años 1993 y 2013, SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p.92. “Dicha doctrina, añade (la emanada de la DGRN) ha sido proclive desde los años noventa hasta nuestros días, a admitir que el contrayente incapacitado judicialmente, afectado por anomalías o deficiencias psíquicas, pueda contraer matrimonio si recae en el expediente previo el oportuno dictamen médico y, a la vista de él, el Encargado se “cerciora de la inexistencia de ese obstáculo legal en la audiencia personal, reservada y por separado”.

Aunque la referencia de la autora se realice al contrayente incapacitado judicialmente, ninguna duda hay en cuanto a que la situación no cambiaría aun tratándose de un contrayente no incapacitado respecto del cual el Encargado del RC apreciase una apariencia de deficiencia o anomalía psíquica, supuesto este, en el que al igual que en el anterior, procedería exigir el correspondiente dictamen médico.

²⁶² Por ello resulta superflua la consideración de SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Si constatada la capacidad inicialmente, la enfermedad se diagnostica después de celebrado el matrimonio, no habría inconveniente en mantener su validez siempre que, en su caso, se pruebe que cuando se emitió dicho consentimiento dicha capacidad existía”, “Matrimonio”, cit., p. 94.

VII. El ART. 56. 2 CC EN LA REDACCIÓN POR LEY 4/2017

1. Consideraciones preliminares

La necesidad de centrar nuestra atención en el Derecho vigente, respecto a la materia objeto del presente capítulo, justifica desplazar aquí el tratamiento de alguna/s cuestión/es a las que cabría también haberse referido con anterioridad.

Me refiero, concretamente, al dictamen médico introducido en el apartado segundo del art. 56 CC por la Ley 30/81, y mantenido en la redacción vigente de 2017.

El inciso final de una y otra redacción es casi literalmente coincidente (“se exigirá dictamen médico” (redacción de 1981); “se recabará dictamen médico” (redacción vigente). Es evidente que esas diferencias de locución son intrascendentes. Presupuestas las circunstancias requeridas, la exigencia del dictamen no implica variación alguna. Lo que ha cambiado es el supuesto fáctico al cual se vincula la necesidad de “recabar” ese dictamen, planteamiento menos amplio en la redacción de 2017 que en la de 1981. Lo que ha hecho el legislador es reducir el supuesto de hecho al que se conecta la necesidad de “recabar” ese dictamen, dictamen que aparece ahora con un carácter excepcional, que el propio legislador no trata de ocultar (“Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare.”).

Es decir que, lo relativo al dictamen médico, su naturaleza y alcance, así como la incidencia que su emisión pueda tener sobre la decisión final del funcionario encargado de la tramitación del acta o expediente para la autorización, o denegación, de la celebración del matrimonio (carácter vinculante, o no, del dictamen) ha de venir referido ya a la norma vigente, sin ignorar el valor de la jurisprudencia (del TS y de la DGRN (ahora DGSJFP) recaída, así como de las aportaciones de la doctrina, anteriores en el tiempo a la reforma de 2017.

2. Funcionarios a quienes corresponda la tramitación del acta o expediente.

El párrafo segundo del art. 56 CC comienza con una enumeración de los funcionarios ante los que cabe tramitar el acta o expediente previo al matrimonio. La enumeración aparece como simple transcripción de lo dispuesto en el apartado 1 del art. 51 CC, en la redacción dada por la Ley 15/2015, 2 de julio, en los siguientes términos:

“La competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer el matrimonio corresponderá al secretario judicial, Notario²⁶³ o Encargado del

²⁶³ Es importante tener en cuenta que como consecuencia de la completa entrada en vigor de la Ley del RC desde el 30 de abril 2021, y al amparo de lo dispuesto en los artículos 51 (en su redacción por

Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero”

La enumeración, coincide literalmente con la que se acaba de transcribir, sin más modificación que la impuesta por el cambio de denominación del cuerpo de secretarios judiciales, en la actualidad Letrados de la Administración de Justicia. En cuanto a los anteriores, se les atribuye la competencia para la tramitación del acta o expediente, correspondiéndoles, asimismo, la adopción, en su caso, de las medidas específicas a que se hace referencia a continuación.

Existe, sin embargo, una diferencia textual entre el art. 51.1 CC y el 56. 1 CC, en cuanto no delimitan de manera literalmente coincidente sus respectivos ámbitos de aplicación. Claro es que esos ámbitos coinciden, aunque textualmente no lo parezca: mientras que en el art. 51. 1 CC el legislador alude a “requisitos de capacidad”, “inexistencia de impedimentos o su dispensa”, o “cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio”, en el apartado primero del art. 56 CC la referencia textual se hace únicamente a “los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código”.

Así, mientras en el 51.1 CC se habla de “capacidad”, “inexistencia de impedimentos”, y, además, de “cualquier género de obstáculo para contraer el matrimonio”, esta última referencia no se encuentra en el apartado primero del art. 56 CC, que limita su enumeración a “requisitos de capacidad” o “inexistencia de impedimentos”.

Es verdad que no existe problema alguno de coordinación entre ambos preceptos, por cuanto la omisión del 56.1 CC hay que entenderla salvada gracias

la Ley 15/2015, y 56.2 (en su redacción por la Ley 4/2017), ambos del CC, los Notarios pueden llevar a cabo el control de capacidad de los contrayentes, tramitando actas de documentación del expediente y de autorización del matrimonio conforme a lo previsto por la Instrucción 3 junio 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre la autorización del procedimiento del matrimonio ante Notario, salvo que exista sentencia de modificación judicial de la capacidad o resolución judicial que acuerde medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, en cuyo caso, la tramitación corresponde al Encargado del Registro Civil (apartado 4 de la Instrucción). Sobre el tema, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Discapacidad”, cit.

No hay que olvidar de una parte, que tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, no cabrán ya sentencias modificativas de la capacidad, aunque las dictadas hasta entonces desplegarán efectos; y, de otra parte, que de conformidad con lo dispuesto en las Disposiciones transitorias quinta y sexta de la citada Ley 8/2021, relativas a la Revisión de las medidas ya acordadas (DT quinta) y a los Procesos en tramitación (DT sexta), toda la legalidad anterior en la materia deberá ajustarse a la nueva, teniendo en cuenta que “Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior (la de revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta), la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años” (DT quinta, párrafo segundo).

En cualquier caso, y a pesar de lo anterior, todavía será largo el periodo de tiempo, y muchas las situaciones concretas que aun deberán ser contempladas al amparo de la legalidad vigente, y cuya modificación sustancial lleva a cabo la Ley 8/2021.

al inciso “de acuerdo con lo previsto en este Código” (que comprendería, asimismo, la competencia para detectar en el curso de la tramitación del expediente “cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio”). En este sentido el art. 56.1 CC, en ningún caso, podría ser interpretarlo como limitativo del ámbito competencial descrito para los funcionarios a los que hace referencia el art.51.1 CC.

Esa diferencia de redacción parece ser consecuencia de las prisas y urgencias que caracterizaron a la reforma del art. 56 CC, y, a la necesidad de hacer desaparecer cuanto antes de su texto unas referencias que colisionaban frontalmente con la CDPD.

A pesar de ello, desde un punto de vista técnico la fórmula del art. 51.1 CC parece más correcta que la del art. 56.1 CC, y es que, el tema de la discapacidad intelectual no lo es propiamente de “capacidad”, es decir, no se recoge en el artículo que el CC dedica a aquella (art. 46 CC). De otra parte, ya el legislador de 1981, con acertado criterio, lo extrajo del marco de la capacidad matrimonial, en el que venía enumerado, (con poco convencimiento por el legislador precedente) y lo llevó al lugar que realmente le correspondía (el de la tramitación del expediente matrimonial). Tampoco sería adecuado introducirlo en los impedimentos (art. 47 CC), por cuanto afecta al matrimonio del sujeto con cualquier persona, y no con personas determinadas. En consecuencia, su inclusión en el marco de “cualquier género de obstáculos para contraer” resulta la solución más acertada. Así, no es reconducible a la capacidad ni tampoco al marco de los impedimentos, pero sí puede ser obstáculo para contraer.

3. Referencia a “las personas con discapacidad” del párrafo segundo art. 56 CC

En mi opinión, fue un acierto en la reforma la utilización de ese vocablo general (“personas con discapacidad”), recogido posteriormente en Ley 8/2021, 2 de junio.

No comparto el punto de vista de quienes apuntan a que el legislador pensara, al redactar este inciso, en las personas que sufren discapacidades de tipo sensorial o físico, como invidentes o sordos cuya capacidad volitiva y cognitiva respecto al matrimonio no plantea duda²⁶⁴, circunstancia que, en su caso, hubiera debido especificar²⁶⁵.

Opino todo lo contrario, es decir que el acierto de esa falta de especificación hay que observarlo en la formulación de una regla general que, precisamente por ese carácter, será de aplicación en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de discapacidades de tipo sensorial o físico, precisen ,sin embargo,

²⁶⁴ Lo que de alguna manera conectaría con la referencia a quienes sufren “deficiencias sensoriales”, empleada por el legislador de 2015.

²⁶⁵ Parecer este, que no comparto, de SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., pp. 104-105.

de tales apoyos; apoyos que, al contrario, no deberán entrar en juego o aplicarse cuando, aun concurriendo tales discapacidades, no haya problema alguno en cuanto a la emisión, interpretación y recepción del consentimiento.

No hay, pues, *a priori*, ni inclusiones, ni exclusiones. En unos casos, esas deficiencias (a las que el legislador de 2015 cometió el error de referirse con carácter general), no requerirán medidas de apoyo, mientras que en otros (aún, tratándose de deficiencias de esa misma naturaleza), esos apoyos resultarán necesarios.

La mejor forma de asegurar la aplicabilidad y el juego de las medidas de apoyo es la de alejarse de enumeraciones (como la de deficiencias “mentales, intelectuales o sensoriales”), que son un terreno peligroso en cuanto, en unos casos, la persona afectada por ellas precisará de apoyos, mientras que, en otros, tales apoyos no serán necesarios²⁶⁶.

4. Referencia a “Cuando sea necesario, podrá recabar de”

La redacción es confusa: “cuando sea necesario, podrá recabar.” ¿podrá, o, deberá? Parece existir una contradicción, entre el “podrá” (que presenta un carácter facultativo) y lo que se dice después, de lo que parece deducirse “deberá”. Lo que se quiere decir es que no siempre será necesario “recabar” la provisión de esos apoyos. Lo será en unos casos y no en otros. Cuando la discapacidad, a primera vista, no sea obstáculo alguno para la prestación del consentimiento, no será necesario “recabar” esos apoyos; en otros, cabrá recabarlos. En los casos dudosos, jugará el “podrá”; finalmente, en otros, parece que el “podrá” será más bien un “deberá”, casos a los que se alude en el inciso final, “pese a las medidas de apoyo”, luego presupone que se recabaron esas

²⁶⁶ En este sentido, el planteamiento de SÁNCHEZ GÓMEZ me parece del todo contradictorio, por una parte se refiere a la posibilidad de que el legislador de 2017, al redactar este inciso primero, estuviere pensando “en las personas que sufren discapacidades de tipo sensorial o físico, como invidentes o sordos cuya capacidad volitiva y cognitiva respecto al matrimonio no plantea ninguna duda, pero que ha cometido el error de no especificarlo como hubiera sido deseable”, con lo que viene a afirmar que lo más acertado hubiera sido que expresamente se les hubiera dejado fuera del ámbito de aplicación de la norma, corrigiendo así el error del legislador de 2015. Por otra, se añade: “Es obvio que en determinados casos precisarán apoyos necesarios y suficientes para la emisión, interpretación y recepción del consentimiento, esto es, para la exteriorización de la voluntad matrimonial que ya está formada y en tal sentido es libre y voluntaria”, SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p.105.

Ante esta situación, ¿no resulta más acertada la opción de evitar especificaciones, que en unos casos conducirán a la necesidad de apoyos, y no lo harán en otros? En otro caso, la formulación de la regla sería complicada en cuanto esa mayor precisión exigiría, de un lado, referirse a que las discapacidades de tipo “sensorial” por “físico” no afectan, de ninguna forma, a la posibilidad de contraer matrimonio y de otro lado, dejar asimismo a salvo la posibilidad de que, pese a esa regla general, esas medidas de apoyo (en determinados casos) deberán recabarse asimismo respecto de personas que, padeciendo asimismo discapacidades de esa misma naturaleza, precisen de las mismas.

medidas, y si, aun después de emplearse, se detecta que no es posible esa emisión, interpretación o recepción, el “podrá” deja paso al “deberá”²⁶⁷.

5. Los apoyos

A) La provisión de apoyos

El término “apoyos” presenta una importancia decisiva en el conjunto del párrafo segundo del art. 56 del CC, claramente confirmada por el texto de la Ley 8/2021: “El Título XI del Libro Primero del Código Civil”, afirma con rotundidad el apartado III del Preámbulo, se redacta de nuevo y pasa a rubricarse “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

No se trata de un cambio de denominación, sino de un cambio más profundo, el de convertir la idea misma de “apoyo” en el “centro del nuevo sistema, apoyo a la persona que lo precise”, “apoyo” que el propio legislador concibe como un término amplio, comprensivo de “todo tipo de actuaciones, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad”. Todas estas “medidas de apoyo” se establecerán siempre conforme a los principios de “necesidad y proporcionalidad” de aquellas.

Este planteamiento general del legislador en lo referente a las medidas de apoyo no puede olvidar la especificidad del negocio jurídico matrimonial. En este sentido, la Ley 8/2021, por su carácter general, incide de alguna forma sobre aquél, pero partiendo de esa misma especificidad, especificidad cuyo régimen jurídico “específico” es el contenido en ese apartado segundo del art. 56 CC, y en los concordantes de la legislación matrimonial.

Desde esta perspectiva, la proyección sobre el negocio matrimonial de alguna/s de esas actuaciones a las que se refiere el preámbulo de la ley, no solo carecerían de sentido, sino que incluso resultarían contrarias a la libertad misma del contrayente/s en cuanto a su misma decisión de celebrarlo (así, por ejemplo, el consejo, aunque diferenciando entre el amistoso y aquél otro, que pretenda determinar la voluntad del discapacitado en un sentido concreto), dado el carácter rigurosamente personalísimo del negocio matrimonial. En este caso ¿qué sentido tiene referirse a “la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad”?

Podemos decir que, tratándose de medidas de apoyo a personas en situación de discapacidad que pretendan contraer matrimonio, el carácter, de esas mismas medidas, su naturaleza y alcance, habrá de llevarse a cabo teniendo en cuenta la naturaleza y caracteres del negocio matrimonial (así, ninguna duda cabe acerca

²⁶⁷ Señalando, acertadamente, la escasa precisión legislativa por cuanto a esa provisión de apoyos se refiere, SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p. 105.

de la conveniencia, en su caso, del empleo de ayudas técnicas en la comunicación de declaraciones de voluntad o del acompañamiento amistoso al acto de la celebración). Tratándose de un acto personalísimo, la opinión negativa debe prevalecer no solamente respecto a “medidas de apoyo” incompatibles con ese carácter personalísimo (como la toma de decisiones delegadas por la persona en situación de discapacidad), sino también, respecto de cualquier otra que pueda suponer influencia alguna en la decisión de contraer²⁶⁸.

En cuanto a los apoyos, el contenido de los arts. 249 y ss. del CC resulta decisivo. “Las (medidas) de apoyo de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate²⁶⁹” (art. 249, párrafo primero CC). “Las personas que presten apoyo, añade el párrafo segundo, deberán actuar atendiendo a la voluntad deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias”²⁷⁰.

No se aprecia falta de coordinación entre, de una parte, el párrafo segundo del art. 56 CC, y, de otra, la regulación que en materia de “medidas de apoyo” se contiene en la Ley 8/2021. La referencia a los apoyos “humanos, técnicos y materiales” del art. 56.2 CC tiene adecuado encaje en la reglamentación específica que, en materia de “medidas de apoyo” se contiene en la ley, más amplia y que en consecuencia prevalecerá sobre lo dispuesto en el CC. La relación, pues, entre el 56.2 CC y lo dispuesto en la Ley 8/2021, parece entenderse como “de remisión” de aquél a la regulación que de las “medidas de apoyo” se contempla en esta última, sin más excepción que las “especificidades” exigidas por la propia naturaleza y caracteres del negocio matrimonial, que excluyen aquellas otras aplicables en otros marcos normativos.

La referencia legislativa es más precisa respecto de las entidades a las que corresponde la provisión de apoyos (“Administraciones o entidades de

²⁶⁸ La ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, por su generalidad e imprecisión, no será aplicable al matrimonio, concretándose en la necesaria accesibilidad a los edificios y sedes judiciales de las personas con discapacidad.

²⁶⁹ Por su parte, el apartado tercero del art. 250 CC trata de llevar a cabo, una definición de qué es lo que haya de entenderse por “medidas de apoyo de naturaleza voluntaria”, afirmando que son “las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quien debe prestarle apoyo y con qué alcance”. Mas interés presenta la precisión adicional en el sentido de que “Cualquier medida de apoyo voluntario podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona”.

²⁷⁰ El art. 250, párrafo primero CC, establece que “Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial”. La indiscutible primacía de las medidas voluntarias se proclama en propio preámbulo que dispone que “Siguiendo los precedentes de otros ordenamientos a la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad”.

iniciativa social de promoción y protección de las personas con discapacidad”), que en cuanto a la enumeración de aquellos. “El artículo, como señala SÁNCHEZ GÓMEZ no especifica cuáles van a ser dichos apoyos. Tan solo expresa de una manera general que serán “humanos, técnicos y materiales”, de lo que deduce que la referencia legislativa deberá ser objeto de una interpretación amplia²⁷¹. Con todo ello, la exigencia de una mayor concreción puede que no sea acertada, ya que un listado exhaustivo de dichos medios de apoyo, a modo de “*numerus clausus*” de un lado, podría quedar obsoleto por el simple transcurso del tiempo y de otro, podría plantear la cuestión sobre la posibilidad de emplear algún medio de apoyo que, aparecido posteriormente, no estuviere, en consecuencia, incluido en ese listado oficial²⁷².

Considero acertada esa referencia genérica a los apoyos (“humanos, técnicos y materiales”) ya que su amplitud, permite dar entrada, por tanto, no únicamente a los actualmente existentes²⁷³, sino también, a los técnicos o materiales que pudieran surgir en el futuro como consecuencia de avances científicos o tecnológicos. En consecuencia, la novedad del enunciado hay que observarla más en la referencia a los (apoyos) “técnicos” y “materiales”, que a los “humanos” o personales, porque la propia naturaleza de las cosas parece entender que el recurso a los primeros (los “humanos” o personales) se ha ido empleando desde antes desde reforma, y casi, desde siempre.

En cualquier caso, este punto de vista favorable a una concepción amplia de los “apoyos” ha encontrado plena confirmación en el articulado 250 CC²⁷⁴, y en el preámbulo de la Ley 8/2021.

²⁷¹ SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p. 105.

²⁷² Afirma acertadamente HERAS HERNÁNDEZ, M. DEL. M: “Igualdad jurídica”, cit., p. 231: “Se articula un modelo de apoyos amplio que comprende: “apoyos humanos, técnicos y materiales”. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de contrayentes sordomudos que requieran de un intérprete de signos para dar a conocer su decisión de contraer matrimonio (apoyo humano) o en personas con dificultades para expresarse o comunicarse que requieran de mecanismos técnicos o tecnológicos, como medios de voz digitalizados (apoyos técnicos) para dejar constancia de su voluntad matrimonial. Se considerará apoyo material, por ejemplo, la utilización de la escritura Braille”.

²⁷³ En este sentido, hay que coincidir con el parecer de SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p. 105, quien, con referencia a los apoyos señala que resulta del todo obvio que las personas que presenten deficiencias sensoriales o físicas y pretendan contraer matrimonio “han utilizado y seguirán utilizando medios para exteriorizar su voluntad matrimonial cuando su deficiencia lo impida. Será determinante, aunque no lo menciona el precepto, el apoyo que les puedan brindar las personas que las acompañan de manera habitual y que por su cercanía (familiares, amigos, guardadores de hecho o, en su caso, curador) mejor se comunican con ellos y los entienden, sin perjuicio de otros más específicos que en su caso puedan necesitar, que son a los que parece referirse el legislador de manera poco afortunada”

²⁷⁴ El precepto, tras distinguir entre medidas de apoyo voluntarias y las que no lo son, se refiere a las primeras como “las establecidas por la persona con discapacidad en las que designa quien debe prestarle apoyo y con qué alcance”. La amplitud con la que el legislador concibe las “medidas de apoyo” se deduce con claridad de lo que sigue:

“Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad deseos y preferencias de la persona”.

En lo relativo a quién debe facilitar, en su caso, esos apoyos, tal como se señaló anteriormente, la norma es más concreta, al referirse a “las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad”. La referencia del legislador no se entiende limitada a entidades públicas, como se desprende de su tenor literal y así, junto a las Administraciones o entidades públicas, también se incluyen otras que, aun no siendo públicas, cuentan entre sus fines con la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad.

En cualquier caso, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el planteamiento al que hay que estar en lo relativo a la facilitación de los “apoyos” es al contemplado en aquella, es decir la primacía absoluta de la voluntad de la persona de que se trate, y, por consiguiente, de la de las medidas de apoyo establecidas por la persona con discapacidad, así como, la procedencia de las de origen legal o judicial únicamente “en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate” (arts. 249-250 CC, en su nueva redacción)²⁷⁵.

Por su parte, y respecto a la idea de “apoyo”, el apartado III del preámbulo de la Ley 8/2021 se refiere a ella como “un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad”.

Ya se hizo referencia con anterioridad a que, la propia especificidad del negocio matrimonial tendrá como consecuencia que esa misma amplitud en la concepción de los “apoyos” sufra una gran reducción cuando se trate del matrimonio.

²⁷⁵ La entrada en vigor de la Ley 8/2021, plantea una serie de cuestiones a las que no es posible referirse aquí con detalle. El punto de partida es el descrito en el apartado III del Preámbulo, que implica un cambio radical respecto de la normativa anterior: “El elemento sobre el que se asienta la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise”. Es evidente entonces que, de conformidad con la Disposición transitoria quinta, “las personas con capacidad modificada judicialmente podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta”, estableciéndose un plazo máximo de un año para tal revisión a contar desde dicha solicitud. De no haberse solicitado, la revisión se realizará de oficio por parte de la autoridad judicial o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años. Es claro que, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, no cabrá ya que se dicten sentencias modificativas de la capacidad, pero sí resoluciones judiciales que acuerden medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. Pero no es menos claro que, en tanto no se lleve a cabo la revisión de esas medidas establecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, estas desplegarán los efectos que procedan, y en tal caso, algún autor, como DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Discapacidad”, cit., se pregunta acerca de si dándose tal supuesto, el funcionario autorizante deberá pedir dictamen médico para la autorización del matrimonio. En su opinión, “habrá que tener en cuenta la causa de la sentencia de modificación judicial de capacidad o de la resolución que establezca las medidas judiciales de apoyo. Si la misma tiene su origen en una discapacidad psíquica que, con carácter general, hace que quienes la padecen carezcan habitualmente de capacidad natural de entender y de querer, parece prudente entender que el Encargado del Registro solicite el dictamen, antes de autorizar el matrimonio y atenerse a lo que de él resulte. Lo que, naturalmente, no podrá hacerse es negar la autorización, por la mera existencia de dicha sentencia o resolución judicial”.

Surgen aquí dos cuestiones de diversa naturaleza, y a las que considero necesario hacer una breve referencia. De un lado, la circunstancia de que aun en el caso de que esos apoyos se suministraren, por entidades privadas, la decisión final (a salvo los recursos que quepa interponer) corresponderá al funcionario ante el que se tramite el expediente matrimonial.

La segunda de las cuestiones tiene que ver con la suficiencia o no de medios con que cuenta la Administración para la eficacia real de la regla contenida en el párrafo segundo del art. 56 CC.

Claro es que, la carga de proveer de los apoyos a que hace referencia el artículo a los funcionarios ante los que se tramiten expedientes matrimoniales, cuándo sea preciso recurrir a los mismos, corresponderá a las Administraciones públicas. No serán suficientes, por tanto, los que puedan prestar asociaciones o fundaciones entre cuyos fines se encuentre la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad, lo que implica un evidente problema de insuficiencia de medios, al que las Administraciones deberán dar respuesta adecuada²⁷⁶.

Con todo, el problema en cuanto a la existencia, y suficiencia de medios de apoyo, se presenta con una importancia menor tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, dada la primacía que concede a las medidas voluntarias²⁷⁷, es decir, a las que pueda tomar la propia persona con discapacidad, y de las que, lógicamente, no se lleva a cabo enumeración alguna. De hacerse esta enumeración, carecería de sentido, precisamente, porque dependen de la propia voluntad de la persona en situación de discapacidad. Así, “dentro de las medidas voluntarias (y, por tanto, entre otras que el propio sujeto decida adoptar), afirma el preámbulo, apartado III, adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela”.

B) La finalidad de los apoyos

El precepto es claro en lo relativo a la finalidad perseguida con el recurso a la provisión de apoyos, en caso de necesidad: “facilitar la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes”.

²⁷⁶ Poniendo en duda que cuente la Administración con los medios o instrumentos necesarios para la aplicación de la norma, ROMERO COLOMA, A.M: “La reforma del art 56.2 del Código Civil español (consentimiento matrimonial y deficiencias intelectuales, mentales y sensoriales)”, *Revista CEFLEGAL*, www.ceflegal.com, 2018, núm. 207º, p. 62.

Que el problema relativo a esa insuficiencia de medios conecte con el carácter precipitado de la reforma es manifiesto. Ese carácter apresurado de la reforma se desprende de un gran número de circunstancias, entre ellas, la cronología, y los términos de la redacción confusos y contradictorios (“cuando sea necesario, podrá recabar”, “condición de salud”, “de modo evidente, categórico y sustancial”).

²⁷⁷ “Las medidas de apoyo de origen legal o judicial” solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate” (art. 249. 1 CC).

La emisión del consentimiento coincide con su exteriorización, exteriorización que permite comprobar su existencia y lo convierte en perceptible. En tanto ese consentimiento o voluntad de contraer permanezca en el interior del sujeto, carece de todo tipo de relevancia jurídica, es decir que, ese proceso volitivo, para ser relevante jurídicamente, ha de tener una proyección exterior.

La “emisión”, se presenta, así como presupuesto ineludible para la “interpretación” y “recepción” del consentimiento mismo. Ambas operaciones son posteriores a aquella, no puede, por tanto, interpretarse, ni recibirse, una voluntad matrimonial que no haya sido emitida.

En cualquier caso, los términos “emisión”, “interpretación” y “recepción” se encuadran, en la dimensión formal del negocio matrimonial, ya que la “emisión” se identifica con la forma de la declaración consensual, es decir, con el medio de emisión del consentimiento.

Tras la “emisión” de la declaración de voluntad, procederá “interpretarla”, o lo que es lo mismo, determinar su sentido, lo que quiere decir tanto como averiguar si aquella es verdaderamente matrimonial, calificable como tal.

Es precisamente esta labor de “interpretación” la que introduce una importante diferencia en su caso, entre el matrimonio de personas con discapacidad (en algunos casos), y el de personas no afectadas por aquella, en los que esa labor de “interpretación”, no será necesaria al inferirse, sin más, el sentido de la declaración de la declaración misma.

El término “recepción” nos sitúa en un plano distinto porque lo que realmente constituye la forma receptiva es la existencia de “fedatarios” en el momento de exteriorizar la voluntad de contraer. Es decir que, la misma forma del acto de celebración es la que constituye el instrumento receptivo del consentimiento manifestado.

Sin embargo, la provisión de apoyos se exige también para la “recepción” del consentimiento del o los contrayentes, “complementando”, o “completando”, la función del funcionario autorizante. De esta forma, el juego u operatividad de los apoyos no se limita a la “emisión e interpretación de la voluntad” del o de los contrayentes, sino que va más allá, incidiendo sobre la función y actividad del funcionario autorizante. De esta forma resulta, que la necesidad de provisión de esos apoyos se extiende con la finalidad de facilitar la celebración del matrimonio, sobre la estricta dimensión formal del acto de celebración.

A la vista de lo anterior, no parece que pueda desligarse²⁷⁸ totalmente o de modo completo la necesidad de apoyos, de un lado, y, de otro, la aptitud o capacidad

²⁷⁸ En sentido distinto al que sostengo en el texto, SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p. 106, que, refiriéndose a la finalidad de los apoyos, la dirige a aquellos casos en que “aquellas personas necesiten apoyo técnico para la exteriorización de su consentimiento y que, sin embargo, no presentan problemas en la aptitud o capacidad natural para comprender y querer el matrimonio. Esto es, la

natural para comprender y querer el matrimonio, limitando así la necesidad de ayuda a la sola exteriorización de la voluntad debido a que la provisión de apoyos no comprende solamente la exteriorización, sino también a la “interpretación”.

6. Referencia a “Condición de salud”

El centro o base de la norma hay que encontrarlo en esa referencia a (“condición de salud”), que sustituye a las anteriores (“deficiencias o anomalías psíquicas”, de la redacción de 1981; (“deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales”, de la surgida en 2015).

La fórmula del legislador de 2017 ha sido objeto de duras críticas, sobre todo por parte de los que se ocuparon de la norma poco después de su redacción. Lo calificaban de desacierto legislativo, al introducir un término amplio, poco adecuado y equívoco, ajeno a la fórmula utilizada a la terminología de la CDPD, afirmando que lo que hay en tales casos es falta de salud o existencia de enfermedades o deficiencias²⁷⁹, de manera que la referencia a la “condición de salud” se llega incluso a considerar “desatino terminológico”.

En mi opinión, las críticas realizadas deberían ser más moderadas. Está claro, como se señaló anteriormente, que la redacción del párrafo segundo del art. 56 CC no es digna de elogios pues es, el resultado de un modo de legislar apresurado e impulsado por la necesidad de una rápida respuesta legislativa a determinadas e importantes exigencias, dirigidas a la incorporación de la Convención a nuestro Derecho interno, de una parte, así como, a las provenientes de las presiones intensas realizadas por determinados colectivos sociales, de otra.

Esa referencia a la “condición de salud”, va seguida de una pluralidad de adjetivos (“evidente”, “categórico” y “sustancial”) que no contribuyen a clarificar su alcance, aunque sí a poner de manifiesto el carácter rigurosamente excepcional que el legislador ha querido atribuir al dictamen médico, sobre la aptitud para prestar consentimiento matrimonial en supuestos de personas con determinadas discapacidades.

Pero, a pesar de lo anterior, la opción legislativa no ha de ser objeto de una opinión tan negativa²⁸⁰. Y para ello, son dos las consideraciones a tener en

voluntad respecto a la celebración del matrimonio por dichas personas se ha formado correctamente porque no hay dudas sobre la concurrencia de capacidad para entender y querer el matrimonio, necesitando solo ayuda o apoyo para ser exteriorizada”.

Esta opinión, se conecta el juego u operatividad de los apoyos con la exteriorización de la voluntad, refiriéndose la función de los apoyos a una triple realidad: emisión, interpretación y recepción del consentimiento.

²⁷⁹Así, GUILARTE MARTÍN CALERO, C: “Matrimonio”, cit., p. 79 y 81; SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p. 107.

²⁸⁰ Un enfoque positivo que comparto sobre la expresión “condición de salud” es el de DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Discapacidad”, cit., “Es claro que esa condición de salud no se dará en personas

cuenta. La primera se relaciona con el propósito fundamental perseguido por el legislador de 2017, el de facilitar al máximo la posibilidad de contraer matrimonio de las personas con discapacidad cumpliendo así los principios de la Convención, sin alterar las exigencias pertinentes para que el consentimiento merezca el calificativo de “matrimonial”. Dicho de otra forma, las exigencias respecto a su contenido no pueden variar de forma alguna por el hecho de que quienes pretendan contraer matrimonio, estén afectados por una discapacidad. La segunda de las consideraciones, que conecta claramente con la primera, y está al servicio de aquella, tiene que ver con el llamativo modo de describir el carácter excepcional del recurso al dictamen médico. Y es que la “condición de salud” que, en su caso, impida prestar el consentimiento, pese a las medidas de apoyo, deberá presentarse “de modo evidente, categórico y sustancial”.

El problema con el que se encontraba el legislador era el de hacer operativo o realizable ese deseo y en este sentido, el primer obstáculo con el que se encontraba se hallaba en la propia terminología, planteándose la siguiente cuestión: ¿Cómo describir o tipificar el supuesto de hecho normativo? Los antecedentes se remontaban a los propios de la redacción de 1981 (“deficiencias o anomalías psíquicas”, que supuso un avance sustancial respecto a la redacción del CC de 1889, “Los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio”, art. 83.2 CC), y a los empleados en la reforma del 2015 (“deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales”), objeto, como ya se afirmó anteriormente, de un gran aluvión de críticas.

Ante tal tesitura, la decisión fue la de optar por una fórmula general (“condición de salud”), técnicamente inadecuada desde una perspectiva médica, psicológico o psiquiátrica, pero también, desde la perspectiva estrictamente jurídica, en cuanto capaz de comprender (debido a su generalidad) todos los supuestos en los que, con independencia de cuál sea su calificación médica, psicológica o psiquiátrica, se pueda concluir que el sujeto carece de la capacidad natural de entender y de querer en la total dimensión del negocio jurídico matrimonial.

Como afirma, acertadamente, HERAS HERNÁNDEZ (recogiendo el parecer de MORENO QUESADA), “al jurista no le interesa tanto conocer el diagnóstico en sí, como confirmar si el contrayente reúne el discernimiento

que sufran una mera discapacidad de carácter sensorial (como es el caso de los invidentes o de los sordos”). Por lo tanto, añade DE VERDA Y BEAMONTE: La “condición de salud” que obliga al funcionario autorizante a recabar dictamen médico hay que referirla a las deficiencias de carácter psíquico o intelectual, y no a todas, sino exclusivamente a las que “de modo evidente, categórico y sustancial” puedan obstaculizar la prestación del consentimiento matrimonial. No bastan simples dudas, sino que se requiere certeza respecto a la falta de capacidad natural del contrayente, pues en otro caso, no deberá pedirse el dictamen, sino que deberá autorizarse la celebración del matrimonio, lo que concuerda con ese principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, y con la consideración del *ius connubii* como un derecho fundamental que no debe ser menoscabado, más que en casos evidentes de falta de capacidad. Todo esto, sin perjuicio de que posteriormente pueda examinarse judicialmente la aptitud del contrayente para prestar el consentimiento *ad nuptias* y, si se prueba que no lo tuvo, se dicte la correspondiente sentencia de nulidad ex art. 73.1 CC”.

suficiente para tomar la decisión de querer o no contraer matrimonio, con conocimiento de causa, sin que ello le obligue a recurrir a complicados tecnicismos médicos. Y ello creo que se consigue con la expresión genérica “condiciones de salud”²⁸¹

Es esa carencia de la capacidad natural de entender y querer la que constituye, en mi opinión, el elemento decisivo para obstaculizar la celebración, cualquiera sea la patología o deficiencia que la provoque²⁸² y, a la inversa, para contraer matrimonio si esa capacidad existe.

Desde este prisma, la perspectiva más directa, deberá referirse, más que al listado de patologías o deficiencias²⁸³ recogido, casi exhaustivamente, en numerosas Resoluciones de la DGRN²⁸⁴, a una circunstancia más próxima e inmediata, la aptitud mental para prestar el consentimiento en el caso concreto de que se trate.

7. Referencia a “De modo evidente, categórico y sustancial”

La “condición de salud” que puede impedir en su caso la prestación del consentimiento, pese a las medidas de apoyo, ha de “presentarse” “de modo evidente, categórico y sustancial”.

La fuerza e intensidad de los términos empleados no dejan duda en cuanto al carácter estrictamente excepcional que se confiere a la posibilidad de recabar dictamen médico sobre la aptitud del sujeto para emitir el consentimiento.

²⁸¹ HERAS HERNÁNDEZ, M. DEL. M: “Igualdad jurídica”, cit.; p. 234.

²⁸² No dudo de la utilidad del análisis de las discapacidades que pueden obstaculizar la emisión del consentimiento matrimonial, pero en definitiva la cuestión central es siempre la misma, la existencia o no de capacidad natural del contrayente en orden a la emisión de ese consentimiento. Un detenido análisis de discapacidades, con abundante apoyo de jurisprudencia registral al respecto, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Discapacidad”, cit., pero que, en definitiva, parecen reconducirse a esa esencial circunstancia de la necesidad de “certeza respecto a la falta de capacidad natural del contrayente”. “En otro caso, no deberá pedirse el dictamen, sino que deberá autorizarse la celebración del matrimonio”.

²⁸³ Por cuanto se refiere a las deficiencias que pueden obstaculizar la prestación del consentimiento matrimonial, la bibliografía es abundante, así, entre otros, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “El matrimonio: constitución”, cit., pp. 49-50, con amplia recogida de Resoluciones de la DGRN sobre la cuestión; también con pretensión de listado exhaustivo, RUÍZ ALCARAZ, S: “El derecho”, cit., pp. 28-29; SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p. 92; HERAS HERNÁNDEZ, M. DEL. M: “Igualdad jurídica”, cit., pp. 225-226; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “Matrimonio”, cit., p. 68.

²⁸⁴ Cuya recogida exhaustiva se encuentra en las aportaciones establecidas en la nota anterior, y que presentan como denominador común esa exigencia de capacidad natural de entender y de querer, concurriendo la cual no podría impedirse la celebración del matrimonio. Por tanto, presupuesta la capacidad general (mayoría de edad, o emancipación), el análisis médico, psicológico o psiquiátrico, aun siendo importante, deberá ceder siempre ante el hecho de que se aprecie en el sujeto esa capacidad natural de entender y querer el matrimonio como “totalidad” (acto de celebración y relación subsiguiente).

El listado de adjetivos utilizados, aunque pueden resultar reiterativos (“evidente”, “categórico” y “sustancial”), no lo son del todo.

Es “evidente” aquello que se presenta de modo manifiesto desde un primer momento, evidencia que se exterioriza en esa expresión “condición de salud”.

El término “categórico” viene referido más que, al modo de manifestación de esa “condición de salud”, y, a la misma “evidencia” de aquella, a su entidad objetiva como obstáculo para esa prestación del consentimiento. Implica, una especie de plus o añadido a esa evidencia de la condición de salud, en cuanto supone un juicio de valor cualitativo o de fondo sobre aquella. Este término “categórico” implica, ante todo, algo que es difícil de cuestionar, es decir, una realidad que se impone por su propia entidad.

Finalmente, el adjetivo “sustancial” se encuadraría en una dimensión diferente a las dos anteriores, en cuanto no se refiere ni a la exteriorización de la condición de salud ni a su importancia objetiva sino, a la incidencia misma de esa “condición de salud” sobre el ámbito del consentimiento. Esa “condición de salud” no solo se manifiesta de modo evidente, es decir, no solo es difícilmente cuestionable, sino que, además, incide de modo “sustancial” en la aptitud de la persona para consentir.

En relación con lo dicho anteriormente, no comparto la opinión de aquellos que entienden que los tres términos se refieren a la capacidad volitiva e intelectual del contrayente, por cuanto comprometerían de manera categórica, grave y sustancial esa capacidad. Creo que, cuando el precepto utiliza los términos “evidente” y “categórico” lo está haciendo a características que presenta la “condición de salud” en sí misma, sin referencia al nexo de aquella con la aptitud de la persona para prestar el consentimiento. Por el contrario, la referencia a la “sustancialidad”, si incide de manera directa sobre esa aptitud. Se descende, así, de la “condición de salud” en sí, y a la que se refieren los dos primeros adjetivos, al tercero de aquellos, con incidencia directa de este sobre el tema central de la capacidad para consentir.

Y aún con la descripción de la “condición de salud” a que se acaba de hacerse referencia, el juego u operatividad de las medidas de apoyo²⁸⁵ podrá, en su caso, hacer posible la celebración del matrimonio.

²⁸⁵ No parece aceptable el planteamiento de aquellos que dudan acerca de si la referencia a las medidas de apoyo en el apartado primero del párrafo segundo del artículo “provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales”, hay que entenderla coincidente con la contenida en el apartado segundo (“pese a las medidas de apoyo”). Y es que no tiene sentido entender que el legislador se esté refiriendo a medidas distintas en uno y otro apartado del párrafo segundo. El sentido gramatical del texto en su conjunto lleva a pensar que la referencia “pese a las medidas de apoyo” hay que entenderla hecha a “los apoyos humanos, técnicos y materiales” aludidos en el apartado anterior. Planteando esta duda, que carece de sentido, SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p. 109, en cuanto reduce de manera injustificada la referencia a los apoyos del apartado primero a los idóneos para “las personas que presentan discapacidad de tipo sensorial o físico, es decir, no grave desde el punto de vista psíquico

El deseo del legislador es claro en el sentido de que la condición de salud del sujeto, aun presentando esas características, no se presenta *per se*, como impeditiva de la celebración con tal de que el juego de las medidas de apoyo la haga posible.

Precisamente por ello, no cabe compartir el punto de vista de quienes entienden que ese carácter “evidente, categórico y sustancial” que se exige de la condición de salud, “no hace más que introducir confusión pues no clarifica nada al respecto, introduce una amplitud injustificada y, con ello, rompe la regla de la excepcionalidad de la exigencia del dictamen médico que parece haber querido establecer el legislador”²⁸⁶. La excepcionalidad de la exigencia del dictamen no es que se rompa, sino que, al contrario, se refuerza ya que únicamente cabrá exigirlo cuando, además de presentar el sujeto una condición de salud con las circunstancias descritas resulte infructuosa la utilización de las medidas de apoyo. Ello lleva, por tanto, a aumentar al máximo la posibilidad del matrimonio de la persona con discapacidad, siendo residual la necesidad de recabar el dictamen.

En este sentido, y dados los términos de la norma, no es fácil imaginar la existencia de supuestos en los que haya que recurrir al dictamen, precisamente porque el supuesto de hecho habilitante, que obliga a recabarlo al instructor del expediente, aparece como “excepcional”, tal y como el propio legislador lo subrayado patentemente (“Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes. . .”).

La propia dicción de la norma induce a pensar que la frecuencia estadística de casos en los que se recabará dictamen médico será escasa, y que, como consecuencia, en los casos en que se recabe aquél, seguramente, este sea favorable de esa carencia de aptitud para consentir.

Resulta de esta forma que, la excepcionalidad del recurso al dictamen, debido a lo estricto de los condicionantes para recabarlo, se traducirá, a su vez, en un

o intelectual y que por ende, necesitan apoyos para la exteriorización del consentimiento”, en tanto que, la referencia a los apoyos del apartado segundo habría que entenderla referida a aquellos supuestos de discapacidad que no sean de esa naturaleza.

Así, la previsión de apoyos no solo para la “emisión”, sino también, para la “interpretación” y “recepción” del consentimiento del apartado primero, excluye dicha interpretación, concluyendo que, el ámbito de los apoyos es general en ambos apartados, y que dependerá de la discapacidad de que se trate.

²⁸⁶ SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p. 107; y coincidiendo en lo sustancial, GUILARTE MARTÍN- CALERO, C: “Matrimonio”, cit., pp. 79 y 81.

Un parecer que comparto, respecto al empleo por el legislador de los términos “evidente”, “categórico” y “sustancial”, en HERAS HERNÁNDEZ, M. DEL .M: “Igualdad jurídica”, cit., p. 233. “Será exigible, afirma, refiriéndose al dictamen médico, solo para aquellos supuestos en los que las condiciones de salud mental o física sean aparentemente de tal gravedad que comprometan de manera categórica, grave y sustancial la capacidad volitiva e intelectual del contrayente”.

mayor grado de probabilidad de que sea aquel negativo, en cuanto a la aptitud para consentir.

Cabe incluso preguntarse, si el dictamen médico se reserva para los supuestos (estrictamente excepcionales), aunque aparentes (“presentare”) en que el sujeto presente una condición de salud como la descrita y, presupuestas además las oportunas medidas de apoyo, si resultaría concebible que el dictamen fuere favorable a la celebración del matrimonio.

¿Podríamos pensar que la referencia al dictamen es superflua por cuanto en la mayoría de los casos, no se recurrirá al mismo, al no darse el supuesto de hecho habilitante para recabarlo?

A las críticas realizadas a la norma habrá que referirse más adelante. En cualquier caso, no parece impropio afirmar que el enfoque desde el cual se contempla el matrimonio lo es, más del matrimonio como “acto” que, como “relación” surgida de aquél. Y, ya, dentro de esta perspectiva, se duda sobre si el consentimiento matrimonial contemplado por la norma puede calificarse como “total”, en cuanto comprensivo de esa doble dimensión del negocio jurídico matrimonial a que acaba de hacerse referencia.

VIII. EL DICTAMEN MÉDICO. LA DOCTRINA ACERCA DE LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO EN INTERVALO LÚCIDO

1. Oportunidad de una consideración separada

La referencia al dictamen médico no es una novedad de la reforma de 2017, sino que se contenía ya en la (non nata) de 2015 y tenía su origen en la reforma del art. 56 CC por Ley 30/81. Es necesario afirmar, en todo caso, que carece de importancia la leve alteración terminológica que resulta de sustituir el término “se exigirá” (1981, y 2015) por el de “se recabará” de la norma en vigor.

De otra parte, sobre el dictamen, existía ya una corriente doctrinal, surgida, fundamentalmente, tras la reforma de 1981, y aprovechada para su análisis en la norma actualmente vigente²⁸⁷. A pesar de ello, es claro que, la reforma de 2017 atribuye al dictamen médico un tratamiento estrictamente excepcional, en cuanto al acceso al mismo, apartándolo del que le otorgó el legislador del 81.

Parece existir una doble problemática respecto de aquél. De un lado, la referida a aquellos aspectos del dictamen médico que ya fueron objeto de análisis en el marco de la legislación anterior; y, de otra, la impuesta por la nueva regulación de la Ley 4/2017. Aun siendo ambas perspectivas inseparables, prevalece esa excepcionalidad con la que el precepto vigente se refiere al dictamen, con el uso de un lenguaje particular y extraño en el marco de una norma jurídica, que hace

²⁸⁷ Así, PUIG FERRIOL, L: “Comentario”, cit., pp. 254-257; ARECHEDERRA ARANZADI, L.I: “Comentario”, cit., pp. 118-119.

pensar en su consideración por el legislador como un instrumento impeditivo del ejercicio del derecho al matrimonio, configurado con caracteres excepcionales. Caracteres que hacen dudar, incluso, de la conveniencia de conservarlo en el precepto, sobre todo si se tiene en cuenta lo difícil o imposible que resulta concebir un dictamen favorable a la celebración del matrimonio con tales presupuestos.

IX. DISCAPACIDAD Y CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

1. Consideraciones preliminares

La rúbrica de este apartado puede parecer, innecesaria, superflua, o imprecisa respecto a lo que en ella pretende tratarse. Si, tratándose de la conexión entre discapacidad, de una parte, y matrimonio, de otra, el tratamiento del consentimiento matrimonial habría de considerarse comprendido de alguna forma en el mismo marco de la capacidad matrimonial del discapacitado, ¿qué sentido tendría, entonces, hacerlo objeto de un tratamiento autónomo?

La premisa anterior es incontestable desde un punto de vista lógico, e incluso jurídico. Desde la reforma de 1981, el párrafo segundo del art. 56 CC se refiere al “consentimiento matrimonial”. El legislador se está refiriendo, pues, a la misma realidad jurídica contemplada, con fórmula claramente solemne, en el art. 45. 1 CC: “No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”, como no podía ser de otra manera.

Por tanto, si de lo que se trata es de determinar la aptitud del sujeto para prestar “consentimiento matrimonial” (art. 56.2 CC), es evidente, que esa aptitud habrá de conectarse con el contenido mismo del consentimiento al que se refiere el apartado 1º del art. 45 CC, puesto que lo contrario resultaría totalmente absurdo.

2. Presupuestos del consentimiento matrimonial del art. 45.1 CC

El análisis de lo que deba entenderse por “consentimiento matrimonial” ha sido frecuente tras la reforma por Ley 30/81, pero, ese análisis parece referirse en mayor medida, a la relación existente entre ese “consentimiento”, de un lado, y la “causa” o “función” del negocio jurídico matrimonial, de otro, que a los presupuestos de carácter psicológico de ese “consentimiento” en sí mismo considerado.

Desde este ángulo, el consentimiento se ha configurado como “adhesión” de/de los /contrayente/s a la causa o función del negocio; como consentimiento “real”, o “sustancial”, frente al puramente “formal” (exigido por la legislación anterior).

Pero como se ha comentado, es incuestionable que ese análisis al que acaba de hacerse referencia es “ad extra”, es decir contempla el consentimiento en su proyección exterior, un consentimiento ya formado, que incide sobre dos

puntos de referencia situados fuera de él, la “causa” del negocio jurídico matrimonial y el “objeto” de aquél.

Pero el análisis que nos interesa se sitúa, en una perspectiva diferente, “estructural” referida, a la fase de formación de ese consentimiento, perspectiva que ya no es “ad extra”, sino “ad intra”. Esta, sin embargo, no ha merecido la atención de la doctrina civilista, más preocupada por la proyección de ese “consentimiento” hacia la función del negocio, afirmando su existencia cuando los contrayentes se adhieren a esa función, la quieren, la aceptan, y la hacen operativa entre ellos.

Y en esa perspectiva estructural, el análisis de la canonística, es más preciso, y aplicable al consentimiento conforme al art. 45.1 CC. Y ello porque no parece adecuado entender que existe una diferencia de naturaleza del consentimiento en el matrimonio civil y en el canónico. Otra cosa diferente es que la identificación de ambas realidades consensuales no pueda ser absoluta o total, pero esa diferenciación, no podrá referirse en ningún caso, a la estructura del consentimiento en sí mismo, a la estructura de ese consentimiento como “acto humano”, sino en su proyección “ad extra”, por ejemplo, en supuestos de exclusión (en el marco de la unión canónica) de la indisolubilidad, o de alguna otra propiedad esencial, irrelevantes civilmente al amparo del 45.2 CC, o en el acto positivo de la voluntad encaminado a la exclusión del carácter sacramental del matrimonio entre bautizados, entre otros.

El art. 45.1 CC sólo permite referir la existencia de consentimiento matrimonial a un sujeto con suficiente uso de razón (c. 1095.1 del CIC). “Afecta (aquél) a la esfera intelectual o cognoscitiva previa a la decisión voluntaria”²⁸⁸. Existe aquí una incapacidad total de emitir el consentimiento, referida al objeto del consentimiento, por enfermedad o perturbación de la mente, siendo indiferente que sea actual o habitual, así como las causas de las que provenga.

Asimismo, el consentimiento matrimonial del art. 45.1 CC sólo hay que referirlo, para que merezca ese adjetivo, a la concurrencia en el sujeto de una voluntad suficiente, tanto en su dimensión de valoración, como en la de su libre decisión (“grave defecto de discreción de juicio”, del canon 1095 CIC), relativa a los derechos y obligaciones esenciales del matrimonio. Diversas anomalías psíquicas y situaciones especiales, permanentes o transitorias, pueden afectar a la discreción de juicio que, en términos generales, coincide con lo que se denomina madurez o responsabilidad²⁸⁹.

Junto a las ideas previas, la legislación canónica establece, en un “tercer escalón, como un supuesto de incapacidad aquella que afecta a “quienes no pueden

²⁸⁸ AZNAR, F: “Comentario al canon 1095”, en AA. VV: *Código de Derecho Canónico*, ed. bilingüe comentada por los Profs. de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, MMI, p. 573.

²⁸⁹ AZNAR, F: “Comentario al canon 1095”, cit., p. 573.

asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica” (canon 1095. 3º CIC). Es decir, el contrayente tiene verdadera voluntad de cumplir las obligaciones libremente asumidas, pero es incapaz de hacerlo por causas de naturaleza psíquica²⁹⁰.

La norma canónica se refiere de esta forma a una insuficiencia psíquica no para consentir, sino para asumir “las obligaciones esenciales del matrimonio”²⁹¹.

¿Podríamos extraer de lo anterior alguna/s conclusión/es en cuanto al consentimiento al que se refiere el párrafo primero del art. 45 CC, y al que desde luego remite el apartado 2º del art. 56 CC?

Aun partiendo de esa diversidad de perspectivas civil y canónica, entiendo que las anomalías de carácter relevante²⁹² en sede de tramitación del expediente serían las contempladas en los números 1º y 2º del canon 1095 y de alguna manera reconducibles, al marco del consentimiento matrimonial civil. La primera por afectar, como se dijo anteriormente, a la esfera intelectual o cognoscitiva previa a la decisión voluntaria, y la segunda al grado de madurez mínimamente requerido para calificar como “matrimonial” ese consentimiento. Por el contrario, creo que la incapacidad a que se refiere el nº3 del citado canon 1095, sería indetectable en sede de tramitación del expediente, y, aun

²⁹⁰ Dicen los comentaristas del CIC que estas causas no cabe identificarlas con causas psicopatológicas en sentido estricto, sino más bien con alteraciones o trastornos de la personalidad. En este sentido, AZNAR, F: “Comentario al canon 1095”, cit., p. 573.

²⁹¹ DÍAZ MORENO, J.M “El derecho canónico ante el matrimonio de los deficientes mentales”, en AA.VV: *Matrimonio y Deficiencia mental*, Eds JAVIER GAFO Y JOSÉ RAMÓN AMOR, cit., pp. 171 y ss., quien con referencia a los tres apartados del canon 1095, establece la siguiente gradación: 1. “Las incapacidades que afectan al consentimiento, en cuanto acto plenamente humano y que están recogidas, bajo la expresión “falta del suficiente uso de razón” en el número 1 del canon; 2. Las incapacidades que impiden que un acto, auténticamente humano, sea, al mismo tiempo, plenamente psicológico al fallarle o la suficiente deliberación o la necesaria valoración. Estas incapacidades estarían comprendidas en el número 2 del canon bajo la fórmula: deficiencia grave de la necesaria discreción de juicio; 3. Las incapacidades que provienen de un análisis del contenido esencial del consentimiento, en cuanto que supone la entrega y recepción de unos derechos y deberes, cuando la persona de que se trata, por causas de naturaleza psíquica, carece de ese esencial contenido para poderlo dar o recibir, con auténtica calidad humana”, cit., p. 183.

²⁹² “Cuando se alude a discapacidad psíquica afirma HERAS HERNÁNDEZ, M. DEL. M, nos estamos refiriendo, tanto a quienes padecen una enfermedad mental: trastornos neurológicos vinculados a la avanzada edad, así como a déficits cognitivos, ya sean de nacimiento o como consecuencia de daños cerebrales sobrevenidos, de tal entidad que comprometen la capacidad necesaria para tomar la decisión de contraer matrimonio”. La autora señala que se consideran enfermedades mentales aquellas que producen la alteración del proceso cognitivo de la persona. Entre ellas se incluyen algunos estados depresivos severos; oligofrenias, psicosis, esquizofrenias o trastornos manícodepresivos. Se incluyen también, situaciones persistentes de alcoholismo y toxicomanía cuando generan una concepción errónea e inexacta de la realidad que, de forma permanente, anulan su aptitud para tomar la decisión de querer o no querer contraer matrimonio.

Junto a las enfermedades mentales, encontramos ciertos trastornos neurológicos ligados a la edad avanzada, como demencias seniles; Alzheimer; Parkinson, en fases severas”, “Igualdad jurídica”, cit., p. 218.

suponiendo que lo fuese, no impediría el acceso del sujeto a la celebración del matrimonio.

3. ¿Idoneidad para el momento conclusivo del negocio o idoneidad, además, para el desenvolvimiento de la relación matrimonial?

Esta es la cuestión central en la temática Discapacidad y Matrimonio, “tal vez porque el negocio jurídico, se quiera o no, afirma ARECHEDERRA ARANZADI, ha sido pensado desde el negocio jurídico patrimonial, la salud mental ha sido absorbida “como capacidad de consentir para el momento conclusivo del negocio, para la celebración”²⁹³. Si bien, el matrimonio, añade el autor citado, “es una relación intersubjetiva estable: una relación personal duradera. Un tracto sucesivo personal que pone a prueba la idoneidad personal. Idoneidad, no para concluir el negocio originario, sino para el desenvolvimiento de la relación matrimonial”. Idoneidad, en definitiva, no ya únicamente para la conclusión de ese negocio fundante sino, además, para el posterior desarrollo de la relación²⁹⁴.

Con tal consideración, hay que estar de acuerdo y la consecuencia que de aquella se desprende es que, “esa aptitud para prestar el consentimiento” ha de entenderse en relación con el art. 45 CC, no como simple capacidad para consentir.

En este sentido, no resultan exactas afirmaciones que, refiriéndose al consentimiento matrimonial exigido ex art. 45.1 CC, señalan que “lo verdaderamente relevantes será comprobar la capacidad natural de entender y querer el acto mismo del matrimonio”²⁹⁵. No se quiere decir que tal afirmación conlleve siempre suponer que se ignora el verdadero y real alcance de la expresión “consentimiento matrimonial”, pero con todo, referir esa capacidad natural de entender y querer al “acto mismo del matrimonio”, induce a pensar se esté contraponiendo “matrimonio como acto y matrimonio como relación. Si se considera después, que es suficiente con que se entienda y se quiera el acto mismo de la celebración se acabaría desembocando en una errónea interpretación de la exigencia legislativa del art. 45.1 CC en lo que al consentimiento “matrimonial” se refiere, consentimiento que sólo merecerá ese calificativo de “matrimonial” cuando venga referido, sin duda, al matrimonio como acto y al matrimonio como relación jurídica derivada de ese acto. Sólo si

²⁹³ ARECHEDERRA ARANZADI, L.I: “Comentario”, cit., p. 120.

²⁹⁴ ARECHEDERRA ARANZADI, L.I: “Comentario”, cit.

²⁹⁵ Así, HERAS HERNÁNDEZ, M. DEL. M: “Igualdad jurídica”, cit., p. 217. Probablemente, como se ha señalado, la idea de la autora no es referir el consentimiento matrimonial al solo acto de la celebración, pero, aun siendo así, referir aquél “al acto mismo del matrimonio”, deja oculta o, de lado, la dimensión de relación jurídica que nace de ese acto, y consecuentemente parece limitar al primero la referencia al consentimiento.

En cuanto a la distinción entre el matrimonio “como acto” y “matrimonio como relación”, también la legislación civil se muestra tributaria de la canónica (“matrimonio “in fieri” y matrimonio “in facto ese”, es una dicotomía muy familiar a los canonistas).

se entiende ese doble aspecto, y se ese conjunto (acto jurídico negocial y relación jurídica dimanante del acto), podremos calificar el consentimiento con el adjetivo propio del legislador de 1981: “matrimonial”.

Por ello, a pesar de que, al celebrar pueden no obstaculizar el matrimonio, pueden después, ser razón suficiente para una declaración de nulidad según los números 1º y 4 del art. 73 CC”²⁹⁶.

Y es que no cabe compartir aquella opinión, dirigida a considerar que el grado de exigencia requerido para la prestación de válido consentimiento en el matrimonio haya de ser menor que el requerido para la prestación del válido consentimiento en la celebración de un contrato²⁹⁷. No tiene apoyo esta afirmación en el párrafo 2º del art. 1263 CC y por ello, no cabe desprender de ahí una diferencia “cualitativa” entre consentimiento “contractual” y consentimiento “matrimonial”, exigiendo del segundo un grado menor de exigencia por parte del legislador. Se trata de planos distintos. Claramente, en el ámbito de los actos patrimoniales entre vivos, la privación de la capacidad de obrar puede ser prácticamente total. No podrá el incapacitado prestar consentimiento contractual, y deberá ser sustituido en tales situaciones por su representante. Pero falta aquí el carácter personalísimo, que sí es exigible del matrimonio, del otorgamiento de testamento y del reconocimiento de hijos, supuestos estos para los que rigen reglas especiales, que excluyen desde luego la representación, y autorizan al incapaz a actuar por sí en algunos casos²⁹⁸. Tampoco parece ser este el criterio del legislador en el art. 45.1 CC, surgido de la reforma de 1981, y en el que el añadido del adjetivo “matrimonial” al sustantivo “consentimiento”, no es, en ningún caso, dissociable de un contenido

²⁹⁶ ARECHEDERRA ARANZADI, L.I, “Comentario”, cit., p. 117.

²⁹⁷ En este sentido, SÁNCHEZ GÓMEZ, A: “Matrimonio”, cit., p. 93. Este argumento erróneo se observa si se tiene en cuenta que, de aceptarse, se estaría aceptando como consecuencia, que la celebración de un contrato patrimonial es más importante para el sujeto que el negocio jurídico matrimonial que, por su misma naturaleza, afecta más intensa y, generalmente a quien lo contrae. Señalando asimismo las sustanciales diferencias entre el matrimonio y los negocios patrimoniales, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 248.

La autora (SÁNCHEZ GÓMEZ) a que se acaba de hacer referencia incurre en una flagrante contradicción, pues tras afirmar que “el grado de exigencia de la capacidad para prestar válido consentimiento en el matrimonio es menor que el exigido para la prestación de válido consentimiento con vistas a la celebración de un contrato”, añade poco después “en el matrimonio no sólo ha de analizarse la capacidad natural actual de entender y querer lo que significa el vínculo matrimonial, sino también la actitud para asumir el status conyugal que presenta una proyección de futuro”. “Matrimonio”, cit., p. 94.

Es posible que dicho hilo argumental se utilice con la buena finalidad de facilitar la posibilidad de celebración del matrimonio por personas con discapacidad, pero la unión matrimonial es lo que es, y, en consecuencia, una cosa es reconocer el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio, y otra distinta, tratar de reducir el consentimiento matrimonial a la simple capacidad del sujeto para cerciorarse de la celebración de una ceremonia nupcial.

²⁹⁸ DELGADO ECHEVERRÍA, J: “La enfermedad. La incapacitación”, en AA. V: *Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Personas*, Vol. II, Dykinson, Madrid, 2000, p. 158.

“sustantivo”, o “material”, referido a la entera dimensión del matrimonio como realidad humana antes que jurídica.

En definitiva, la aptitud mental para comprender primero en su entera dimensión la realidad matrimonial, y asumirla después voluntariamente, no parece ser inferior a la exigida por el legislador para la conclusión de un contrato patrimonial.

Afirmar, entonces, que el consentimiento requerido para captar esa realidad, en toda dimensión, es menor por cuanto a su exigencia legislativa se refiere, que el de los contratos patrimoniales, carece de sentido.

El consentimiento matrimonial válido no puede reducirse a la simple aptitud mental para que el sujeto “se dé cuenta” de que “está consintiendo” a la celebración de una ceremonia nupcial. El consentimiento matrimonial del art. 45.1 CC sólo cabrá referirlo, para que merezca ese adjetivo, a la concurrencia en el sujeto de una voluntad suficiente, tanto en su dimensión de valoración, como en la de su libre decisión. Desde esta perspectiva, se le llame, o no, “grave defecto de discreción de juicio”, como le denomina la legislación canónica, si falta la madurez necesaria y precisa para captar la realidad matrimonial en su conjunto, más allá de la simple celebración, y de asumir de modo voluntario esa realidad, se concluirá que ese “consentimiento” no es calificable como “matrimonial”²⁹⁹.

Desde esta perspectiva, la existencia de una voluntad suficiente, tanto en su dimensión de valoración, como en la de libre decisión, es necesario para calificar ese consentimiento como “matrimonial”. Es decir, hay que discernir sobre cuál es el objeto de ese consentimiento (sobre que se consiente, sobre que realidad ha de proyectarse ese consentimiento) para dilucidar sobre la capacidad de la persona para emitir un consentimiento matrimonial válido.

Es lo que la canonística denomina “capacidad de valoración”, escalón posterior a la esfera intelectual y cognoscitiva, previa a la decisión voluntaria, pero que presupone aquella. Se trata, de la capacidad del contrayente para comprender primero, y querer después, la relación matrimonial tal como la configura el ordenamiento³⁰⁰.

Siguiendo esta línea, no es difícil distinguir entre la aptitud del sujeto para captar la realidad matrimonial en su dimensión formal, (celebración externa) y esa otra realidad más profunda (capacidad de “valoración”) que permite a aquél captar y comprender, no ya la vertiente externa de la unión matrimonial, sino su contenido (vertiente interna).

²⁹⁹ No se trata aquí de trasplantar sin más la regulación canónica al marco civil, por cuanto el consentimiento matrimonial es lo que es y coincide en ambos marcos normativos por la propia naturaleza de las cosas.

³⁰⁰ En este sentido, GONZÁLEZ MORÁN, L: “El Derecho”, cit., p. 154.

Esa “doble actitud” es necesaria para que el consentimiento del sujeto sea matrimonial, de manera que, si falta, esa capacidad de “valoración” (vertiente interna) no existirá consentimiento.

No hay duda alguna de que la remisión del art. 56.2 CC hay que entenderla realizada a la concepción que del consentimiento matrimonial acoge el art. 45.1 CC, pero con todo ello, y en el tema que nos ocupa, parece que la clave del problema esté en determinar qué debe primar en este caso. Si ha de hacerlo “la visión del matrimonio como una relación jurídica estable y duradera”, caso en que “el consentimiento debe presuponer la capacidad para asumir dichas cargas”, o si, por el contrario, deba primar aquella otra visión, según la cual “contraer matrimonio equivale a ejercitar un derecho excepcionalmente vedado”, caso en que, “las exigencias racionales en la prestación del consentimiento se relativizan”³⁰¹.

No parece existir duda acerca de que prevalece la segunda de las opciones, es decir, la consideración del matrimonio “más como un derecho a ejercitar que como una relación a constituir”³⁰², lo que se confirma claramente en la redacción del párrafo segundo del art. 56 CC por la Ley 4/2017.

4. La RDGRN (ahora DGSJPF) 15 de abril 2016

En la buena dirección parece situarse la doctrina contenida en la antedicha RDGRN (DGSJPF), para la que:

“Dada la trascendencia que la celebración del matrimonio tiene en las relaciones personales y patrimoniales de una persona, hay que entender que esta aptitud debe ser total, es decir, no solo sobre lo que significa el acto del matrimonio sino también sobre sus consecuencias en el ámbito personal y patrimonial de los contrayentes”.

“En el caso que nos ocupa es evidente que, si bien puede prestar el consentimiento en cuanto al acto del matrimonio, el dictamen forense es claro al especificar que el interesado no va a comprender en toda su extensión el significado de este por lo que, en definitiva, hay que concluir que el matrimonio no se puede autorizar. Se observan, por tanto, contradicciones en relación con las preguntas sobre los datos personales, así como, falta de plena capacidad para entender el significado del matrimonio que hay que considerar como base suficiente para no autorizar el matrimonio pretendido”

5. Consecuencias

³⁰¹ ARECHEDERRA ARANZADI, L.I: “Comentario”, cit., p. 112.

³⁰² ARECHEDERRA ARANZADI, L.I: “Comentario”, cit., p.115. Esta prevalencia del derecho a ejercitar sobre la relación a constituir encuentra fundamento en los arts. 32.1 y 10.1 de la CE: reconocimiento del *ius connubii* como un derecho de los ciudadanos, en conexión con textos internacionales suscritos por España, e incorporados a nuestro Derecho interno, y con la concepción del derecho al matrimonio como cauce para el libre desarrollo de la personalidad de los individuos.

Presupuesta así, que la concepción misma del consentimiento del art. 45 CC implica a su vez, no solo la capacidad para celebrar el matrimonio sino además, para el posterior desarrollo de esa relación, la consecuencia de que prevalezca la capacidad para esa celebración, sobre la total aptitud matrimonial, no es otra que la de la remisión al marco de la nulidad matrimonial, números 1º y 4º del art. 73 CC, de los supuestos en que se aprecie la inexistencia de un consentimiento calificable como “matrimonial”, pese a la adecuada comprensión por el sujeto mismo del acto de celebración, en su dimensión formal.

X. UNA VISIÓN DE CONJUNTO

La vigente regulación del matrimonio de las personas con discapacidad merece, en mi opinión, un juicio positivo desde la perspectiva fundamental desde la que ha de enfocarse la reforma, y que no es otra que la del respeto a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1. CE).

Partiendo de esta premisa fundamental sobre la que descansa el ordenamiento jurídico español en su conjunto, es necesario formular alguna/s consideración/es referidas al modo de como esa reforma se ha llevado a cabo, así como, a sus imprecisiones y deficiencias y, en consecuencia, a los problemas de interpretación que puedan suscitarse entre los operadores jurídicos en la aplicabilidad de la nueva normativa.

Es necesario dar por reproducidas las consideraciones que se hicieron con anterioridad respecto al modo de legislar en esta materia, apresurado e impulsado por esa necesidad de adaptar el CC a la CDPD, en una materia de carácter sensible, encuadrada en el ámbito de los derechos humanos.

Así, frente a la perfección que supuso la redacción del art. 56.2 CC en la reforma de 1981, las imprecisiones de las reformas posteriores (de la “non nata” reforma de 2015), y, de la vigente (Ley 4/2017, de 28 junio), aunque, de una parte, corrigieron los errores de la anterior, con la finalidad de permitir el matrimonio entre personas con discapacidad, usaron un lenguaje contradictorio y extraño, caracterizado por el uso de términos cuyas diferencias de matiz no son nada fáciles de visualizar.

Ese lenguaje, como se ha dicho, es en ocasiones, un tanto contradictorio al utilizar expresiones como: “cuando sea necesario, podrá recabar?”, pareciendo que esa necesidad no concuerda bien con el “podrá”. Con todo ello, hay que decir que tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, tal contradicción puede salvarse, *a posteriori*, por la sustancial diferenciación que la ley establece entre medidas de apoyo “de naturaleza voluntaria” y aquellas otras “de origen legal o judicial”. De esta forma la “necesidad”, de un lado, y la “posibilidad”, de otro, podrían ser compatibles. Así, existiendo la “necesidad” (“cuando sea necesario”), el “podrá recabar” se referiría a la inexistencia de “medidas de apoyo de naturaleza voluntaria”, caso en el cual cabrá recabar aquellas otras de

diversa naturaleza, y sin perjuicio de que esos “apoyos” recabados de Administraciones o entidades de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, fueren después ratificados por el propio discapacitado, con lo que pasarían a ser medidas de apoyo “de naturaleza voluntaria”.

Respecto a otra de las expresiones utilizadas en ese art.56 CC como es la de “condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial”, parece tener la intención de reducir al máximo (haciéndolo casi desaparecer), la necesidad de “recabar dictamen médico sobre la aptitud del sujeto para prestar consentimiento”. Para ello, emplea términos que, o se califican de reiterativos, o, por el contrario, obligan al operador jurídico a un examen difícil para descubrir las diferencias entre lo “evidente”, lo “categórico” y lo “sustancial”.

Al margen de que puedan existir matices diferencias de matiz entre los términos, lo que al legislador le preocupa, y lo que trata de conseguir a través de esas expresiones, es “reducir a su mínima expresión” la necesidad de recabar dictamen médico. La excepcionalidad de la medida la pone de relieve el propio legislador (“Solo en el caso excepcional. . .”), y esa excepcionalidad únicamente se dará cuando, “de modo evidente, categórico y sustancial” esa condición de salud, pese a las medidas de apoyo, impida prestar el consentimiento.

Visto lo anterior, cabría preguntarse entonces, sobre el papel que se reserva al dictamen médico y acerca de cuándo se recurrirá a él. Y es que los supuestos en que haya de recurrirse a él no son fácilmente concebibles, por cuanto está envuelto de una singularidad y excepcionalidad muy acentuadas. De otro lado, podríamos también, preguntarnos sobre cuál será el resultado del dictamen médico (en caso de recabarse), respecto de una persona en situación de discapacidad que no haya podido emitir el consentimiento por presentar una condición de salud con tales características, y contando, además, con las medidas de apoyo a que se refiere el art. 56.2 CC. ¿Sería posible imaginar que, pese a lo anterior, el dictamen médico fuera favorable a la aptitud para prestarlo? ¿No resulta más lógico pensar que, en supuesto como el descrito en el precepto, el dictamen médico necesariamente será negativo en cuanto a dicha aptitud?

A pesar de lo anterior, las graves deficiencias del art. 56.2 CC, podrían entenderse corregidas de alguna manera por el juego del art. 58.5 de la LRC, y también por la Instrucción 3 de junio de 2021, cuyo contenido posiblemente puede extenderse, más allá de su marco de origen, al propio de la tramitación del expediente ante el Encargado del RC, posibilidad que, al amparo de lo dispuesto en el citado art. 58.5 LRC, no ofrece duda alguna.

Con apoyo en lo anterior podemos decir que existen dos afirmaciones seguras: de un lado, que lo que ha tenido en cuenta el legislador es el matrimonio como un derecho a ejercitar, como un derecho de los ciudadanos (art. 32.1 CE y 44 CC). De otro lado, y en estrecha conexión con lo anterior, que la aptitud que

verdaderamente importa para la prestación del consentimiento es la aptitud para prestar consentimiento al matrimonio como “acto jurídico”, y no tanto, al matrimonio como “relación jurídica” nacida de ese acto.

A salvar dicho inconveniente contribuirán esas posibilidades que, para solicitar informes y practicar las diligencias pertinentes, “sean o no propuestas por los requirentes”, confiere al Encargado del RC el art. 58.5 LRC, y, en el ámbito notarial, la Instrucción citada anteriormente.

No se quiere decir, en ningún caso, que no preocupara al legislador esta otra dimensión del negocio matrimonial, pero sí, que prevaleció la primera, quedando la llamada “totalidad” del consentimiento en un segundo plano. De esta forma, al legislador del CC, en 2017, le preocupó más la aptitud para el consentimiento al “acto”, quizá por no existir otra solución mejor si lo que se pretendía era el pleno reconocimiento de la *libertas nuptiandi* de las personas en situación de discapacidad.

En todo caso, el art. 58. 5 de la LRC y la Instrucción 3 de junio 2021, permiten, de alguna manera, salvar esas deficiencias e impresiones de redacción el párrafo segundo del art. 56 CC que quedan resueltas gracias a la denominada interpretación sistemática o de conjunto.

CAPITULO IV

INEXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

I. LA INEXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

1. Sobre la esencialidad del consentimiento en el negocio jurídico matrimonial. Preliminar

En este capítulo dedicado al análisis de la inexistencia del consentimiento matrimonial, puede considerarse inútil o innecesario dedicar un breve espacio a destacar la esencialidad del consentimiento en el matrimonio como negocio jurídico de Derecho de familia³⁰³.

Resulta imposible hallar en la literatura jurídica de los países de nuestro entorno un tratamiento del matrimonio (cualquiera que sea este) desligado del consentimiento que tiene que ver con aquél.

Es opinión común en lo relativo a la dimensión jurídica del matrimonio, señalar que aquél se apoya en tres elementos estructurales, que lo configuran como realidad jurídica negocial: la capacidad de los contrayentes, el consentimiento y la forma de celebración.

Y, paralelamente a lo anterior, el ámbito de la nulidad matrimonial se ha presentado asimismo en estrecha relación con esa triple dimensión del acto jurídico matrimonial: los tres grandes capítulos de la nulidad se han vinculado tradicionalmente ya a un defecto en la capacidad de los sujetos, ya a la inexistencia de consentimiento, o a la falta de integridad de este, ya a defectos en la forma de celebración de la unión.

Ante la existencia de una causa de nulidad, el operador jurídico necesariamente había de encuadrarlo en alguno de esos elementos estructurales, encaje que aparecía siempre como previo a cualquier indagación posterior.

2. Carácter negocial del matrimonio e indisponibilidad de sus efectos

Es importante subrayar ya desde el principio, que el carácter negocial del matrimonio y, por tanto, la esencialidad en él del consentimiento de los que lo contraen, no se ve de ninguna manera excluida por la circunstancia de que los efectos del negocio vengan sustraídos a la libre disponibilidad de los contrayentes.

En la actualidad, no es infrecuente encontrarse con calificaciones del matrimonio, que no por defenderse en ámbitos jurídicos, resultan aceptables.

³⁰³Sobre el tema, que no corresponde tratar aquí con mayor extensión, DÍEZ PICAZO, L: "El negocio jurídico del Derecho Familia", *Estudios de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 35-51.

Así, no resulta extraño encontrarse con afirmaciones como las de que el matrimonio es “contrato”, “acto jurídico en sentido estricto” o “convención”.

No procede en este lugar entrar en mayores consideraciones sobre la improcedencia de dichas afirmaciones, pero sí, destacar la total compatibilidad entre el carácter negocial del matrimonio, de un lado, y la circunstancia de que sus efectos estén sustraídos a la libre disponibilidad de las partes, de otro³⁰⁴.

Desde esta perspectiva, en mi opinión hay que adoptar necesariamente como punto de partida, el dado por la calificación del matrimonio como un negocio jurídico de Derecho de familia. Como un acto de autonomía privada, por cuanto las partes pueden decidir constituir o no la relación jurídica matrimonial, y el acto de autonomía privada consiste esencialmente en ese poder de constituirla o no.

En definitiva, el que los efectos del negocio y la reglamentación de su contenido estén sustraídos a la libre disponibilidad de las partes, no es obstáculo para que el mismo acto de constitución de la relación pueda encuadrarse en el marco de la autonomía privada.

3. No es obstáculo a lo anterior el régimen en materia de divorcio y separación conyugal actualmente contenido en el CC

En el marco de unas consideraciones preliminares no procede entrar de forma plena en la incidencia que, sobre lo que se acaba de decir, pueda atribuirse al régimen jurídico concreto que en materia de divorcio y separación se contiene en nuestro CC, pero sí procede recalcar que ese concreto régimen en ningún caso desvirtúa lo dicho anteriormente.

A) Se atiende a la fase constitutiva de la relación matrimonial

Las consideraciones anteriores se refieren a la fase de constitución de la relación matrimonial y es en esa fase constitutiva donde esas consideraciones pueden defenderse sin miedo alguno al error.

En dicha fase, el matrimonio no se presenta con una multiplicidad de aspectos contradictorios entre sí, sino como un acto jurídico negocial, encuadrable en el marco de la autonomía privada, fundamentado en el consentimiento de los que lo celebran, en la esencialidad misma de ese consentimiento, y cuyos efectos (en esa fase constitutiva) vienen sustraídos a la voluntad de los particulares.

³⁰⁴“Lo que ocurre es que la derivación *ex lege* o *ex voluntate* (de los efectos) no es camino idóneo para decidir el carácter negocial o no negocial de un acto. Hay negocio jurídico cuando hay un acto de autonomía privada dirigido a constituir, a modificar o extinguir o determinar el contenido de una relación jurídica. No hay negocio cuando el impacto que recibe la relación es obra de un acto de ejercicio de un poder o de cumplimiento de un deber. El síntoma esencial a que debe atenderse para determinar si un acto es o no es un negocio jurídico no es la derivación *ex voluntate* de sus efectos, sino la intervención que en él haya tenido la autonomía privada”, DÍEZ PICAZO, L: “El negocio”, cit., pp. 39-40.

Se decide libremente la constitución de la relación, pero no el régimen de efectos (predispuesto por el legislador). Lo anterior nos lleva a concluir que se está ante un acto de autonomía privada.

B) Referencia a la fase extintiva de la relación matrimonial

El régimen jurídico concreto que en materia de divorcio y de separación conyugal se contiene en los arts. 81.1, 86 y concordantes del CC, no relativiza en modo alguno el planteamiento respecto de la constitución de la relación.

El que los contrayentes puedan disolver libremente el vínculo, o hacer que cese entre ellos la convivencia, a los tres meses contados desde la celebración, sin invocar causa alguna para dar por extinguido su matrimonio (en el caso de divorcio), no altera de ninguna forma la esencialidad de esos presupuestos iniciales a los que he hecho referencia.

Y es que, en la fase de constitución de la relación, y cualquiera que sea la suerte que la relación matrimonial haya de tener en el futuro, el matrimonio se sigue presentando como un acto de autonomía privada, fundamentado en la voluntad de los que lo celebran, y cuyo régimen de efectos no pueden diseñar aquellos.

El devenir futuro de la relación es una cuestión distinta que no tiene nada que ver con la fase de constitución de la relación. Por tanto, las decisiones que posteriormente se produzcan no podrán referirse a esa primera fase porque no pertenecen a ella.

4. La desigual importancia de los elementos estructurales del matrimonio en el tratamiento de la nulidad. La relegación de la temática del consentimiento hasta tiempos recientes

En el campo de la nulidad matrimonial civil se observa un fenómeno de gran interés: el de la desigual relevancia de esos tres grandes capítulos de nulidad a los que hice referencia anteriormente: capacidad, consentimiento y forma de celebración, como elementos estructurales del matrimonio mismo, y correlativamente también las tres grandes áreas en las que encuadrar en su caso los supuestos de nulidad matrimonial.

Tradicionalmente estos tres elementos estructurales no han presentado la misma importancia en lo relativo a su incidencia en la temática de la nulidad matrimonial (la civil).

La problemática de la capacidad matrimonial, así como la referida a la forma de celebración del matrimonio ocupaban un lugar prevalente en el tratamiento de las causas de nulidad. Y ello, con la consiguiente relegación de la atinente al consentimiento.

Así, el tratamiento exegético y exhaustivo de la teoría de los impedimentos, de su diferenciación con los llamados “requisitos de capacidad”, la polémica sobre

si hablar o no de “impedimentos” en sentido amplio y en sentido estricto, constituía una temática que ocupaba en la literatura jurídica especializada amplios espacios. Lo mismo podía decirse en lo relativo a la forma matrimonial (el análisis de las formas ordinarias y extraordinarias de celebración, competencia del funcionario autorizante...) todo ello, de acuerdo con el carácter rigurosamente formal de la unión matrimonial civil.

¿Dónde quedaba entonces la temática relativa al consentimiento, esa otra gran columna en la que se basa la unión matrimonial? ¿Qué incidencia solía tener ese consentimiento, su inexistencia o los vicios que en su caso le afectaren, en el ámbito de la nulidad matrimonial? Esa incidencia era prácticamente inexistente.

Las causas de esa respuesta no se observan en la circunstancia de que el consentimiento no fuese en ese tiempo elemento esencial e indispensable en la unión matrimonial civil. El aforismo “*consensus facit nuptias*” nunca fue discutido. No se trataba de negar la virtualidad del consentimiento en orden a la constitución del vínculo, sino del modo mismo de concebir ese consentimiento³⁰⁵.

Esa relegación de la dimensión consensual del matrimonio, en sí misma considerada, así como en su incidencia en el tratamiento de la nulidad matrimonial civil, fenómenos que sin duda alguna se presentan a su vez como “causa” y “efecto, se apoyaba en dos factores fundamentales: de un lado, la rigurosa dimensión formal del negocio matrimonial; de otro, la incidencia del exceso de esa misma dimensión formal sobre la concepción o configuración del consentimiento.

A) La dimensión formal del negocio matrimonial

Desde sus mismos orígenes, la diferenciación del matrimonio civil con el matrimonio religioso, y más concretamente con el canónico, se encontraba en la forma de celebración. Cabe hablar, por tanto, de un enfrentamiento entre “formas” de celebración de uno y otro matrimonio, y no de un enfrentamiento entre “contenidos”. Ejemplo de ello es la Ley española de matrimonio civil de

³⁰⁵Claramente demostrativa de lo que se ha dicho, entre otras, la aportación de LA LAGUNA DOMÍNGUEZ, E: “La nulidad del matrimonio después de la Constitución”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1979, pp. 36-39. El análisis de las causas de nulidad por defecto de capacidad y defectos de forma es claramente superior en extensión al de aquellas que afectan al consentimiento, y ya tratándose de estas últimas la escasez de tratamiento, en consonancia con la limitada regulación entonces vigente, se desprende de la siguiente consideración: “Se deben distinguir aquí las que se refieren a la “forma de manifestación” del consentimiento y las que afectan a la “realidad del consentimiento” por la existencia de un vicio de la voluntad”(p. 34). El escaso planteamiento se observa enseguida si se tiene en cuenta que el autor califica como causas de nulidad supuestos en realidad atinentes, no al consentimiento en sí, sino a la “forma de manifestación” de aquél (como el de las distintas causas de nulidad que pueden darse en el matrimonio celebrado por poder), a las que califica como causas de nulidad de “carácter objetivo”. Entre las de carácter “marcadamente subjetivo”, alude únicamente al raptó, error, fuerza o miedo. La cita es significativa desde un doble punto de vista: de un lado, la fecha de la aportación (1979); de otro, la escasez y limitación del tratamiento a la vista de la regulación entonces vigente.

1870: el matrimonio civil lo es por celebrarse ante el Juez municipal. Es esta la circunstancia que viene a atribuirle su misma naturaleza. Por contra, el matrimonio religioso (especialmente, el canónico) lo es por celebrarse ante párroco o sacerdote delegado por él.

Y esto que se acaba de decir de la Ley 1870, es asimismo predicable en buena medida de la Ley republicana 28 junio 1932, con la importante excepción, sin embargo, de la introducción del divorcio por Ley 2 de marzo 1932.

B) La desigual intensidad de “formalización” del matrimonio civil respecto del canónico

Con todo, ese proceso de “formalización” del matrimonio no presenta, sin embargo, el mismo grado de intensidad en lo que se refiere al matrimonio civil y al canónico. Y es que la dimensión sacramental de este último, y las profundas particularidades que aquella introduce en su regulación, derivaran, desde el principio, en una importante consecuencia: el matrimonio canónico se presentará con una veste formal, muy importante, sobre todo, a partir de las disposiciones del concilio de Trento, y la consiguiente abolición de los matrimonios clandestinos, pero, aun así, muy inferior a la propia del matrimonio civil.

¿Dónde encontrar las causas de esa desigualdad? Aunque se acaba de señalar, es necesario precisar la idea a que se hace referencia: toda la reglamentación del matrimonio canónico se apoya en su dimensión sacramental, lo que exige una mayor atención al marco del consentimiento de los contrayentes. Ya no se tratar únicamente de la relevancia de la inexistencia de consentimiento por simulación de los esposos, sino, además, de la abertura que a la nulidad de aquél significan de por sí, las exclusiones (del *bonum prolis*, *bonum fidei*, *bonum sacramenti*) mediante actos positivos de la voluntad de alguno de ellos.

Así pues, el matrimonio canónico es formal, pero esa dimensión formal, aun teniendo importancia no alcanza a la propia del matrimonio civil, en el que la dicha forma se presenta cerrada y casi impenetrable a anomalías externas a esa dimensión formal del matrimonio.

La invalidez del matrimonio civil tendrá su origen en causas provenientes de la capacidad de los contrayentes o en irregularidades atribuibles a la propia forma de celebración de aquél, pero casi nunca de causas provenientes del ámbito del consentimiento, cuya propia enumeración manifiesta la rareza misma del supuesto (error sobre la persona misma, coacción o miedo grave).

Es cierto que la frecuencia de nulidades matrimoniales civiles en nuestro país en el periodo de tiempo comprendido entre 1875 y 1978 fue prácticamente inexistente. Sin duda, el factor determinante de ello se sitúa en la naturaleza del sistema matrimonial vigente, aunque con algún que otro altibajo (legislación

matrimonial de la II República), pero ello no impide en absoluto mantener el punto de vista anterior.

Es verdad que no se dieron apenas nulidades civiles por el carácter residual que el matrimonio civil presentaba en aquel sistema matrimonial, pero, aunque ese sistema hubiere sido de distinta naturaleza, la conclusión sería la misma. ¿Es posible que el régimen normativo de la Ley 1870 instauradora de un sistema de matrimonio civil obligatorio permitiera una conclusión distinta?

La identificación del consentimiento en el marco formal del matrimonio, hasta el punto de poder hablar de consentimiento formal, no tiene nada que ver con la naturaleza del sistema matrimonial entonces vigente, sino con la propia concepción legislativa de la unión matrimonial civil (el apartado 2, art. 100 CC, en su redacción anterior a la reforma de 1981, anteriormente transcrito, no deja duda alguna).

C) La incidencia de la forma sobre la configuración misma del consentimiento. La existencia del consentimiento en función de la forma de celebración.

La rigurosa dimensión formal del matrimonio civil estaba destinada a tener una incidencia sustancial y directa sobre la configuración misma del consentimiento en el matrimonio regulado por la ley del Estado. No es que el consentimiento desaparezca, sino que la concepción y configuración de ese consentimiento será distinta, en cuanto no se le va a otorgar una sustantividad ni un alcance diferentes del representado por su emisión o manifestación en el marco de la propia celebración del matrimonio.

Consentimiento matrimonial y forma de celebración del matrimonio no se confunden en un plano estructural. Se seguirá hablando de dos planos claramente diferenciados, juntamente con el referido a la capacidad, pero la dimensión consensual del matrimonio se presentará tan estrechamente vinculada a la forma de aquél que raramente será objeto de una consideración separada porque esa forma absorbe aquella dimensión.

Dicho de otro modo: no hay más consentimiento que el que se manifiesta por los contrayentes ante el funcionario autorizante.

Quizá no hay mejor ejemplo de lo que se acaba de decir que el propio CC en su redacción anterior a la Ley 30/81. En el texto del Título IV Libro I CC, anterior a la ley que se acaba de mencionar, el tratamiento específico del matrimonio civil se contenía en el capítulo III, y en el que bajo la rúbrica general “Del matrimonio civil”, arts. 83-107 CC, se dividía esta regulación en cuatro secciones, tituladas respectivamente “De la capacidad de los contrayentes”; “De la celebración del matrimonio”; “De la nulidad del matrimonio”; “De la separación”.

¿Qué es lo que llama la atención en esta división sistemática de la regulación matrimonial civil anterior a 1981?: su terminología. Dejando a un lado las rúbricas de las secciones tercera y cuarta, la primera se refería a la capacidad de los contrayentes; la segunda a la celebración del matrimonio. Es decir, el legislador se refería en primer lugar a la capacidad y, en segundo lugar, a la celebración del matrimonio; lo que es lo mismo que hacerlo a la dimensión formal del negocio, a la forma de aquél.

No es posible encontrar desde luego un tratamiento autónomo del consentimiento, por cuanto la referencia del art. 100. 2 CC a los arts. 56 y 57 CC, hay que entenderla referida al entramado de derechos-deberes que surgen del matrimonio.

Incluso no es posible tampoco encontrar la expresión “consentimiento matrimonial” en el apartado segundo del art. 100 CC, la referencia legislativa viene referida a que el Juez municipal “preguntará a cada uno de los contrayentes si persiste en la resolución de celebrar el matrimonio, y si efectivamente lo celebra.”

En ningún momento se emplea el término “consentimiento” (aunque obviamente se le supone), si bien, lo realmente significativo es la locución que empleaba el legislador para referirse al consentimiento (“persistir en la resolución de celebrar el matrimonio, y celebrarlo efectivamente”).

El consentimiento se identifica, por tanto, con la celebración del matrimonio, es decir, “consentir” aquí es “celebrar”. No se tiene en cuenta otro “consentimiento” que el manifestado en la celebración.

En conclusión, se operaba con esa triple dimensión del negocio matrimonial, capacidad, consentimiento y forma, pero en la realidad, el problema del consentimiento se alejaba mucho de merecer un tratamiento independiente al resultar absorbido en la propia dimensión formal del negocio matrimonial³⁰⁶.

³⁰⁶En 1971, año de la publicación del *Negocio Jurídico* de DE CASTRO Y BRAVO, el maestro aludía a las “cavilaciones” sobre la posible nulidad por simulación de los negocios de Derecho de familia, señalando que contra la tendencia de los tribunales de otros países a tener en cuenta la simulación, a nuestro TS “no parece haberse planteado el problema”, recogiendo a continuación un elenco de los argumentos en contra y a favor de la admisión de la figura, y de lo que parecía detectarse un parecer favorable a su admisión:

“Se alega lo peligroso que resulta minar con ello (de admitirse la nulidad por simulación de los negocios de Derecho de familia) la seguridad del estado civil y la eficacia constitutiva, en tales supuestos, de la intervención de los funcionarios del Estado”. A favor de su admisibilidad, alegaba el maestro, “además de que la presencia de la autoridad tiene por fin testimoniar y no constituir, lo inconveniente de atribuir plena eficacia “inter partes” a un vínculo no querido, el criterio del Derecho canónico sobre el matrimonio (c. 1086.2, del CIC de 1917) y lo repugnante de imponer la validez de unos actos sobre cuya finalidad fraudulenta hay certeza moral, según resulta de la prueba” DE CASTRO Y BRAVO, F: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 346-347.

5. Un giro copernicano en el tratamiento de las causas de nulidad. Prevalencia prácticamente absoluta de la problemática del consentimiento en el marco de la nulidad matrimonial.

Efectivamente, se puede hablar de “giro copernicano”: la problemática de la nulidad matrimonial civil, los supuestos de nulidad que en la actualidad llegan a los Tribunales tienen que ver con el consentimiento y pueden encuadrarse en la problemática consensual del matrimonio.

Pero ¿cómo ha se ha producido ese cambio? ¿cuáles son las causas de aquél? ¿por qué el consentimiento, o la dimensión consensual del matrimonio, se ha desligado de la vertiente formal de la unión?; ¿por qué ahora el consentimiento no se identifica ya con “la persistencia en la resolución de celebrar el matrimonio y, en celebrarlo efectivamente”?

En mi opinión, son dos las causas de ese giro: de un parte, una notable relativización de las formas de celebración matrimonial; de otra, la conexión del matrimonio y, consiguientemente, de su misma regulación con el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad.

A) El matrimonio, en alguna medida, se “desformaliza”

Con el empleo del término “desformalizar” la idea que se quiere transmitir no es otra que la de la pérdida de importancia de la forma en el matrimonio. Aquella sigue figurando como un elemento estructural de la unión matrimonial, pero su relevancia es sensiblemente menor.

El matrimonio no se apoya ya sobre la forma, sino sobre el consentimiento. No se sustenta sobre una forma de celebración que absorbe dentro de sí el único consentimiento que al legislador le importaba (el emitido en la celebración, art. 100.2 CC anterior a la reforma por Ley 30/81), sino que lo hace sobre un consentimiento desligado ya del emitido en el marco formal de la unión, consentimiento que, si se presume es coincidente con aquél, coincidencia que lejos de presentarse como una presunción absoluta deja abierta la puerta a la prueba de que lo verdaderamente querido por ellos difiera de lo manifestado en sede de celebración.

El consentimiento que importa al legislador es el “real”, “material o sustancial”, términos todos ellos útiles para contraponerlo al consentimiento hasta entonces tomado en consideración por el legislador, y que, por contraposición, podríamos denominar consentimiento “formal”³⁰⁷.

³⁰⁷En este sentido, resultan llamativas las manifestaciones de ASÚA GONZÁLEZ, C.I, quien refiriéndose a la redacción del art. 45.1 CC por Ley 30/81, afirma que en él “ se expresa algo sobreentendido y plenamente aceptado, aunque no se dijera (también lo era antes de 1981), para que se realice un matrimonio los contrayentes deben querer casarse (y así manifestarlo en el modo y momento requeridos); lo que, desde la perspectiva de la relación jurídica matrimonial, significa que ésta no existirá si lo sujetos no han querido contraer matrimonio”.

La doctrina que escribía a poco de la reforma de 1981 ya detectó lo que se acaba de decir³⁰⁸.

En ese proceso de pérdida progresiva de la importancia de la forma, puede que haya tenido algún grado de incidencia el progresivo aumento de funcionarios, y la diversidad de funciones que aquellos ejercen, a la hora de autorizar matrimonios: frente a la sola presencia del juez, investido del poder jurisdiccional del Estado, en la actualidad el ciudadano conoce que puede celebrar la unión ante una multiplicidad de funcionarios, judiciales unos, fedatarios públicos otros, sin que falten asimismo los de carácter político o representativo (alcaldes, concejales delegados por aquellos), circunstancia que *per se no* “desformaliza” el matrimonio, pero sí que viene a relativizar de alguna manera la forma de celebración ante los propios ciudadanos que contemplan como las posibilidades relativas a la forma de su unión pueden ser muy numerosas. Si bien, aunque esa posibilidad de opción entre ellas podía enfocarse como una manifestación de autonomía de los sujetos, a *sensu contrario*, supone una indudable relativización de la dimensión formal del mismo matrimonio.

A la anterior consideración, en relación con la proliferación de formas de celebración, podría añadirse el notable aumento de formas religiosas, fruto en unos casos de acuerdos entre el Estado y determinadas confesiones, y en otros, de la inscripción de la respectiva confesión en el Registro de entidades religiosas del Ministerio de Justicia.

Todo ello sin olvidar que la configuración jurídica que puede atribuirse a esas formas no es otra que la de formas religiosas o confesionales de celebración de

Llama aún más la atención las consideraciones que siguen, referidas asimismo a la redacción del 45.1 CC surgida de la reforma de 1981: “Nuestro Código no se limita a precisar la exigencia de consentimiento, sino que califica al mismo como “matrimonial”. Ningún carácter distintivo aporta la adjetivación, puesto que, en todo caso, cualquier referencia al consentimiento sería a un consentimiento matrimonial...” ASÚA GONZÁLEZ, C.I: “Comentario al art. 45 del CC”, en AA. VV: *Comentarios al Código Civil II* (coord. por J. RAMS ALBESA Y R. M. MORENO FLÓREZ) Vol.1º, Libro Primero (Títulos I a IV), Bosch, Barcelona, 2000, p. 495.

No cabe más que estar de acuerdo con la autora: “cualquier referencia al consentimiento lo sería a un consentimiento matrimonial”, pero de lo que se trataba entonces, y lo que resolvió la adición del adjetivo “matrimonial”, no era lo que debía entenderse en el sentir común por consentimiento “matrimonial”, sino qué debía entender el propio legislador. Y en este sentido, la simple lectura del art. 100 originario ponía de manifiesto que, para el legislador ese consentimiento se entendía existente cuando se hubiere manifestado en sede de celebración matrimonial. Ese consentimiento, y no otro, era el que importaba al legislador. La mejor prueba de que ese “consentimiento” era el único relevante se encontraba en la irrelevancia de la figura de la simulación.

³⁰⁸En este sentido, entre otros, GETE ALONSO Y CALERA, C: “Comentario al art. 78”, en AA. VV: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia* (dir. por M. AMORÓS GUARDIOLA), Vol.1º, Madrid, Tecnos, 1984, p. 413.

“El artículo 78 CC nuevo en nuestro sistema, conforme al carácter esencialmente consensual del matrimonio, viene a establecer un principio a seguir por el Juez, según el cual la presencia de la buena fe de al menos uno de los cónyuges y la concurrencia de un mínimo de forma en la exteriorización del consentimiento matrimonial no determina la nulidad del matrimonio por “defecto de forma”.

un matrimonio que, en cuanto a su clase, habría que calificar como “civil” en todo caso (excepción hecha, con matizaciones, del canónico).

B) Consecuencia ineludible de la conexión entre matrimonio y libre desarrollo de la personalidad: La fundamentación del matrimonio sobre el consentimiento real de los sujetos

La concepción misma de la unión matrimonial como cauce para el libre desarrollo de la personalidad de los individuos (art. 32. 1, en relación con el art. 10.1 CE) presupone, ineludiblemente de una parte, una concepción radicalmente diferente del consentimiento y de otra, la de atribuir relevancia jurídica a esa diferente concepción.

La primera de las vertientes señaladas requeriría necesariamente de la abolición de esa concepción hasta entonces imperante por cuanto al consentimiento se refiere. Se tratará de “extraerlo” del marco formal de la celebración, pero esa “extracción” no es equivalente a supresión de aquél, ya que la emisión y manifestación de ese consentimiento tendrá que seguir produciéndose en el marco de la celebración, es decir, en esa dimensión formal del matrimonio.

Por tanto, el empleo del término “extracción” no ha de entenderse en sentido literal sino figurado: se trata de no hacer coincidir, necesariamente el consentimiento manifestado con el consentimiento real o verdadero de los sujetos, como si no pudiese haber más consentimiento que aquél que se manifestó ante el funcionario o ministro autorizante de la celebración.

El resultado es que el consentimiento se sigue manifestando insertado en la celebración, pero puede no ser el verdaderamente relevante para la constitución de la relación jurídica matrimonial: Quiebra, por tanto, esa “identificación” plena y total entre consentimiento matrimonial y consentimiento manifestado en la celebración.

El consentimiento que importa es el “real”, o “verdadero”, el realmente existente por cuanto en él se contiene la verdadera voluntad de los sujetos. Pero ¿Qué papel juega entonces la manifestación en sede de celebración? ¿cuál será su alcance?: la respuesta es la de ser un simple vehículo de exteriorización del consentimiento “real” (el único relevante).

No se está ante una doble consideración del consentimiento, “el real” y el “formal”, sino ante una única realidad consensual, la “real”. De esta forma la dimensión formal del consentimiento, su alcance, se agota y no va más allá de una simple presunción de coincidencia con el consentimiento “verdadero” o “real”. Se presume que los contrayentes quieren realmente aquello que dicen querer. Ha pasado el tiempo en que la manifestación “formal” del consentimiento era “el consentimiento”. No era posible la búsqueda de ese consentimiento fuera o lejos de esa manifestación “formal”.

Desde esta perspectiva, se comprende más fácilmente el sentido y alcance de ese párrafo segundo del art. 100 CC en su redacción anterior a la reforma de 1981, y se capta en toda su amplitud la sistemática del Capítulo III (Del matrimonio civil) Libro I del CC, Secciones Primera y Segunda, en donde no cabe hallar más referencia al consentimiento que aquellas a las que se hizo anteriormente referencia.

La manifestación formal del consentimiento no va más allá, no tiene más importancia que la de integrar una presunción de correspondencia con la voluntad “real” de los sujetos, presunción que no es absoluta sino relativa y, en consecuencia, destruible. La consecuencia de su destrucción será la de concluir que no hubo consentimiento matrimonial. En este caso, ¿Que quedará entonces de aquella manifestación formal? Absolutamente nada.

La segunda de las vertientes a que se ha hecho referencia implicaba atribuir relevancia jurídica a esa diferente concepción del consentimiento.

Y es que, si el matrimonio se concibe como cauce al libre desarrollo de la personalidad, afirmación de imposible discusión. Se ha de reconocer que las personas no solo son libres para contraer o no matrimonio, sino que es legítimo y digno de protección por el ordenamiento que acudan a esa unión con finalidades asimismo legítimas, y que, obviamente, podrán ser distintas en unas personas u otras.

La idea a que se acaba de hacer referencia sólo será posible cuando los particulares puedan, partiendo (tal como se apuntó en el Capítulo I del presente trabajo) de un esquema matrimonial que allí se denominó “de mínimos”, introducir circunstancias cuya consecución pretendan contrayendo matrimonio; circunstancias “de entidad”, aunque esa “entidad” (al igual que ocurre en el ámbito del error, art. 73.4 CC) deba apreciarse desde el plano subjetivo.

Normalmente, esa entidad lo será objetivamente (vgr. mantenimiento de relaciones sexuales, voluntad o deseo de casarse para tener hijos), pero sin excluir asimismo que, aun careciendo de esa entidad “objetiva”, o no presentándola de manera patente según las concepciones sociales imperantes, la tenga “subjetivamente” para el individuo (creencias religiosas, virginidad. . .).

No se trata, de excluir el mínimo de la unión matrimonial civil, tal como la diseña el CC, sino de que, partiendo de ese esquema “de mínimos”, puedan los particulares introducir circunstancias no contempladas por el legislador, pero sí queridas por ellos al decidirse a celebrarlo.

(Así, el tener hijos, o la aptitud en orden al mantenimiento de relaciones sexuales, no forman parte de ese esquema “de mínimos” con los cuales el legislador del CC diseña el esquema del matrimonio civil; la concepción que del matrimonio se contiene en el CC no incluye, necesariamente, a los hijos, ni tampoco la capacidad de los cónyuges en orden al mantenimiento de relaciones

sexuales, sino como una simple unión de vida entre dos personas (de distinto sexo o del mismo), a fin de constituir entre ellos una plena comunidad de existencia, informada por ese complejo de derechos y deberes contenidos en los arts. 66-68 CC).

Pero la configuración de la unión matrimonial civil según ese esquema denominado “de mínimos”, no impide las “adiciones” (no deseo casarme con una persona estéril, o que carezca de aptitud para las relaciones sexuales, o que carezca por completo de formación; y si me decido a hacerlo lo quiero hacer con una persona en la que concurran esas circunstancias).

El legislador no ha incorporado esas cualidades a la unión matrimonial que contempla la legislación, lo que significa que concibe el matrimonio sin ellas. Aunque no concurran el matrimonio no dejaría de merecer esa denominación en su configuración legislativa, pero el juego del consentimiento y su toma en consideración por el legislador implican el respeto a lo querido por los sujetos, convirtiendo así la unión en lo que aquella debe ser, cauce para el libre desarrollo de la personalidad de quienes lo contraen.

Las “adiciones” son relevantes, y, su no concurrencia determinante, en su caso, de un supuesto de nulidad matrimonial.

Una adecuada toma en consideración del consentimiento matrimonial, y del matrimonio mismo como cauce al libre desarrollo de la personalidad, conducirá a que, no concurriendo esa circunstancia concreta, querida por el sujeto y determinante en su decisión de contraer, deba prevalecer su voluntad de no vincularse.

El juego de la nulidad matrimonial por error en cualidad personal de entidad aparece, de una parte, como cauce al libre desarrollo de la personalidad del contrayente defraudado y de otra, como manifestación de una concepción del consentimiento matrimonial muy distinta de la acogida en el CC con anterioridad.

II. INEXISTENCIA DEL CONSENTIMIENTO Y CONSENTIMIENTO NO ÍNTEGRO. CONSIDERACIÓN GENERAL

Aunque pueda parecer innecesaria, me parece oportuna la necesidad de diferenciar, de un lado, el supuesto de “inexistencia del matrimonio” y, de otro, el de “inexistencia de consentimiento matrimonial”.

En este capítulo del trabajo, se han de considerar únicamente los supuestos que lo son de “inexistencia de consentimiento matrimonial”. El tratamiento de la “inexistencia del matrimonio” se sitúa en un plano distinto, que tendría que ver con la admisibilidad misma de la figura de la “inexistencia” en el marco general

del negocio jurídico, y, una vez presupuesta su admisibilidad, se trataría entonces de analizar su aplicabilidad al negocio jurídico matrimonial.

O, dicho de otro modo, la inexistencia de consentimiento matrimonial no lleva a la “inexistencia del matrimonio”, sino a la “nulidad del negocio jurídico matrimonial”.³⁰⁹

Considero que, si la figura misma de la “inexistencia” se presenta llena de dudas en cuanto a su utilidad y conveniencia en el marco de los contratos patrimoniales, no puede mantenerse una postura distinta respecto del negocio jurídico matrimonial.

Quizá la conclusión a la que pueda llegarse es la de que la denominación de “matrimonio inexistente” sólo resultaría aplicable a aquellos supuestos en los que ni siquiera pudiera hablarse de apariencia misma del acto jurídico matrimonial, lo que parece reconducir el término a supuestos residuales, lo que justificaría el no dedicarle mayor atención.³¹⁰

“La nulidad puede deberse afirman, DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS, en una consideración global de la cuestión a la falta de un auténtico consentimiento matrimonial (falta de capacidad natural para prestarlo, simulación o reserva mental) o a la existencia de vicios de este (error, coacción o miedo): en el primer caso se dice que el consentimiento no es “real”, en el segundo que no es “íntegro” (por no ser libre).”³¹¹

El tratamiento de lo que podríamos denominar en sentido amplio “patología” del consentimiento matrimonial se ha realizado desde unas categorías que, creo

³⁰⁹DIAZ MARTINEZ, A: “Comentario al art.73 del Código Civil”, en AA. VV: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), T. I, Tirant lo Blanch, 2013, p, 802.

³¹⁰Defendiendo con toda la utilidad de la categoría, DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio”, en AA. VV: *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE), 6º edición, Edisofer, Madrid, 2021, p. 144, “A nuestro juicio, esta figura de la inexistencia del matrimonio, en cuanto permite negar a la unión todo tipo de efectos incluso, los del matrimonio putativo, si fuere concebible sin necesidad de que sea declarado por una sentencia, sigue siendo útil y debe admitirse en los casos en que el matrimonio es estructuralmente imposible: así, el celebrado con varias personas a la vez o el matrimonio por poder que llegue a celebrarse a pesar de estar muerto el poderdante”.

³¹¹DE VERDA Y BEAMONTE, J. R, Y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La nulidad del matrimonio”, en AA. VV: *Las crisis familiares* (coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS y G. MUÑOZ RODRIGO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 72. Para un análisis de conjunto de los supuestos de inexistencia de consentimiento matrimonial, cfr. entre otros, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad”, en AA. VV: *Derecho Civil IV. Derecho de Familia* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, cit., pp. 83 y ss.; DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., pp. 39 y ss.; en especial, pp. 46 y ss.; PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., pp. 55 y ss.

Para un tratamiento pormenorizado de cada una de las causas de inexistencia de consentimiento, es obligada la consulta de obras, entre las que se encuentran las siguientes: GETE ALONSO Y CALERA, M. DEL C: “De la nulidad del matrimonio.”, en AA. VV: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia* (dir. por M. AMORÓS GUARDIOLA) Vol.1º, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 359 y ss.; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A: “De la nulidad del matrimonio”, en AA: VV: *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil* (coord. por J. L. LACRUZ BERDEJO), Civitas, Madrid, 1994, pp. 691 y ss.

que no son adecuadas para abarcar con exactitud una realidad multiforme como lo es la que al consentimiento se refiere.

Un análisis de las patologías del consentimiento no puede hacerse sin partir previamente de un presupuesto indispensable como el relativo a que haya que entender por consentimiento matrimonial.

De otro lado, cuando se aborda esta temática la distinción primera y principal de la doctrina mayoritaria y autorizada, suele ser la de diferenciar, de una parte, aquellos supuestos que lo serían de inexistencia de consentimiento, es decir, de ausencia absoluta del mismo; y, de otra, aquellos otros en los que existe consentimiento, pese a no tratarse de un consentimiento íntegro sino viciado.

A su vez, dentro en el primer grupo de supuestos, los que lo son de inexistencia (al margen ahora de los supuestos en que falte la capacidad natural para entender y querer)³¹² el tratamiento de la simulación se convierte en eje central³¹³, así como (en menor medida) el de la reserva mental. Sin embargo, esa consideración unitaria de ambas figuras puede presentar alguna crítica, así como también, la reconducción de la segunda de esas figuras al marco de la inexistencia de consentimiento.

Y es que, de un lado, la estructura misma y el *modus operandi* de la simulación y de la reserva mental difieren profundamente. La bilateralidad de la primera y unilateralidad de la segunda vendrán a diferenciarlas claramente. De otro, el encuadre de la reserva mental en el ámbito de la inexistencia de consentimiento sólo es admisible si atendemos al hecho de que la falta de consentimiento de la contraparte impide la concurrencia de voluntades sobre el objeto y la causa del negocio, y consiguientemente, el vínculo no llega a nacer; pero es asimismo innegable que de algún modo hay “consentimiento”³¹⁴ por aquella de las partes que, procediendo de buena fe, desconoce la reserva mental de la otra.

Por tanto, más que de inexistencia de “consentimiento”, al menos en cuanto se refiere a la parte que consiente, ignorando que la otra no consiente, se trataría

³¹²Y a los que se ha dedicado el capítulo anterior del presente trabajo.

³¹³En eje central, dado el carácter residual de aquellos otros supuestos que también lo son de inexistencia de consentimiento, vgr. las denominadas declaraciones *iocandi causa*, la hipótesis de error en la declaración (*lapsus linguae o lapsus calami*), supuestos que lo son de error obstativo, o la referida a la ignorancia de la esencia del matrimonio. El carácter residual de tales supuestos convierte al de simulación matrimonial en “eje central” de la temática referida a la inexistencia de consentimiento matrimonial.

³¹⁴El entrecomillado del término “consentimiento” responde a la idea a que se acaba de hacer referencia. Si se parte de la circunstancia de que sólo puede hablarse en puridad de consentimiento cuando éste sea adecuado y capaz de generar el vínculo, la conclusión es clara: el consentimiento no existe, pero con ello, este enfoque aun siendo innegable, desconoce una realidad alejada de toda duda, la de que una de las partes “consiente”, “quiere el matrimonio”, por lo que, respecto de ella, la calificación de su “consentimiento” como inexistente requiere adoptar un planteamiento formal del problema, atendiendo únicamente al efecto final del problema, el de que el vínculo no alcanza a tener existencia, pero que conlleva colocar en un mismo plano situaciones y realidades completamente desiguales.

de la existencia de un “consentimiento” unilateral, existente, pero totalmente insuficiente para la constitución del vínculo, dada la bilateralidad exigida en el negocio matrimonial.

Que el resultado práctico sea el mismo, el no nacimiento del vínculo no parece justificar plenamente ese encuadramiento igualitario, que vendría contradicho por una larga tradición de irrelevancia de la reserva mental (no ya solo en el marco contractual), sino también en el matrimonial civil y ello aun después de la admisión en este de la relevancia de la simulación.

Un supuesto de inexistencia del consentimiento lo constituye el referido a la ignorancia de la esencia del matrimonio, al que el legislador del CC no se refiere expresamente, aunque no hay duda de que podría tener cabida en el párrafo primero del art. 45 CC.

Con todo ello, la inexistencia en el CC de una noción de aquél (ni siquiera esta puede inferirse del propio art. 45.1 CC en relación con los arts. 66-68 CC), no haría superflua la inclusión de un precepto similar al contenido en el art. 231-2, párrafo primero, de la Ley 25/2010, 29 de julio, del libro segundo del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia³¹⁵ y ello aun sin desconocer que nos movemos en el plano de realidades necesariamente residuales en la realidad de nuestro tiempo.

Finalmente, las figuras que habitualmente suelen considerarse como determinantes de la existencia de un consentimiento matrimonial no íntegro sino viciado, no parece que puedan ser objeto de una consideración unitaria: figuras como las del error recayente en la identidad misma de la persona del otro contrayente, o la figura de la coacción, parecen resistirse a su compatibilidad con la existencia de un consentimiento “viciado”, (dejando al margen su tratamiento legislativo)³¹⁶, aproximándose más en su misma configuración a supuestos de inexistencia de consentimiento³¹⁷.

³¹⁵“El matrimonio establece un vínculo jurídico entre dos personas, que origina una comunidad de vida en que los cónyuges deben respetarse, actuar en interés de la familia, guardarse lealtad, ayudarse y prestarse socorro mutuo”.

³¹⁶Por cuanto la sola circunstancia de que una determinada figura reciba un determinado tratamiento legislativo no parece suficiente para la determinación de su misma naturaleza. Las razones de política legislativa que el legislador pueda haber tomado en consideración para atribuir a la figura un tratamiento u otro, no parecen impedir al doctorando llegar a sus propias conclusiones sobre la naturaleza de aquella.

³¹⁷En este sentido, resulta muy discutible, no únicamente desde una perspectiva jurídica sino también lógica, que la consideración sin reservas del error recayente en la identidad del otro contrayente como un supuesto de error vicio y no de inexistencia de consentimiento. Según esta opinión, que no comparto, aun tratándose de un supuesto de error obstativo, su tratamiento jurídico debe serlo como error vicio, “pues en él, el sujeto quiere realmente casarse, aunque con otro”, De PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., p. 127. Y es que, en definitiva, esa “fungibilidad” de la persona en la unión matrimonial no parece aceptable. Aquí no se yerra sobre una cualidad personal del sujeto con el quiero contraer, sino sobre la persona misma. Entender entonces que exista consentimiento aun en tal circunstancia, parece colisionar con las reglas de la lógica. Y es que, concebir el consentimiento en

Desde esta perspectiva, cabría pensar entonces que el régimen jurídico que a ambas se le atribuye en el CC venga determinado más por razones de política legislativa que en atención a su misma naturaleza.

III. SIMULACIÓN MATRIMONIAL

1. Preliminar

En la actualidad, el concepto mismo de que haya que entender por simulación

el matrimonio, como la pura y simple voluntad de casarse, al margen completamente de la persona del otro, de quien sea ese otro, no me parece, en absoluto un punto de vista compartible. Otra cosa es el tratamiento que atribuya el legislador a dicha hipótesis, pero sea cual fuere este, no impediría la sostenibilidad de las afirmaciones anteriores.

En p. 133, diríase que el autor mantiene un punto de vista radicalmente opuesto al anterior, y que por ello comparto, “El consentimiento es matrimonial en cuanto cada contrayente toma en consideración a la persona del otro de modo perfectamente individualizado y no fungible”.

matrimonial³¹⁸, o lo que es lo mismo, por matrimonio simulado³¹⁹, resulta en lo sustancial pacífico³²⁰. No cabe decir lo mismo en cuanto a la

³¹⁸Al tratarse como se ha dicho de un concepto pacífico en la jurisprudencia y en la doctrina, aunque con diferencias en la denominación (matrimonio “simulado”, de “conveniencia” de “complacencia”, etc.), no parece necesario entrar aquí en mayores consideraciones sobre si el enfoque del tradicionalmente denominado matrimonio “simulado” debiera ser otro (negocio en fraude de ley, negocio indirecto, negocio fiduciario, matrimonio a efectos convencionalmente limitados...). Sobre el particular, ARECHEDERRA ARANZADI, L.I: “La simulación en el matrimonio civil”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980, núm. 1, p. 200 y ss. En el negocio en fraude de ley, la esencia misma de la figura (como señala el autor citado) parece que ha de verse en el restablecimiento de la norma defraudada. “Sin embargo, lo que no se ha solucionado es un problema de consentimiento que en la esfera del fraude sólo es contemplado como un paso en el “*iter*” fraudulento”; es claro, pues, que el elemento esencial de cada una de las figuras es muy diferente (restablecimiento de la norma defraudada en la figura del negocio en fraude de ley; inexistencia de consentimiento en la propia del matrimonio simulado); tratándose del negocio indirecto (figura está muy manejada por la doctrina italiana a poco de la entrada en vigor de la Ley de 19 mayo 1975, introductora de la figura de la simulación matrimonial en el CC de aquél país), por lo que, no parece asimismo que sea posible la identificación; de una parte, por la inexistencia, o al menos la no necesidad del acuerdo simulatorio, en el negocio indirecto, acuerdo sin el cual la figura de la simulación matrimonial resulta inconcebible. Más proximidad parece existir entre ambas figuras, frente al parecer contrario de ARECHEDERRA, en cuanto el negocio indirecto se caracterizaría por una cierta falta de homogeneidad entre el fin perseguido y el medio empleado; circunstancia ésta que de alguna manera cabría apreciar que se da asimismo en la simulación matrimonial; para obtener una nacionalidad, o un permiso de residencia, se acude a la celebración de un matrimonio ficticio, siendo obvio que las finalidades típicas de la unión matrimonial no son la consecución de una determinada nacionalidad, o la de un permiso de residencia. La diferencia esencial parece situarse en la importancia que el acuerdo simulatorio presenta siempre en la simulación matrimonial, y no desde luego en la otra, de la circunstancia a que alude el autor citado para esa diferenciación, la de que en el negocio simulado “se da una incompatibilidad entre la voluntad de las partes y el contenido del negocio” (“La simulación”, cit., p. 201). No cabe apreciar en modo alguno esa pretendida “incompatibilidad”. Lo que las partes que simulan quieren conseguir no cabe decir que sea “incompatible” con el contenido mismo del negocio matrimonial; es perfectamente “compatible” con ese contenido (por ejemplo, obtener una nacionalidad). El problema no viene por esa pretendida “incompatibilidad”, que no existe como tal, sino por una circunstancia distinta, la de la exclusión pura y simple del contenido del negocio, contenido que no se quiere, se excluye, y únicamente se desea obtener un fin/o fines cuya consecución “es compatible” con el contenido del matrimonio, pero con tal de que ese contenido no venga excluido.

En lo relativo al encuadre del matrimonio simulado en el marco del negocio fiduciario, es rechazable en cuanto incompatible en su misma estructura y funcionamiento con un consentimiento calificable como “matrimonial”. Basta con transcribir la idea esencial de esta concepción para comprender su radical contraposición con la existencia de un consentimiento calificable como “matrimonial”: “Y es entendido por las partes que ninguna de ellas, hará de la cualidad jurídica adquirida por el consentimiento de la otra, el estado de cónyuge, un uso que sea contrario con la limitada finalidad de aquella atribución. Ciertamente el poder conferido al otro cónyuge es más amplio que lo permitido, pero del comportamiento leal de la contraparte se deriva la correspondencia del uso del poder con el fin permitido” (ARECHEDERRA ARANZADI, L.I: “La simulación”, cit., p. 201, recogiendo literalmente el parecer de GRASETTI). Se atribuye, el estado de cónyuge, de modo recíproco, por un contrayente al otro, pero sin que pueda hacerse de ese estado “un uso contrario a la limitada finalidad” para que se hizo aquella atribución. El choque con la figura que nuestro ordenamiento denomina “matrimonio” es frontal.

Tratándose del llamado matrimonio “a efectos convencionalmente limitados”, la configuración jurídica es clara: si esos efectos se pretendiera su consecución, “además de, o sin exclusión de un consentimiento propiamente matrimonial”, no cabe duda de su validez (el típico ejemplo de la jurisprudencia francesa, matrimonio celebrado al solo objeto de legitimar a un hijo extramatrimonial), si ese propósito legitimador se hiciera compatible con un consentimiento propiamente matrimonial, no existirán dudas de la validez de la unión. Si, por el contrario, ese propósito, lícito y loable, se trata

de conseguir excluyendo el consentimiento propio del matrimonio, se estará sin duda ante un supuesto de simulación.

³¹⁹La bibliografía española y extranjera sobre los matrimonios simulados, llamados también “de complacencia” o “de conveniencia”, es muy amplia. Por cuanto se refiere al Derecho español, la aparición de esta bibliografía se inicia en el tiempo inmediatamente anterior a la reforma de 1981, apoyándose de una parte, sobre la necesidad de tomar en consideración la voluntad real de los contrayentes, frente a una regulación como la entonces contenida en el CC centrada exclusivamente en el consentimiento formal o manifestado en sede de celebración; y, de otra, en el aliciente representado por la reforma de la legislación matrimonial italiana de 1975, y la redacción que a raíz de aquella recibiría el art. 123. 1 CC italiano, previendo ya de modo expreso la figura de la simulación matrimonial; en este sentido, entre otros, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E: “La nulidad”, cit., pp. 3 y ss.; ARECHEDERRA ARANZADI, L.I: “La simulación”, cit., pp.179 y ss. Tras la entrada en vigor de la Ley 30/81, la bibliografía sobre el tema habría de aumentar considerablemente todo ello en el marco de una atención hasta entonces por completo desconocida de la civilísima por cuanto al negocio jurídico matrimonial se refiere, hasta ese momento confiado prácticamente en su integridad al ámbito de la canonística. En este panorama bibliográfico se agrupan obras generales, otras de carácter marcadamente exegético y aquellas en las que predomina ya un tratamiento monográfico de la materia. Así, sin propósito alguno de exhaustividad, ALBALADEJO GARCÍA, M: *Curso*, cit., p. 92 y ss.; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A: *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y Régimen Económico*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 120 y ss.; ASÚA GONZÁLEZ, C. I: “Comentario”, cit., pp. 495 y ss.; BLASCO GASCÓ, F. DE P, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2015, p. 289; CARRIÓN OLMOS, S: “En torno a la simulación de matrimonio civil”, en *Revista de Derecho Privado*, enero 1981, pp. 35 y ss. febrero 1981, pp. 128 y ss.; CARRIÓN OLMOS, S: “Convivencia post nupcial y matrimonio “de complacencia”, en *Cuestiones de interés jurídico, Revista del Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE)*, mayo 2020, pp. 1 y ss.; CASTRO LUCINI, F: *Temas de Derecho Civil*, Artes Gráficas Iberoamericanas, Madrid, 1989, p. 40; DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., pp. 134 y ss.; DE PABLO CONTRERAS, P: “Comentario a los artículos 45 y 73 del Código Civil”, en AA. VV: *Código Civil Comentado*, (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Vol. 1º (arts. 1 a 608), Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 348 y ss. y 447 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R: “Los matrimonios simulados”, cit., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*) cit., pp. 71 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad”, cit., pp. 83 y ss.; con una más que completa actualización de la jurisprudencia y Resoluciones de la todavía llamada DGRN; DÍAZ MARTÍNEZ, A: “Comentario al artículo 45 CC”, en AAVV: *Comentarios al Código Civil*, (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO), T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 659 y ss., y 800 y ss.; DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J: “La nueva regulación del matrimonio en el Código Civil” en AA. VV: *Las Reformas del Código Civil por Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos Madrid, 1983, pp. 12 y ss., DÍEZ PICAZO, L Y GULLÓN BALLESTEROS, A: *Sistema*, cit., pp. 96 y ss.; DORAL Y GARCÍA DE PAZOS, J. A: “De la nulidad”, cit., 691 y ss., GARCÍA CANTERO, G: “De la nulidad del matrimonio” en AA. VV: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*” (dir por M. ALBALADEJO GARCÍA), T. II, Arts. 24 a 107 CC, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pp. 203 y ss.; GARCÍA DE BLAS VALENTÍN FERNÁNDEZ, M. L: “El matrimonio, realidad social e institución jurídica”, en AA. VV: *Instituciones de Derecho Privado*, (coord. por V. M. GARRIDO DE PALMA), T. IV, Familia, Vol. 1º Madrid, 2001, pp. 79 y ss., y 118 y ss.; GARCÍA VARELA, R: “Comentario a los arts. 45 y 73 del Código Civil”, en AA. VV: *Comentario del Código Civil*, (coord. por I. SIERRA GIL DE LA CUESTA), T. I, Arts. 1 a 89, Barcelona ,2006, pp. 363 y ss., y 510 y ss.; GETE ALONSO Y CALERA, M. DEL C: “Comentario al art. 73” en AA.VV : *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia* (dir. por M. AMORÓS GUARDIOLA) Vol.1º, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 364 y ss., LACRUZ BERDEJO, J.L SANCHO REBULLIDA, F. DE A: *Elementos*, cit., pp. 154-155; LASARTE ÁLVAREZ, C: *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 39 y ss.; LUNA SERRANO, A: “Matrimonio y Divorcio”, en AA. VV: *El nuevo régimen de la familia*, Civitas, Madrid ,1982, pp. 148 y ss.; LÓPEZ ALARCÓN, M Y NAVARRO VALLS, R: “Comentario al artículo 73 del Código Civil”, en AA. VV: *Comentarios al Código Civil II*, (coord. por J. RAMS ALBESA Y R. M MORENO FLÓREZ), Vol.1º, Libro I (Títulos I a IV), Bosch Editor, Barcelona, 2000, pp. 707 y ss.; PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., pp. 60; PUIG BRUTAU, J: *Fundamentos de Derecho Civil, IV. Familia. Matrimonio. Filiación. Patria Potestad y Tutela*, Bosch, Barcelona,1985, p. 48; PUIG

BRUTAU, J: *Compendio de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 32; ROCA TRÍAS, E: “Los requisitos del matrimonio”, en AA. VV: *Derecho de Familia* (coord. por E. ROCA TRÍAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 72 y ss.; TORRERO MUÑOZ, M: “Las situaciones patológicas del matrimonio” en AA. VV: *Curso básico de Derecho de Familia y Sucesiones*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2003, pp. 48 y ss.; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C: *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, p. 156.

³²⁰ Aun tratándose de una cuestión menor, la denominación de la figura dista de ser unánime. así se habla de “matrimonios simulados; “de complacencia”; “de conveniencia”; “ficticios”; “blancos”; “a efectos convencionalmente limitados. . . y lo anterior sin propósito desde luego de agotar la terminología.

con todo, quizá se trataría de una cuestión menor si todas esas denominaciones encerrarán un mismo contenido, lo que no parece ser así. la denominación de “matrimonio simulado” quizá sea la más adecuada, de una parte, por su encaje con la terminología tradicional y propia de los contratos patrimoniales, de negocio simulado. las denominaciones matrimonios “de complacencia”, o “de conveniencia”, las más generalizadas en la actualidad, suscitan objeciones en un plano terminológico. y es que “complacencia” y “conveniencia” son términos que no encierran contenidos idénticos. un matrimonio de “complacencia” podría ser aquél que se celebra, ficticiamente en el marco de una representación teatral, o también, por juego o por diversión, tratando de “complacer” a alguien, de satisfacer un deseo que quizá no vaya más allá de eso. y es que la denominación “de complacencia” no se refiere a la esencia misma de la figura. No se trata de “complacer” o “agradar” a alguien, sino de conseguir (a través de la celebración) unos objetivos muy concretos. Por contra, la denominación matrimonio “de conveniencia” apunta más claramente a la esencia misma de la figura que nos ocupa: el “matrimonio” se celebra porque “conviene”, y “conviene” en cuanto a través de él se pretende obtener un fin ajeno al matrimonio mismo, pero para cuya consecución el “matrimonio” se presenta como vehículo idóneo para su consecución. Con todo ello, se aleja también de presentarse como la mejor de las denominaciones, pese a su general aceptación. La razón de lo anterior es muy simple: en un sentido amplio, en la realidad sociológica española de los siglos XIX Y XX, e incluso con anterioridad, la denominación de matrimonios “de conveniencia” solía utilizarse, por ejemplo en zonas rurales y en otras que no lo eran tanto, para referirse a varones que contraían matrimonio con mujeres de buena posición económica, movidos quizá por un interés crematístico, y por pasar el resto de su vida como administradores o intendentes del (en ocasiones) cuantioso patrimonio de la esposa (fincas rústicas y urbanas, capitales en efectivo. . . .) se trataba de supuestos en los que la “conveniencia” estaba clara. se perseguía, quizá, por el varón un móvil extraño, desde luego, al matrimonio mismo, pero de suyo “no incompatible” con la prestación de un verdadero consentimiento matrimonial. Se asumían así, los derechos y deberes matrimoniales por parte de ambos cónyuges, en consecuencia, ese móvil subjetivo del varón para servirse del matrimonio con la mujer acomodada a fin de disfrutar de una vida muelle, ocupándose de la administración y de la gestión de los bienes de su mujer, en modo alguno excluía la existencia de un verdadero consentimiento matrimonial. era el llamado “matrimonio por interés” (pero con voluntad de asumir el status conyugal, y actuar en consecuencia).

Nada tendría que ver este supuesto con el que en la actualidad se denomina matrimonio “de conveniencia”, dado que en esta figura tal como se la entiende ahora, se persigue un fin extraño al matrimonio mismo, pero excluyendo desde luego el conjunto normativo integrado por los derechos y deberes inter conyugales.

En cuanto a otras denominaciones, la de matrimonios “ficticios” resulta más acertada en cuanto apunta directamente a la idea de que se trata de un matrimonio puramente aparente, pero carece de arraigo en la terminología jurídica española, y no parece ofrezca ventaja sobre la tradicional de matrimonio “simulado” o de “simulación matrimonial”.

Recientemente, se ha utilizado por algún sector doctrinal (DE PABLO CONTRERAS) la expresión de “matrimonios blancos o de complacencia” para referirse a esta realidad, pero tal equivalencia no parece aceptable: de una parte, por las razones que se han apuntado en cuanto a la inconveniencia del término “de complacencia”, denominación que no parece pueda considerarse equivalente a “de conveniencia” (los términos “complacencia” y “conveniencia” difieren sensiblemente por cuanto es inherente al segundo la idea misma de “interés”, de consecución de ese “interés”, idea que no parece desprenderse necesariamente del término “complacencia”); de otra parte, hacer entrar en juego la denominación “matrimonios blancos” en esta temática puede presentar el inconveniente de recurrir

fundamentación técnica de la figura, respecto de la cual la controversia ha oscilado entre situar la esencia de la figura en una divergencia consciente entre voluntad interna y voluntad declarada, o centrarla por el contrario en la perspectiva de la causa del negocio³²¹. Manifiesto que mi parecer es otro, en cuanto creo que la regulación que del contrato se contiene en el CC (arts. 1261

a un término cuyo empleo habitual nada ha tenido que ver con el fenómeno del matrimonio simulado, y sí, con otra circunstancia que, si bien suele ser ingrediente del matrimonio simulado, puede darse asimismo fuera de este marco: el de la ausencia o inexistencia de relaciones sexuales en el matrimonio. Al matrimonio con ausencia de sexo, se le ha venido denominando tradicionalmente “matrimonio blanco”, pero esa inexistencia de relaciones sexuales bien puede venir de una ineptitud (originaria o sobrevenida) del varón para el mantenimiento de aquellas, conocida de antemano por la esposa, que acepta en consecuencia tal situación, pero cuya voluntad es vivir “maritalmente” con ese varón, aceptándolo y considerándolo como su marido por un cúmulo de razones que no son aquí del caso, o bien, puede que los esposos hayan decidido libre y voluntariamente abstenerse de esas relaciones, sin que naturalmente tal circunstancia implique la inexistencia de matrimonio. Nada de lo anterior tiene que ver con la figura de la simulación. Por ello, parece existir una cierta contradicción entre, de una parte, incluir en la categoría del matrimonio simulado los llamados matrimonios blancos, y afirmar, de otra, que “no cabe afirmar en modo alguno que sea nulo el matrimonio civil porque los cónyuges excluyan al consentir, no ya la posibilidad misma de tener hijos, sino incluso que su convivencia aparezca cualificada por una cierta disponibilidad sexual mutua” de PABLO CONTRERAS, P: “contenido del consentimiento matrimonial”, cit., p. 131. En definitiva, parece quepa afirmar que un matrimonio en el que vengan excluidas las relaciones sexuales, y al que cabría denominar blanco, no es reconducible al ámbito de la simulación matrimonial, con lo que se impondría concluir que, pese a tal exclusión, el legislador entiende que existiría consentimiento calificable o adjetivable como matrimonial.

Por cuanto se refiere al denominado matrimonio “a efectos convencionalmente limitados”, propia de la jurisprudencia francesa, se trata en realidad de un supuesto de simulación matrimonial, por cuanto en ella se persigue un fin distinto del que es propio al matrimonio en sí mismo, se persiguen fines “matrimoniales” pero que no son estrictamente los propios del matrimonio. En el caso concreto resuelto por la jurisprudencia gala, el fin concreto cuya consecución se pretendía era el de legitimar un hijo extramatrimonial. Se trataba, pues, de un efecto “matrimonial”, en cuanto propio del matrimonio (de aquella época); la legitimación del hijo sólo era posible celebrando el matrimonio, pero con toda la circunstancia de atribuir a un hijo la condición de legítimo (de acuerdo con la legislación entonces vigente), aun siendo un efecto que entonces se presentaba como indisolublemente ligado al matrimonio, no parece pudiera considerarse como perteneciente al “núcleo duro” de los derechos y deberes inter conyugales.

³²¹ En opinión de CARRIÓN OLMOS, S: “convivencia post nupcial”, cit., p. 3, “la problemática (doctrinal y jurisprudencial) relativa a los llamados matrimonios “de complacencia”, en otro tiempo enconada, ha ido dejando paso progresivamente a un panorama distinto: no se discuten, ni se cuestionan, aspectos que, en los años inmediatamente posteriores a la reforma legislativa a que se ha hecho referencia, e incluso mucho antes, venían siendo objeto de debate y discusión entre los especialistas. Es fácil recordar, por ejemplo, las polémicas en torno a la admisibilidad misma de la figura de la simulación en la unión matrimonial civil; a la necesidad de “prevalencia” del llamado consentimiento “formal” (el emitido en sede de celebración, ante el funcionario o ministro de la respectiva confesión), y ello por razones de seguridad jurídica; a la lenta pero imparable victoria de la proposición contraria, la de estar, la de atender, al llamado consentimiento “real”, en definitiva, a lo verdaderamente querido por los contrayentes, y todo ello, en el contexto de lo que se ha llamado, con acierto, “personalización” del instituto matrimonial”. El mérito de la construcción misma del término (“personalización” del matrimonio), así como, del análisis de la proyección de aquél en los distintos ámbitos de la legislación matrimonial personal, corresponde a DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., pp. 20-34.

y ss. CC) es base suficiente para la configuración y encaje de la figura de la simulación matrimonial³²².

Considero que el esquema normativo que para el contrato recoge el CC permite explicar suficientemente la figura de la simulación matrimonial, situando la problemática de esta fuera ya de la clásica controversia entre, de una parte, la divergencia entre la voluntad real y la declarada; y, de otra, en la temática de la causa.

“La simulación afirman DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS, es pura apariencia de matrimonio. La declaración pública de los contrayentes de querer celebrar matrimonio va acompañada de un pacto privado (desconocido por el funcionario o ministro autorizante), en cuya virtud, las partes excluyen sus efectos, su causa típica, consistente en la instauración de una plena comunidad de vida tendencialmente perpetua, con las obligaciones de convivencia, respeto y auxilio mutuo”³²³.

³²² “En estrecha conexión con lo que se acaba de decir, el problema central que asimismo habría de ser objeto de debate es el referido a la fundamentación técnica de la simulación matrimonial. Es decir, presupuesta su admisión, ¿cómo explicarla?; ¿cuáles serían las bases o presupuestos en los que apoyar precisamente esa premisa fundamental, según la cual, en los supuestos de simulación matrimonial, no existe consentimiento?

La polémica descendería a un terreno distinto: ya no se trataba de la admisión de la figura, sino de la necesidad de explicarla a través de las categorías jurídicas tradicionales, buscando su encaje en ellas. El debate se desplazó a la “necesidad” de optar entre dos premisas, erróneamente consideradas como antitéticas: se trataría, según unos, de un supuesto de divergencia consciente entre voluntad declarada y voluntad real. El enfoque de la simulación matrimonial como supuesto de divergencia consciente entre la voluntad real y la declarada (ante el funcionario autorizante), que dará lugar a una falta de consentimiento, que provocará la nulidad del negocio (art. 45.1 CC), sigue ocupando lugar destacado en el tratamiento del tema por parte de autorizada doctrina, cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los matrimonios simulados”, cit., Según otros, la cuestión precisaba otro enfoque en cuanto el problema debía reconducirse al ámbito de la causa del negocio, a la función misma que aquél debe cumplir, causa o función que justificaría su misma regulación normativa.

El debate habría de tener consecuencias positivas en el plano de la dogmática. Influyó decisivamente en ese progresivo desplazamiento del tema de la causa, del marco puramente contractual, a otro más amplio representado ya por la categoría del negocio jurídico. La conclusión (defendida por DIEZ PICAZO) se impondría: todos los negocios tienen causa. También el matrimonio, calificado de modo inamovible desde entonces como “negocio jurídico de Derecho de familia”. Y esa influencia positiva se manifiesta incluso en un aspecto más amplio: el atinente a la propia configuración del principio de autonomía privada. También es acto de autonomía privada aquél en que las partes pueden crear la relación, aunque carezcan del poder de reglamentar el contenido de aquella (DÍEZ PICAZO).

Al final, la conclusión hoy aceptada unánimemente es la de inexistencia de contradicción entre las dos posiciones anteriores. Y ello por cuanto ambas convienen a la figura de la simulación referida al matrimonio. Indiscutiblemente, existe esa divergencia, pero ello no es en modo alguno óbice para considerar que, en definitiva, esa falta de adhesión de los contrayentes a la función misma que para la unión matrimonial señala el legislador, hace posible asimismo configurar la simulación como un problema causal. Y ello, como digo, desde una perspectiva estrictamente técnica”. CARRIÓN OLMOS, S: “Convivencia post nupcial”, cit., pp. 3-4. Muy recientemente en este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Los matrimonios simulados, cit.,

³²³DE VERDA Y BEAMONTE, J. R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., p. 76. Siguiendo muy de cerca los planteamientos de los autores citados, CARRIÓN VIDAL, A, para quien el matrimonio de complacencia se puede definir como “un matrimonio falso, aparente, en

A diferencia de otros ordenamientos (como el italiano)³²⁴, en el CC español no es posible hallar una definición de la simulación matrimonial. El concepto de la figura se infiere así de los preceptos atinentes al consentimiento, de un lado, y del entramado de derechos y deberes que del matrimonio dimanar, de otro.

Resulta decisivo para esa configuración el complejo normativo integrado, de una parte, por los arts. 45.1 y 73.1 CC, referidos al consentimiento; y de otra, los arts. 66-68 CC, referidos a los derechos y deberes de los cónyuges).

Es decir, nuestro legislador aun sin nombrar la figura parece tener claro que el encaje de aquella es el suministrado por lo arts. 45.1 CC (“No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial) y 73.1 CC (“Es nulo: el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”). Ello se completaría además con el entramado normativo contenido en los arts. 66-68 CC.

No se define la figura, lo quizá se deba a la idea del legislador de que el operador jurídico será capaz de inferirla de los preceptos anteriores, a los que se acaba de hacer referencia.

A pesar de todo ello, este *modus operandi* del legislador de la Ley 30/81 es objeto de posibles críticas. Críticas que no pueden evitarse pese al largo periodo de tiempo transcurrido desde aquella reforma y pese a la circunstancia de la noción de simulación matrimonial sea admitido pacíficamente en la actualidad en el ámbito doctrinal y jurisprudencial.

En definitiva, se parte de una noción básica (de consentimiento matrimonial), cuya estructura o elementos el legislador no precisa del todo (sin más excepción que la del art. 68 CC). Y a partir de ahí, deberá ser el operador jurídico el que infiera de lo anterior las circunstancias que habrán de concurrir para entender que se está ante un supuesto de simulación matrimonial.

Es como si la noción de consentimiento matrimonial hubiera de intuirse por el operador jurídico, quizá por su propia elementalidad o sencillez. Y, una vez intuida esa idea, la noción de simulación en la unión matrimonial se inferiría como consecuencia misma de esa captación.

el que dos personas se ponen de acuerdo para celebrar un matrimonio que en realidad no quieren contraer”. “La declaración pública de los contrayentes de querer celebrar matrimonio va acompañada de ese pacto privado desconocido por el funcionario autorizante, en el que se excluyen los efectos típicos del matrimonio: constituir una plena comunidad de vida con lo que ello conlleva, obligación de convivencia, fidelidad, respeto, auxilio y actuación en interés de la familia”, “Los matrimonios de conveniencia”, Ponencia (inédita) presentada en Jornadas sobre “Libre desarrollo de la personalidad y nulidad del matrimonio” (dir. por J. R DE VERDA Y BEAMONTE) Universidad de Valencia, diciembre 2019, Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE).

³²⁴Art. 123 del CC italiano: “*Simulazione*”. *Il matrimonio può essere impugnato da ciascuno dei coniugi quando gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti*”

El legislador del CC no precisa más. A diferencia del italiano³²⁵, no solo es que no defina la figura ni señale sus caracteres, sino que, simplemente se refiere al consentimiento, consentimiento que se precisa puesto que ha de ser “matrimonial”. Una vez se tenga ese punto de partida, la construcción de la figura de la simulación quedará ya a cargo del operador jurídico.

Es como si todo estuviere resuelto tras la sustitución de la expresión “persistir en la resolución de celebrar el matrimonio, y si efectivamente lo celebra” del antiguo art. 100.2 CC, en el que no solamente el consentimiento no recibía esta denominación, sino que además se le identificaba con “la resolución de celebrar el matrimonio”, por la de “No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial” (art. 45. 1. CC).

Calificar de “innecesaria” la añadida calificación de “matrimonial” al sustantivo “consentimiento” en 1981, me parece una afirmación desacertada, y opuesta totalmente al propósito perseguido por los autores de aquella reforma³²⁶

En definitiva, el paso de un consentimiento simplemente “formal” a un consentimiento “real”, al que sin duda alguna se refiere el legislador en el 45. 1 CC, ya sería suficiente para la relevancia de la simulación, así como para su “encaje” en el marco del 73.1 CC.

2. Imprecisiones

Ese carácter pacífico de la simulación matrimonial y de qué lo que haya de entender por ella, parece tener que ver más con sus consecuencias, con sus

³²⁵Señalando las características de la norma italiana (lo que muestra sus diferencias con la española), RESCIGNO, P: “*Manuale del Diritto Privato Italiano (ristampa della decima edizione con appendice di aggiornamenti)*”. Jovene Editore, Napoli, 1993, p. 410, quien califica de acertada la postura del legislador italiano en el sentido de evitar la mención de finalidades ulteriores o diversas de las típicas del matrimonio como objeto de la representación y de la voluntad de los esposos, y estima existente la simulación del consentimiento siempre que los esposos, con un acuerdo precedente o coetáneo, hayan convenido “no cumplir las obligaciones y no ejercitar los derechos que del matrimonio derivan”.

³²⁶ASÚA GONZÁLEZ, C. I: “Comentario”., cit., p. 497. “La utilidad o virtualidad del precepto podría encontrarse en ser fundamento para demandar de nulidad en casos de ausencia o inexistencia de consentimiento, pero, existiendo en sede de nulidad el art. 73. 1 CC, el que ahora comentamos (el 45.1 CC, se entiende) queda a esos efectos relegado a ser un innecesario refuerzo”.

Cabría añadir que el eje de la cuestión es otro: el de constituir lo que cabría denominar “declaración programática” del legislador acerca de qué debe entenderse por “consentimiento matrimonial”, alejándose así, y aboliendo, una concepción distinta (la del art. 100 CC originario).

Desde esta perspectiva, no solo la adición del del adjetivo “matrimonial” no constituye un innecesario refuerzo, sino que explica el alcance del número 1º del art. 73 CC: el consentimiento “matrimonial” al que éste se refiere es el referido anteriormente en el 45.1 CC. Es este el que apunta al consentimiento, a lo que el legislador entiende por tal, y a la luz de él procederá determinar en qué supuestos ese consentimiento no existió y, consiguientemente, hará posible el encaje del supuesto en el marco de la nulidad del art. 73. 1 CC.

El 73.1 CC estaría pues a resultas del art. 45.1 CC, en cuanto será este último el que nos dice qué sea el consentimiento. Consiguientemente, la labor de interpretación y determinación de qué haya que entender por consentimiento “matrimonial” vendrá referida a ese adjetivo empleado en el art. 45.1CC, precisado lo anterior se hará posible en su caso la aplicabilidad del número 1º del art. 73 CC.

efectos y con la sanción misma del ordenamiento ante ella, que con su propia estructura.

Resulta indiscutible que el matrimonio simulado es radicalmente nulo por inexistencia de consentimiento, como indiscutibles lo son también las consecuencias de esa nulidad en cuanto a la legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad, y de la que no se excluye ni siquiera a los propios simuladores.

Pero si del régimen de efectos se pasa al ámbito teórico de la figura, a su estructura, a los elementos que la integran, se pasa a un terreno impreciso eludido, no obstante, por la jurisprudencia y la doctrina, que sitúan el enfoque en el plano de los efectos, convirtiendo en realidad aquél viejo refrán según el cual lo que verdaderamente importa de las figuras jurídicas es el régimen de efectos.

El hándicap ante el que nos encontramos quizá tenga mucho que ver con la inexistencia en nuestro país de un tratamiento pormenorizado de las estructuras negociales del matrimonio civil. Es verdad que ese hándicap habría de reducirse tras la reforma de 1981, pero quizá se siga echando de menos una clarificación de cuestiones como, por ejemplo, la relativa a si la simulación (la matrimonial). Por ejemplo, si es un fenómeno relativo a las declaraciones de voluntad de los sujetos o a la causa misma del negocio (convirtiéndose así en un problema causal)³²⁷, cuáles serán las relaciones (en caso de existir) entre “objeto” y “causa” en el negocio matrimonial, qué papel juegan en la estructura misma del negocio el entramado de derechos y deberes recogido en los arts. 66-68 CC. Todas estas cuestiones no son claras por lo que respecta a la simulación matrimonial.

A) “Causa” y “efectos” del negocio matrimonial

Para la generalidad de la doctrina española, los términos “causa” y “efectos” del negocio matrimonial son términos intercambiables.

Así, describiendo la figura en estudio, DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS, refiriéndose al acuerdo simulatorio existente entre las partes, aluden a:

“un pacto privado (desconocido por el funcionario o ministro autorizante), en cuya virtud, las partes excluyen sus efectos, es decir, su causa típica”.

³²⁷Punto de vista este mantenido autorizadamente, desde luego, por DÍEZ PICAZO, L desde principios de los años sesenta del pasado siglo, y unánimemente aceptado desde entonces, DÍEZ PICAZO, L: “El negocio”, cit., p. 47. Recientemente, en contra de este punto de vista, DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., p.136, para quien el problema de la simulación matrimonial sigue consistiendo en definitiva “en una divergencia consciente entre la voluntad interna y declarada”.

Esta identificación entre “causa” y “efectos”, se presta quizá a la objeción de que la “causa” se sitúa en un plano distinto, diferente, y anterior al régimen de “efectos”.

Si por “causa” de un negocio jurídico, (incluido el matrimonio) se entiende la función económico-social que el negocio cumple, y que justifica la protección de aquél por el ordenamiento, aquella debería situarse, en un plano anterior al propio de los “efectos” de aquél. La “causa” se presentaría como un concepto “estático”, frente al de “efectos”, que sería “dinámico”

El matrimonio es un negocio jurídico del que se desprende sin duda la doble bilateralidad, genética y funcional, dada la necesaria concurrencia de dos declaraciones de voluntad y el nacimiento de derechos y de obligaciones para ambos contrayentes; entramado de derechos y obligaciones respecto de los que no hay obstáculo alguno en apreciar “correspectividad”.

Un contrayente se obliga hacia el otro porque el otro, a su vez, se obliga hacia él. De esta forma, el régimen de “efectos” se ve necesariamente en una dimensión posterior a la que es propia de la “causa” del negocio.

Que el art. 1274 CC esté pensado para la hipótesis de contratos onerosos, remuneratorios o gratuitos, no es obstáculo para que pueda apreciarse el paralelismo entre las dos declaraciones de voluntad de un contrato oneroso y las propias del negocio matrimonial.

“En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte” (art. 1274 CC).

Por tanto, la “causa” debe ser contemplada en un plano anterior y distinto al propio de los “efectos”. La “causa” se presentaría como perteneciente a la descripción “estática” del negocio; los “efectos” por el contrario, a la consideración “dinámica” de aquél.

Naturalmente los “efectos” tienen que ver con la “causa”, pero no se identifican con ella, en cuanto presuponen el cruce de las declaraciones de voluntad. En definitiva, la “correspectividad”, una “correspectividad” que, aunque el CC la predique de los contratos onerosos, lo es también del negocio matrimonial.

Si la simulación se concibe como un problema causal (aunque con las matizaciones a que luego me referiré)³²⁸, es necesario concluir que la adhesión de cada uno de los contrayentes a la “causa” del negocio no puede serlo en abstracto; es decir al margen del otro. No es posible pensar en una adhesión

³²⁸Quiero decir que, en mi opinión, una correcta caracterización de la figura de la simulación matrimonial puede que requiera “huir” de esa contraposición que ha venido siendo habitual a propósito de esa caracterización: la de optar entre, de una parte, configurar la simulación como supuesto de divergencia entre voluntad interna, o real, y voluntad declarada, o, de otra, encuadrar la problemática de la simulación de matrimonio en el plano de la causa del negocio. Ambas perspectivas entiendo resultan parciales, y por ello incompletas, cuando de esa caracterización se trata.

“unilateral” de cada uno de los contrayentes a la “causa” del negocio. Ello carecería de sentido. Cada contrayente se obliga respecto del otro, y lo hace porque éste a su vez se obliga respecto de él. Este sería el plano propio de los “efectos”, ya que, de lo contrario, el mismo acuerdo entre los simuladores carecería de sentido. Por tanto, ese acuerdo simulatorio lo es precisamente en cuanto excluye esa mutua vinculación.

B) Objeto del matrimonio y simulación

La cuestión de si es posible o no hablar de “objeto” en el negocio matrimonial es asimismo materia de controversia y posiciones enfrentadas.

A poco de la entrada en vigor de la Ley 30/81, momento a partir del cual la jurisprudencia y la doctrina comenzaron a recalar en estas cuestiones implanteables con anterioridad por razones ya conocidas, el parecer mayoritario era el de que no cabe hablar de “objeto” en el negocio matrimonial.

“En relación con el “objeto”, escribía GETE ALONSO Y CALERA, difícilmente, pienso puede decirse en el negocio jurídico matrimonial, que exista. El contenido del consentimiento es fijo y tasado, inmodificable de antemano por los contrayentes”³²⁹.

Este punto de vista, generalizado quizá respondía (al menos en sus inicios) al propósito de “separarse” o “apartarse” lo mayor posible de la disciplina matrimonial propia del Derecho canónico. En 1981, la legislación eclesiástica venía contenida en el *Codex* de 1917, cuya reglamentación del matrimonio y, en lo que aquí atañe, al tema del objeto, parece había que situarlo en el llamado *ius in corpus*.

En realidad, el entendimiento que hacía la doctrina y jurisprudencia eclesiásticas de dicha expresión no era el que, de forma superficial, podía derivarse de tal expresión. Ni siquiera su traducción (“derecho de cada cónyuge en o sobre el cuerpo del otro”) daba pie a un entendimiento material de aquella.

Lo cierto es que tales premisas llevaban necesariamente a la exclusión de la categoría del “objeto” en el negocio matrimonial.

Sin embargo, puede que las cosas no sean necesariamente así. La existencia misma de “objeto” en el matrimonio puede venir exigida por su misma dimensión negocial, por su misma naturaleza “contractual”, sin que haga falta precisar que el término “contractual” no pueda ser empleado aquí en el sentido con el que se emplea en el marco de los contratos patrimoniales.

La calificación del matrimonio como “contrato”, muchos siglos antes de que la emplearan los revolucionarios franceses en 1789 (“La ley no considera el matrimonio más que como un contrato civil”), y la acogiera el *Code* de 1804, era

³²⁹GETE ALONSO Y CALERA, M. DEL C: “Comentario al art 73”, cit., p.373.

ampliamente utilizada por la canonística, sin que ello supusiera en modo alguno sostener la equiparación del matrimonio a los contratos patrimoniales, sino simplemente subrayar que aquél se fundamentaba en las voluntades concordes de los contrayentes.

Refiriéndose al principio consensual que se recoge en el párrafo primero del art. 45 CC, afirma ASÚA GONZÁLEZ, su innegable elaboración canónica, aunque subrayando que “la concepción del matrimonio como contrato, que se incorpora al *Code* y que fue objeto de expresa declaración en la Constitución francesa de 1791, responde a una evolución fruto de la síntesis entre el *consensus* canónico y la idea de secularización y temporalidad (frente al carácter sacramental, queda el matrimonio despojado del elemento, carácter o “ropaje” religioso, y se remite exclusivamente a la voluntad, bien que manifestada de acuerdo a la forma establecida”³³⁰.)

No puede sino estarse de acuerdo con lo anterior. Se trata de una afirmación comúnmente aceptada, pero que de ningún modo altera la premisa fundamental que no es otra sino la de que el matrimonio tiene una naturaleza, innegablemente “contractual”, al descansar y se apoyarse en un “acuerdo de voluntades”. Ese acuerdo conforma su misma estructura como negocio jurídico. La circunstancia de que no quepa su reconducción al marco de los contratos patrimoniales, porque la relación jurídica que por él se crea carezca de naturaleza patrimonial, no es obstáculo a lo que se acaba de decir. Las estructuras negociales que, para los contratos patrimoniales, se recogen en el CC, son igualmente aplicables al negocio matrimonial³³¹.

De otro lado, ese carácter “contractual” del matrimonio no parece haberse visto debilitado sino, por el contrario, reforzado tras la reforma del CC por Ley 15/2005. La aproximación del matrimonio a los contratos patrimoniales³³² se hace aún más patente desde el momento en el que la voluntad de los contrayentes no sólo es esencial para la constitución de la relación, sino para la existencia de aquella después de constituida. Y si, para la constitución se precisa

³³⁰ASÚA GONZÁLEZ, C. I: “Comentario”, cit., p. 495.

³³¹En este sentido, no comparto el parecer de quienes con apoyo en el carácter necesariamente “patrimonial” de la relación jurídica que el contrato crea, excluyen de raíz cualquier aplicabilidad al negocio matrimonial de las estructuras y esquemas normativos propios del contrato en nuestro CC. No se trata de que el matrimonio sea un “contrato”, sino de que le sean aplicables las estructuras negociales propias de contrato. Esto me parece innegable: consentimiento, objeto, causa, manifestación de ese consentimiento por la convergencia de ambas declaraciones de voluntad sobre “la cosa” y “la causa” que han de constituir el matrimonio, etc.

³³²Con todo ello, y aun aproximándose a la figura del contrato a causa del papel que se atribuye a la voluntad, la cuestión sería entonces la de determinar si el matrimonio cabría o no configurarlo como un “contrato” *resoluble ad nutum*, con lo que su encuadramiento en el marco contractual vendría entonces contradicho por el juego del art. 1256 CC. Es decir, por paradójico que parezca, al matrimonio no le encajaría el calificativo de “contrato” por cuanto en él el juego de la voluntad de las partes tendría un alcance muy superior al que aquella presenta en los contratos patrimoniales.

la concurrencia de ambas, para la extinción basta con que lo quiera una sola de ellas.

Situados en esta perspectiva, hay que admitir que hay “objeto” en el negocio matrimonial, y que este consistirá en la “realidad” misma sobre la que el consentimiento se proyecta.

C) A modo de conclusión

El análisis de la simulación matrimonial no puede hacerse prescindiendo de que en el matrimonio exista consentimiento, objeto y causa.

La estructura contractual del negocio matrimonial, entendida como acuerdo de voluntades, exige esa triple realidad. En este sentido, no existe inconveniente en traer aquí el texto mismo del art. 1261 CC, situado sí en el marco del contrato como acuerdo de voluntades encaminado a la creación, modificación o extinción de una relación jurídica patrimonial, pero delimitador asimismo (a los efectos que aquí interesan) de tres elementos estructurales cuya aplicabilidad al negocio matrimonial no parece pueda cuestionarse: “1. Consentimiento de los contratantes; 2. Objeto cierto que sea materia del contrato; 3. Causa de la obligación que se establezca”.

Ninguna duda ofrece la traslación del texto del 1261.1 CC al marco del matrimonio. La dimensión “contractual” de éste (en el sentido señalado con anterioridad) obliga a concluir que ha de darse ese consentimiento, que aquí obviamente no va dirigido a constituir relación jurídica alguna de carácter patrimonial, sino una de muy distinta naturaleza. Bastaría con sustituir el término “contratantes” por el de “contrayentes” para ese encaje total.

De otro lado, es obvio que también en el ámbito matrimonio, como en el que es propio de contrato, sólo cabrá hablar de consentimiento cuando, al igual que para los contratos señala el art. 1262.1 CC, ese consentimiento se manifieste por “el concurso (de ambas declaraciones de voluntad) “sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”.

Si ese “concurso” de voluntades no se produce, no hay consentimiento. Y es que el consentimiento matrimonial reclama por su propia naturaleza la bilateralidad. De ahí que, en la reserva mental, no puede decirse que no haya “consentimiento” de algún modo por parte del celebrante que ignora la reserva mental del otro. Aquél, de alguna manera “consiente”, en cuanto su voluntad real y verdadera es la contraer matrimonio, pero el vínculo no llega a alcanzar existencia porque esa declaración de voluntad no se encuentra con la de la contraparte. No se da ese “concurso” de voluntades al que se refiere el párrafo primero del art. 1262 CC.

El “consentimiento” de uno solo de los sujetos, sin el del otro, no es “consentimiento” a los efectos que aquí interesan, el de constituir el vínculo matrimonial.

Más problemático se presenta el apartado 2º del citado art. (“Objeto cierto que sea materia del contrato”).

En los contratos patrimoniales, la cuestión de cuál sea el “objeto” no se presenta con esa problemática con la que aquella se presenta en el marco del negocio jurídico matrimonial. Pero la pregunta no parece poder resolverse con la afirmación según la cual “no hay objeto” en el matrimonio: este elemento (esencial en el contrato patrimonial) cuando del matrimonio se trata, simplemente “no existe”.

La dificultad de admitir esa inexistencia procede, según creo, de que, de admitirse, ello equivaldría a afirmar que el matrimonio carecería de una realidad sobre la que proyectar ese consentimiento de cada uno de los contrayentes. Pero admitir lo anterior sería tanto como sostener que el consentimiento matrimonial se proyectaría en el vacío, al negarse ese elemento objetivo de referencia, al cual referir ese consentimiento.

Lo anterior más que impensable en el plano jurídico lo sería en el lógico³³³.

³³³A ello conduce de alguna manera el punto de vista de DE PABLO CONTRERAS, para quien si bien con anterioridad a la reforma del CC de 2005, era posible “identificar, como objeto del consentimiento, que lo cualificaba como específicamente matrimonial, el propósito de constituir una cierta “comunidad de vida durable”, por lo que cabría considerar nulo el matrimonio si los cónyuges excluyeran, al consentir, cualquier clase de convivencia o de ayuda mutua”, entiende sin embargo que tras ella (la reforma de 2005), “no existe razón alguna para mantener tal criterio. Los indicados deberes, cuya formulación el Código mantiene en los mismos preceptos (arts. 66 a 68 CC) y cuya lectura sigue precediendo a la recepción del consentimiento de los contrayentes en la ceremonia civil (art. 58 CC), al no poder conceptuarse, por carecer su incumplimiento de sanción alguna, como obligaciones jurídicas, no pueden servir para integrar el carácter matrimonial del consentimiento. De hecho, la indicada Ley 15/2005 refuerza aún más el carácter ilustrativo y didáctico, que no jurídico, de tales deberes al haber añadido el de “compartir las responsabilidades domésticas”, y atender a “ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”, cuya asunción por la voluntad de los contrayentes no puede ser valorada, por razones obvias, constituir un mero *desideratum* sociológico en un caso y exceder la relación interpersonal de los cónyuges en el otro, como constitutiva del vínculo”. DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., pp. 132. A este punto de vista se hará referencia posteriormente.

Aunque la argumentación del autor es, en buena medida acertada, me parece conduce a un callejón sin salida que, se resuelve de alguna manera en la inexistencia pura y simple en nuestro Derecho de esa realidad institucional denominada “matrimonio”, en cuanto vacía de contenido, realidad institucional que habría que entender “desaparecida” como tal tras la Ley 15/2005, de reforma del CC. Conclusión que no parece admisible.

El planteamiento de la cuestión hay que llevarlo, por tanto, al plano constitucional, y, ya allí, ahí sigue estando (pese a la reforma de 2005) el art. 32 CE, reconociendo el derecho al matrimonio como un derecho de los ciudadanos, y haciendo referencia expresa en su segundo párrafo a “los derechos y deberes de los cónyuges”. ¿Cabría negar de este modo todo alcance jurídico a esa referencia del legislador constitucional a “los derechos y deberes de los cónyuges”?

Con todo, en el planteamiento de DE PABLO CONTRERAS, hay un argumento que se presta al rechazo: y es que los derechos y deberes de los cónyuges, y sobre los que (como se ha dicho) ha de proyectarse

Y a favor también de esa necesidad del “objeto” en el matrimonio, el apartado primero del art. 1262 CC alusivo al concurso de la oferta y de la aceptación “sobre la cosa y la causa” que han de constituir el contrato”. Evitando de momento lo es la “causa” en el negocio matrimonial, resulta indiscutible que la referencia a “la cosa” hay que entenderla hecha al “objeto” del contrato.

El problema entonces presupuesta la necesidad del “objeto”, se desplaza a la identificación de aquél, a su contenido, en definitiva, a qué hay que entender por “objeto” en el negocio que nos ocupa.

El término más exacto para referirse al “objeto” es el de “contenido”. El “objeto” del matrimonio vendría a ser lo mismo que el “contenido” del matrimonio, pero ese “contenido” considerado ahora en un plano que podríamos llamar “estático”, en cuanto se contempla desde fuera o abstracto, en cuanto describe simplemente el tipo negocial del matrimonio.

En lo relativo a esa caracterización del “contenido” del matrimonio, hay que estar de acuerdo en el enorme grado de “desjuridificación” que supuso la entrada en vigor de la Ley 15/2005, pero el resultado no puede ser tampoco afirmar que no existe duda alguna respecto a que “en el Derecho español, el matrimonio civil es válido aunque los contrayentes excluyan y no asuman los deberes de convivencia, fidelidad y ayuda mutua y, por ende, no contemplan el matrimonio al que consienten como como una “comunidad de vida” en el sentido tradicional, porque la actual regulación no ofrece mimbres suficientes para poder considerar todo ello como constitutivo del consentimiento”³³⁴.

el consentimiento son, y tienen, carácter jurídico. Me pregunto, por ello, si esa juridicidad (que niega DE PABLO CONTRERAS, con apoyo en la Ley 15/2005) ha borrado también el carácter jurídico que a aquellos les atribuye la CE. Parece desprenderse una respuesta negativa.

De otro lado, y también en esa línea argumental del autor citado, la “desjuridificación” de esos derechos-deberes por obra de la Ley de 2005, aparte de chocar con el art. 32.2 CE, y a los efectos que aquí interesan, vienen referidos a la fase constitutiva del vínculo, que es la única que aquí interesa, y no a la fase extintiva o de crisis conyugal, única a la que hay que referir la regulación de la Ley 15/2005.

³³⁴DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., p. 135.

Que esos mimbres hayan resultado desde luego “desjuridificados” por la tan citada reforma del CC de 2005, no hace posible su exclusión como “objeto” del consentimiento, como “realidad” misma sobre la que aquél deba proyectarse en la fase o momento de emisión de ese consentimiento y de recepción de aquél por el celebrante, puesto que es esta fase la que aquí y ahora importa. Que tras la celebración la suerte que haya de correr es entramado normativo venga ya confiado en exclusiva a la voluntad de los cónyuges, o mejor, a la de cada uno de ellos, no impide su consideración como “objeto” sobre el que deberá recaer ese consentimiento. Salvando todas las distancias con los contratos patrimoniales, también aquí cabría hablar de un “complejo” o “conjunto de intereses” sobre los cuales el matrimonio versa. Si la fase extintiva o de crisis de pareja se produce, permitirá comprobar desde luego la intrínseca debilidad de esos mimbres, consecuencia del diseño del legislador, pero la exclusión *a priori* de aquellos como “objeto” del consentimiento, de un lado, hace desaparecer esa realidad institucional a la que se refiere el párrafo primero del art. 32 CE; y de otro, aun supuesta su existencia, proyectaría en el vacío el consentimiento. ¿Sobre qué estaría consintiendo cada contrayente?

De admitirse el punto de vista anterior, la pregunta que cabría plantearse es la de ¿qué debemos entender en actualidad por “matrimonio”? o ¿qué queda del tipo negocial matrimonio tras la Ley de 2005?, ¿ciertamente queda algo?

Si presupuestas la exclusión de la convivencia, fidelidad, ayuda mutua, se sostiene que a ese resultado aun le correspondería la denominación de “matrimonio”, aun sin comunidad de vida, no queda más que “admitir” lo inadmisibile: la conversión de aquél en una simple unión amistosa entre dos personas, eso sí, formalizada ante un funcionario autorizante o ministro de determinada confesión. Se extinguiría en este caso ese “mínimo irreductible” al que se refiere la jurisprudencia constitucional.

En consecuencia, parece que esa “materia del contrato” a la que se refiere el 1261.2º CC para describir cual es el “objeto” contractual, y esa referencia a “la cosa” del 1262. 1 CC (en el mismo sentido) vendrían a identificarse con el contenido del contrato. Y, por lo que al matrimonio se refiere, ese contenido parece encontrarse, como establece con acierto el art. 123. 1 del CC italiano, en las obligaciones y derechos que derivan de aquél, lo que se recoge concretamente en nuestro CC en los arts. 66-68³³⁵.

Considero que elemento estructural del negocio matrimonial más difícil de determinar es la “causa”. Y es que desde la reforma de la Ley 30/81, el tema de la “causa” ha constituido lugar común en el tratamiento de la temática del consentimiento matrimonial, hasta el punto de considerarse la figura de la simulación como un problema causal. Este punto de vista puede prestarse a algunas consideraciones, aunque relegadas como consecuencia de ese propósito de separar por completo el tratamiento del negocio matrimonial de que es propio de los contratos patrimoniales.

Con anterioridad se ha puesto de manifiesto que ese paralelismo entre matrimonio, de un lado, y contrato patrimonial de otro, existe.

Se ha intentado además poner de relieve que las categorías estructurales del contrato patrimonial recogidas en el CC pueden extenderse al matrimonio con las oportunas salvedades, salvedades que, como se ha comentado previamente, no son obstáculo a esa extensión. Todo ello con apoyo en esa concepción del

³³⁵Señala DE PABLO CONTRERAS, P, no sin parte de razón, que el problema en el Derecho español viene dado por “la paulatina eliminación de la mayor parte de las notas que permitían identificar dicho modelo (el modelo matrimonial), lo que hace muy difícil precisar hoy que es lo que cualifica al consentimiento como matrimonial más allá de su emisión en la forma requerida”, “El matrimonio”, cit., p. 130.

Pero, en cualquier caso, y aun partiendo desde luego de esas graduales eliminaciones, se impondrá concluir que tiene que quedar “un resto”, “un mínimo irreductible”, un “núcleo”, identificable de algún modo como “matrimonio”, y será sobre ese “mínimo irreductible” sobre el que hay que entender haya de proyectarse el consentimiento para que pueda ser calificarlo como “matrimonial”. Parece que no queda más recurso que el de acudir a la jurisprudencia constitucional, por lo que se refiere a la caracterización misma de ese “mínimo irreductible”.

matrimonio como “contrato”, propia de la legislación a cuyo ámbito exclusivo perteneció la regulación del matrimonio hasta bien entrado el siglo XIX.

La noción de “causa” aceptada comúnmente en el ámbito jurisprudencial y doctrinal la identifica con la “función económico social” que el negocio cumple, y que justifica la protección que el ordenamiento le dispensa; “fin objetivo y típico” cuya consecución pretenden las partes al proceder a su celebración. . En cualquier caso, se está ante la referencia a uno de los elementos estructurales del negocio de que se trate. También el CC, y para los contratos patrimoniales, se refiere a la “causa”, refiriéndola ya a la obligación nacida del contrato art. 1261.3 CC), ya al contrato mismo (“De la causa de los contratos”, arts. 1274 y ss. CC).

Sin embargo, cuando la noción de “causa” se trata de referir al negocio matrimonial, surgen dificultades.

De primeras, en éste la causa parece viene constituida por la constitución de una plena comunidad de existencia entre dos personas, tendencialmente perpetua, y formalizada de conformidad con las reglas propias del ordenamiento de que se trate en orden a entender celebrado el matrimonio.

¿Cuál es la relación entonces entre “causa” del negocio matrimonial y “efectos” que nacen de aquél? ¿“Causa” y “efectos” se identifican? Y si es así, ¿cuál sería su incidencia respecto del “objeto” del negocio?, supuesto que los “efectos” no sean una realidad distinta de la constituida por ese complejo de derechos-deberes contenidos en los arts. 66-68 CC, lo que los haría coincidir con el “objeto” del matrimonio, ese complejo de intereses sobre los que se proyecta el consentimiento (lo que el legislador del CC denomina “materia del contrato”, identificando claramente esa materia con el objeto de aquél).

Así resulta, que el resultado es el de la imposibilidad de diferenciar “causa”; “efectos” y “objeto” del negocio.

La dimensión formal de la causa no resulta útil para su diferenciación con los restantes elementos estructurales del negocio matrimonial. Al contrario, acaba confundiendo con los “efectos” o con el “objeto”.

Un intento de solucionar el problema sería aplicar al negocio matrimonial las categorías propias del contrato en el CC, si bien, sin olvidar desde luego, la diversidad de naturaleza de los respectivos negocios jurídicos.

Es la bilateralidad genética y funcional del matrimonio la que considero que hace posible este intento: la aplicabilidad al matrimonio de los elementos estructurales del contrato patrimonial, a los que se refiere el art. 1261 CC (consentimiento “de los contrayentes”), subrayando esa bilateralidad genética del contrato patrimonial, pero sin negarse asimismo para el matrimonio, el art. 1262.1 CC (“El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”). Se está

todavía, en el plano del consentimiento y se requiere esa “necesaria” convergencia del de cada contrayente “sobre la cosa y la causa”, como afirman los arts. 1261 y 1262 CC aunque en un plano puramente terminológico (de “objeto cierto que sea materia del contrato”, habla el 1261 CC, de “cosa” que ha de constituir el contrato, habla el 1262.1 CC. Es claro que ambos arts. se refieren a una misma realidad (complejo de intereses sobre el que el consentimiento matrimonial se proyecta, entramado normativo contenido en los arts. 66-68 CC; no otro parece pueda serlo para el matrimonio el “objeto cierto que sea materia del contrato”, ni “la cosa” (que juntamente con “la causa”) han de constituir el contrato. Aquí, “objeto cierto materia del contrato y cosa” (que juntamente con “la causa”) han de constituir el contrato, son términos intercambiables.

De lo anterior se desprende que dimensión consensual del matrimonio y el tratamiento del objeto de este parecen haber dejado al margen o más en la sombra el tema de “la causa” del negocio matrimonial.

La adhesión a la causa del negocio por parte de cada contrayente, imprescindible para que pueda hablarse de consentimiento calificable como “matrimonial”, no puede entenderse producida unilateralmente. Ha de requerir necesariamente de una convergencia, un encuentro de voluntades, un encuentro de esas adhesiones, y a esa convergencia es a la que se refiere el art. 1262.1 CC, al aludir al “curso” (de voluntades) “sobre la cosa y la causa”. El legislador del CC es muy preciso al decir que “el consentimiento se manifiesta por el curso” ... o lo que es igual que decir que sin ese “curso”, sin ese encuentro o concurrencia, el consentimiento carece de existencia por cuanto permanecería en el interior del individuo, sin trascendencia externa.

Finalmente, si “la causa” dejamos de considerarla una dimensión “estática”, como función económico-social del negocio, como finalidad objetiva y típica, cuya consecución las partes pretenden celebrándolo, se exige una consideración “dinámica” de ella. Y, desde esta perspectiva “la causa” debería identificarse con la corresponsividad, lo que nos llevaría de nuevo al marco normativo del CC para los contratos patrimoniales (art. 1274 CC, inciso inicial: “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte”)

Se trata de la bilateralidad funcional del negocio matrimonial al engendrar derechos y obligaciones recíprocos. Cada uno de los contrayentes se obliga hacia el otro en tanto en cuanto éste a su vez se obliga hacia él.

La “causa” deja así de ser contemplada de modo estático y pasa a serlo dinámico. La función económico-social del negocio no desaparece. El fin objetivo y típico del negocio matrimonial (la constitución de una plena comunidad de existencia) subsiste, pero la conclusión es la de que cada

contrayente desea, y se adhiere, a esa función negocial, en tanto en cuanto el otro lo hace igualmente.

Existen dos voluntades recíprocas de cumplir las obligaciones y ejercitar los derechos que del matrimonio nacen. La correspectividad, y la mutua interdependencia de los respectivos compromisos ayudan lo que haya de entenderse por “causa” en el negocio matrimonial.

D) Simulación matrimonial: inexistencia de consentimiento. Utilidad tan solo parcial de otras referencias.

La inexistencia de consentimiento es la circunstancia esencial y definidora del fenómeno de la simulación matrimonial, consentimiento que ha de configurarse del modo a que se hizo referencia anteriormente.

La parquedad de los arts. 45. 1 y 73. 1 CC ha de resolverse con la aplicabilidad, en cuanto sea posible, de los preceptos en materia de contratos patrimoniales contenidos en el propio CC.

La bilateralidad genética de un lado, y la funcional del otro, del negocio matrimonial hace posible y exige ese recurso a los arts. 1261 y ss. CC en materia de contratos.

Consecuentemente con lo anterior, la esencia de la simulación matrimonial no parece encontrarse más que en la inexistencia de consentimiento, y ese consentimiento, al que de forma aislada (en cuanto todavía diferenciado del objeto y de la causa del negocio) se refiere el apartado 1º del art. 1261 CC, para ser “matrimonial” deberá proyectarse sobre el “objeto cierto que sea materia del contrato”, es decir, sobre la realidad en que consiste el matrimonio, sobre “la cosa” a la que a su vez se refiere el párrafo primero del art. 1262 CC. La materialidad de los términos “materia”, “cosa” y la realidad sobre la que el consentimiento se proyecta, no es obstáculo para tener presente, de un lado, que, tratándose del negocio matrimonial, lo que el CC llama “materia del contrato” requerirá de adaptación a aquél, y, de otro, lo mismo respecto del término “cosa” (que ha de constituir el contrato).

Las referencias anteriores se entienden hechas al consentimiento de cada uno de los contrayentes, individualmente considerado. Al concurso de ambos consentimientos se refiere el art. 1262. 1 CC, que exige la bilateralidad genética del negocio, para la que resulta indispensable ese encuentro de voluntades. Que el CC refiera este concurso a la oferta y a la aceptación no obstaculiza lo afirmado anteriormente, puesto que en definitiva se trata de dos declaraciones de voluntad que han de converger y encontrarse. Por ello, aunque se trata de denominaciones realizadas por un legislador que sin duda está pensando en un contrato patrimonial ello no impide su aplicabilidad al matrimonio, en el que se da esa bilateralidad genética.

Finalmente, la causa del negocio, entendida ya no desde una perspectiva abstracta, sino dinámica, se identificaría con la correspectividad, o dicho de otro modo con la bilateralidad funcional. El recurso entonces al art. 1274 CC resulta ineludible, por cuanto en él el legislador se refiere a lo que “se entiende por causa, para cada parte contratante. . .”

3. Acerca de la finalidad de los simuladores

A) Precisión inicial

Presupuesta la existencia del acuerdo simulatorio al que nos referiremos posteriormente, la idea de la que hay que partir necesariamente es la de que los simuladores persiguen la consecución de efectos que podemos calificar de “extraños” al matrimonio. Se trata, pues, de conseguir otro fin práctico distinto del constituido por el matrimonio.

No cabe duda alguna en cuanto a que esa “extrañeza” respecto del matrimonio de esos efectos cuya consecución pretenden los simuladores, puede ser mayor o menor.

En la figura del denominado matrimonio “a efectos convencionalmente limitados”, y en los supuestos que del mismo se recogen en la jurisprudencia francesa, el efecto cuya consecución se pretendía por los simuladores era el de otorgar la condición de legítimo a un hijo habido fuera del matrimonio. Cabría preguntarse entonces, en un marco legislativo radicalmente distinto del actual, si la atribución de la condición de hijo legítimo al hijo extramatrimonial a través de la celebración del matrimonio entre sus progenitores era o no un efecto “extraño” al matrimonio. No cabe duda de que en principio la respuesta debía ser negativa. Y ello, en cuanto una consecuencia propia del matrimonio era en aquel tiempo la atribución de esa condición al hijo extramatrimonial; lo que no impedía encuadrar el supuesto en el marco de la simulación matrimonial, con apoyo en una doble argumentación: de un lado, porque la legitimación de un hijo, como efecto jurídico, no puede entenderse como perteneciente al denominado “núcleo duro” de los derechos y deberes entre cónyuges. Se estaría ante un “efecto del matrimonio”, pero no de los pertenecientes a la esencia de aquél, o de los efectos propiamente matrimoniales; de otro lado, porque el propósito de las partes era únicamente utilizar esa celebración matrimonial para alcanzar el efecto pretendido, con exclusión de cualesquiera otros efectos. El consentimiento matrimonial no llegó a alcanzar existencia y el “matrimonio” celebrado de esta forma es indudablemente simulado.

Este carácter “extraño” del fin o fines perseguidos se muestra más claramente cuando el resultado a conseguir, aun siendo posible su consecución a través de la celebración matrimonial, presenta aún un mayor alejamiento respecto de los efectos matrimoniales propiamente dichos (ya no se trataría de la legitimación de un hijo, o de la atribución al mismo de la condición de matrimonial sino,

por ejemplo de la obtención de un permiso de residencia que, a su vez, abra la puerta a un permiso de trabajo y demás).

B) Compatibilidad entre existencia de consentimiento matrimonial y propósito de obtener efectos extraños al matrimonio

Presupuesta la existencia de consentimiento, de un consentimiento calificable como “matrimonial”, resulta jurídicamente irrelevante que los contrayentes persigan, además, cualesquiera otros fines, cualesquiera que sean los móviles que les hayan impulsado al matrimonio (obtener una posición económica desahogada al contraer con una persona rica; incorporarse a una familia poderosa o influyente en el ámbito de la economía, de la política, dando lugar así a unas expectativas de futuro de las que en otro caso se carecería por completo; sacar beneficio de una disposición testamentaria subordinada a la condición de que la persona instituida heredera contraiga matrimonio³³⁶. . .)

La clave de la cuestión reside en esa expresión (“además”). Si los fines que se persiguen no excluyen la existencia de un consentimiento matrimonial, se concluye que el matrimonio es válido. Así, por ejemplo, aunque el ejemplo lo sea de tiempos antiguos, el propósito de legitimar a un hijo. Si la persecución de ese propósito no excluye el consentimiento, nada obsta a la validez del matrimonio. Los ejemplos son numerosos, como contraer matrimonio por el embarazo de la esposa (los en otro tiempo llamados, tratándose de menores de edad, “matrimonios de reparación”), caso en que, aunque el móvil determinante que impulsa a la celebración del matrimonio es el estado de gestación de la esposa no implica necesariamente exclusión del consentimiento. Por tanto, presupuesta la compatibilidad entre existencia de consentimiento y móvil subjetivo perseguido (convertirse en marido de la mujer a la que se ha dejado embarazada), la conclusión es la de la validez del matrimonio.

Tampoco la existencia o no de *affectio maritalis* tiene importancia alguna (en el plano lógicamente jurídico)

Cabría, aunque el supuesto es bastante raro, contraer con persona de la que no se esté enamorado/a en absoluto (“el matrimonio lo hace el consentimiento, no el amor”), y a la que incluso se deteste, o por la que se sienta aversión.

Lo que importa, en definitiva, es que todo lo anterior, supuesta su existencia, no excluya el consentimiento, un consentimiento calificable como

³³⁶Refiriéndose expresamente a esta última posibilidad, GALGANO, F: *Diritto privato, settima edizione*, CEDAM Padova, 1992, p. 772.

Una amplia referencia a esas finalidades extrañas al matrimonio, y perseguidas en su caso por los simuladores, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., p. 77, quienes se refieren además de al efecto más buscado por lo general, que un contrayente extranjero obtenga el permiso de residencia en España, a otros de distinta naturaleza, como los de subrogarse en un arrendamiento urbano; cobrar una pensión de viudedad o disfrutar de los beneficios fiscales establecidos para las transmisiones de bienes entre cónyuges, en particular, a los efectos del impuesto de sucesiones y donaciones.

“matrimonial”. Supuesta esa no exclusión, el resto de las circunstancias, móviles o intenciones subjetivas de los contrayentes serían por completo irrelevantes.

Y desde esta perspectiva, por el contrario, hay que estar de acuerdo con PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS cuando afirma que también hay simulación “cuando los contrayentes desean obtener, valiéndose de la apariencia del matrimonio, un resultado práctico próximo al que sería la causa de otro negocio jurídico (adopción, comunidad universal en las regiones en que se permite)”³³⁷. No es, pues, que se contraiga matrimonio, emitiendo un consentimiento “real”, aunque pretendiendo obtener, además, ese resultado práctico, sino que, valiéndose de la apariencia del matrimonio, y por tanto sin que exista consentimiento “real,” se pretende la consecución de ese resultado. Por tanto, hay exclusión de consentimiento calificable como matrimonial, y propósito único de conseguir ese resultado práctico.

C) Acerca de lo que no quieren los simuladores

En la figura de la simulación matrimonial resulta más fácil determinar lo que sí quieren los simuladores (efectos extraños al matrimonio mismo) que lo que no quieren.

Respecto de este segundo extremo, se encuentran expresiones diferentes. Se está de acuerdo en el fondo, pero cuando se trata de describir lo que efectivamente no quieren los simuladores, existen diferencias en los términos empleados, aunque no son diferencias de fondo.

“Los contrayentes, afirman en una reciente aportación DE VERDA BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS, no quieren asumir el estado civil de casados, sino tan solo conseguir algunos de los efectos que conlleva (normalmente, obtener el permiso de residencia)”³³⁸

Desde una perspectiva coincidente en el fondo, es otro el punto de vista de DE PABLO CONTRERAS: “Los contrayentes, pese a expresar formalmente su consentimiento, no quieren realmente que nazca entre ellos el vínculo”³³⁹.

Desde esta perspectiva, la falta de toma en consideración de la persona del otro contrayente, “de modo perfectamente individualizado y no fungible”, se convierte en elemento esencial en cuanto se refiere a la caracterización misma de la figura. Y es que el otro contrayente “podría ser cualquiera que se encontrara en las mismas circunstancias y permitiera obtener igualmente los efectos perseguidos con esa unión entonces sí meramente aparente”³⁴⁰.

³³⁷PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., p. 60.

³³⁸DE VERDA Y BEAMONTE, J. R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad”, (*Las Crisis Familiares*) cit., p. 77.

³³⁹DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., p. 134.

³⁴⁰En este sentido, DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., pp. 135-136.

Esos efectos o consecuencias extrañas al matrimonio mismo cuya consecución pretenden los simuladores presuponen, necesariamente, la adquisición del *status* de cónyuge³⁴¹, si bien en su *veste* formal. Se quiere crear una apariencia de matrimonio, pero me pregunto si lo que verdaderamente quieren los simuladores no implicará *velis nolis*, como se acaba de decir, la adquisición de ese *status*.

Considero que sí se quiere la adquisición de ese *status*, de ese estado civil en su *veste* formal (la cual permite su acceso a los libros del RC) puesto que de no quererse tal adquisición resultaría imposible la consecución de los efectos pretendidos, pero, por contra, no se quiere el vínculo.

Los antecedentes de la figura en los últimos años de la segunda guerra mundial y primeros de la posguerra confirman lo que se acaba de decir. Así, es conocida, también la situación por la que atravesaban mujeres alemanas, identificadas con la ideología nacionalsocialista, ante la inminente entrada en Berlín de las tropas soviéticas de ocupación. El recurso a un matrimonio simulado con un soldado de alguna de las otras potencias vencedoras (predominantemente de los EE. UU), no seguido ni siquiera de cohabitación, era frecuente en la práctica³⁴².

4. El acuerdo simulatorio

A) Preliminar

En materia de simulación matrimonial el tratamiento que suele recibir el acuerdo simulatorio suele ser escaso o inexistente. En la mayor parte de ocasiones se pasa como simple mención³⁴³, y raramente se trata de analizar su naturaleza, estructura, alcance y efectos de su prueba y, en general, de su incidencia sobre el negocio simulado (el matrimonio en este caso)³⁴⁴.

Probablemente las razones se encuentran en la circunstancia de entender aplicables a la figura de la simulación matrimonial las consideraciones de la

³⁴¹Pero como se acaba de decir, se pretende conseguir *status* de cónyuge de cualquiera, o con cualquiera, que permita obtener los efectos perseguidos. De ahí, la no toma en consideración de la persona del otro de modo perfectamente individualizado y no fungible (DE PABLO CONTRERAS)

³⁴²Consideraciones de interés al respecto, conectando de algún modo esta problemática con la de los países que conocieron la ocupación nazi, en RESCIGNO, P: *Manuale*, cit., p. 410.

³⁴³Entre otros, GETE ALONSO Y CALERA, M. DEL C: “Comentario al art. 73”, cit., p. 376; GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al art. 73” en AA. VV: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir por. M. ALBALADEJO GARCÍA), T II, p. 218; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A: “Comentario al art. 73”, en AA: VV: *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil* (coord. por J. L. LACRUZ BERDEJO), Civitas, Madrid, 1994 p. 714, aportación en la que no hay siquiera mención alguna del acuerdo entre los simuladores; en idéntico sentido plenamente omisivo, DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., p. 134, “los contrayentes, pese a expresar formalmente su consentimiento, no quieren realmente que nazca entre ellos el vínculo”; DE VERDA Y BEAMONTE, JR Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., p. 76. “La declaración pública de los contrayentes va acompañada de un pacto privado (desconocido para el funcionario o ministro autorizante), en cuya virtud las partes excluyen sus efectos”.

³⁴⁴Compartiendo el parecer de la doctrina francesa en cuanto a la importancia del acuerdo simulatorio en orden a centrar el estudio de la simulación, DE CASTRO Y BRAVO, F: *El negocio*, cit., p. 337

jurisprudencia y de la doctrina sobre la simulación en general, y más en concreto, en el ámbito de los contratos patrimoniales.

Con todo ello, las especificidades del supuesto de simulación en el ámbito del matrimonio relativizan esa aplicabilidad de carácter genérico.

B) Naturaleza

¿Cuál es la naturaleza del acuerdo? Su propia denominación de acuerdo la pone de manifiesto, puesto que trata de un pacto, de un acuerdo de voluntades (las de los simuladores) dirigido a la consecución de un propósito práctico. El acuerdo simulatorio es acuerdo con la otra parte.

Aun tratándose de un acuerdo de voluntades o pacto, es indudable que carece exigibilidad recíproca, a salvo de la que voluntariamente le atribuyan los intervinientes.

El carácter privado del acuerdo y, consiguientemente, su desconocimiento por parte del funcionario o ministro autorizante es inherente a su misma naturaleza. La falta de privacidad impediría a los simuladores la consecución de ese propósito, puesto que la celebración no se llevaría a cabo.

¿En qué se ponen de acuerdo los simuladores? Aquí surja una importante peculiaridad de la figura de la simulación matrimonial. DE CASTRO Y BRAVO, en el tratamiento que llevó a cabo de la simulación en “El negocio jurídico”³⁴⁵, recogía respecto del acuerdo simulatorio el parecer de SAVIGNY, quien advertía que, en la simulación, las partes “se ponen de acuerdo en dar a lo declarado un sentido distinto al ordinario”. Subrayaba asimismo DE CASTRO Y BRAVO, la posición de la doctrina francesa, centrando el estudio de la simulación en los documentos en que consta el pacto secreto (“*contra - lettres*”)³⁴⁶.

¿Cabría afirmar que en la simulación matrimonial las partes se ponen de acuerdo en dar a lo declarado un sentido distinto del ordinario? ¿No atribuyen las partes a aquello que declaran su sentido ordinario? ¿No declaran que quieren celebrar el matrimonio, y atribuyen a dicha declaración la de adquirir la condición de “casados” aunque en su *veste* puramente formal?

De esta forma, declaran querer el matrimonio y, efectivamente, lo quieren (aunque sea en su dimensión formal)

Hay una exclusión de los efectos, pero lo que se declara querer es lo que, efectivamente, se quiere (adquirir la condición de “casados”³⁴⁷, el estado civil correspondiente). ¿No sería el párrafo segundo del art. 100 CC en su redacción

³⁴⁵DE CASTRO Y BRAVO, F: *El negocio*, cit., p. 333 y ss.

³⁴⁶DE CASTRO Y BRAVO, F: *El negocio*, cit., p. 337.

³⁴⁷El entrecomillado responde a la circunstancia, tantas veces reiterada, de que lo que se quiere obtener es la condición de “casados” en su dimensión puramente formal.

originaria ejemplo de lo anterior? (“persistir en la resolución de celebrar el matrimonio y celebrarlo efectivamente”).

Como realidad formal pero suficiente para conseguir los efectos que los simuladores se proponen se puede concluir que lo que declaran querer, efectivamente, lo quieren³⁴⁸.

ALBALADEJO GARCÍA, ya señaló que si bien, el acuerdo simulatorio es aquél por el que se determina que lo declarado no es realmente querido, obviaba el inconveniente al que se ha hecho referencia anteriormente, señalando la existencia en realidad de dos acuerdos diferentes: “de una parte, el acuerdo de realizar el negocio simulado; y, de otra, el acuerdo que constata que el primero discrepa de las verdaderas voluntades. Pero realmente, existiendo el primero, y celebrado después el negocio previsto en él, ya aquél permitirá normalmente presumir la existencia del segundo acuerdo (porque la implica, salvo haber decidido las partes, después, celebrar el negocio verdaderamente)”³⁴⁹.

Por tanto, en el acuerdo primero no puede decirse que no exista coincidencia entre lo que las partes declaran querer y lo que quieren efectivamente, porque lo que declaran querer y lo que quieren es desde adquirir la “condición de cónyuge” en su dimensión formal.

El acuerdo segundo integraría la voluntad común de las partes de negar toda virtualidad a lo declarado en el acuerdo primero, excluyendo el contenido real o sustantivo de lo declarado en virtud del mismo.

C) Propósito del acuerdo segundo

Para DE CASTRO Y BRAVO, refiriéndose al negocio jurídico en general, se trataría de un convenio encaminado a privar de eficacia al negocio, con el que se pacta su no ejecución³⁵⁰, otorgándose así una liberación mutua de

³⁴⁸Criticando la postura encaminada a ver en la simulación una divergencia entre declaración y voluntad, DE CASTRO Y BRAVO, F: *El negocio*, cit., p. 336: “No hay una verdadera contradicción entre declaración y voluntad. Cuando A y B han convenido una venta, con el pacto secreto de que ella será sin precio (sea esto para defraudar a los acreedores de A o para donar la cosa a B), ambos quieren manifestar lo que declaran y así no puede desconocerse que lo declarado corresponde a lo querido”. Apuntaba a continuación el maestro, que esta objeción había tratado de ser contestada diciendo que, ello, no obstante, “subsiste la señalada divergencia entre voluntad y declaración; ya que la declaración se quiere en sí y no en sus resultados. Esto es cierto en parte; no se quiere todo el resultado, se quiere una parte del resultado, respecto sólo de los terceros, por ejemplo. Más esta atinada concreción, supone un cambio esencial en la posición teórica. La naturaleza específica de la simulación se encuentra entonces, no en una declaración vacía de voluntad, sino en una declaración en desacuerdo con el resultado propuesto, o, lo que es lo mismo, una declaración con causa falsa”.

³⁴⁹ALBALADEJO GARCÍA, M: *Derecho Civil. I. Introducción y Parte General. La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, Vol. 2º, Librería Bosch, Barcelona, 1989, p. 246. En idéntico sentido, DE CASTRO Y BRAVO, F, diferenciaría entre el acuerdo de simular y lo simulado: *El negocio*, cit., p. 339.

³⁵⁰Lo que parece encajar a la perfección con el tenor literal del art. 123.1 del CC italiano, al definir la figura de la simulación matrimonial cuando los esposos “hayan convenido no cumplir las obligaciones y no ejercitar los derechos que del matrimonio derivan.

obligaciones. En decir, con este segundo acuerdo, se fijaría el significado verdadero del negocio³⁵¹.

Desde la perspectiva de nuestro Derecho, ese propósito no es otro que el de la exclusión del carácter “matrimonial” del consentimiento que, en su dimensión aparente, los simuladores estuvieron de acuerdo en emitir en el momento de la celebración.

D) El tema de la causa

“La declaración simuladora, afirmaba DE CASTRO Y BRAVO, es querida no sólo para ocultar o engañar; se quiere crear una apariencia y para un fin determinado. Existe, por tanto, un acuerdo de simular”³⁵², pero que obviamente, no se agota en sí mismo, sino que se dirige a la consecución de un propósito práctico.

No cabe duda en cuanto a la total aplicabilidad de lo anterior a la simulación matrimonial: la creación de una pura apariencia (en el caso, la del estado civil correspondiente), para la consecución de un fin/fines extraños/s al matrimonio, identifica a la figura.

¿No es posible tratar de encontrar una causa para el acuerdo de realizar el negocio simulado independiente de la (causa, *causa simulandi*) propia del acuerdo que constata que el primero discrepa de las verdaderas voluntades³⁵³?

¿El acuerdo de simular y lo simulado no tienen distinta causa? ¿No tiene el primero una causa especial que lo independice de lo simulado?, ¿Simplemente, hace que sea causa falsa (e incluso ilícita, en su caso) la declarada en el negocio simulado

Es innegable que el acuerdo de simular persigue un propósito práctico, *causa simulandi*, propósito práctico que excluye aquella (causa) propia del negocio simulado, con lo que éste se encontraría dentro del ámbito de aplicación del art. 1275 CC³⁵⁴.

³⁵¹DE CASTRO Y BRAVO, F: *El negocio*, cit., p. 337.

³⁵²DE CASTRO Y BRAVO, F: *El negocio*, cit., p. 339.

³⁵³La distinción entre el acuerdo simulatorio y lo simulado, habría hecho necesario, señalaba DE CASTRO Y BRAVO, preguntarse también por la causa de aquél. “Se ha pensado entonces, que su eficacia destructora respecto del negocio simulado supone el tener una propia causa, una causa típica legal, es decir, el constituir un propio negocio”. De conformidad con esta premisa, “el acuerdo simulatorio tendría la finalidad de apartar la causa del negocio simulado y sustituirla por la del acuerdo; pero se añade que la autonomía entre las declaraciones (la del negocio simulado y la del acuerdo) es solo formal, pues el nexo teleológico entre ellas es inquebrantable, ya que una de ellas (la del acuerdo) penetra, por así decirlo, en el corazón de la otra y la vacía”, DE CASTRO Y BRAVO, F: *El negocio*, cit., p. 337.

³⁵⁴“Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

Otra cuestión será la de dilucidar en un caso concreto si el negocio simulado (en este caso, el matrimonio) carece de causa, o aquella es ilícita (en los supuestos, en la actualidad más extendidos, de los llamados “matrimonios de conveniencia” esa ilicitud causal creo que sería predominante).

La especificidad del fenómeno simulatorio en el matrimonio respecto del mismo en los contratos patrimoniales hay que situarla en que, mientras en los contratos patrimoniales el acuerdo simulatorio aparta la causa del negocio simulado sustituyéndola por la del acuerdo, tratándose de simulación matrimonial el acuerdo simulatorio únicamente tiene un efecto excluyente de la causa propia del negocio simulado³⁵⁵, es decir, excluye la causa propia del negocio matrimonial (al convertirlo en pura apariencia). Por su parte, el acuerdo simulatorio en sí persigue un propósito práctico (*causa simulandi*), y al que no cabe sino aplicar el art. 1275 CC)³⁵⁶, precepto éste que cabría referir tanto al negocio simulado como al acuerdo simulatorio, aunque en realidad parece que ante lo que en realidad se esté sea ante una “comunicación” de inexistencia causal o de ilicitud de aquella por parte del acuerdo simulatorio al negocio simulado: la inexistencia o ilicitud causal de este último aparecería como consecuencia de la falta de causa o ilicitud de aquella, predicables del propósito práctico perseguido por el acuerdo simulatorio.

En cuanto esta última, encierra un pacto de voluntades (las de los simuladores), encaminado a la consecución de un propósito práctico (el de “realizar” el negocio simulado), a ese propósito práctico le cuadra el calificativo de *causa simulandi*, y es determinante de la exclusión de la causa propia o típica del negocio simulado

Ello lleva a la conclusión de que, tratándose de matrimonio civil, la única simulación que cabe es la simulación “absoluta”, puesto que la “relativa” al fin y al cabo, se reconduce a la primera. En la simulación matrimonial civil se excluye siempre el consentimiento. No tiene sentido alguno tratar de distinguir (LÓPEZ ALARCÓN Y NAVARRO VALLS) para el matrimonio civil, entre una simulación “absoluta” (que se daría cuando por ambas partes “se rechaza el matrimonio, simplemente no quieren contraerlo, bien haya acuerdo simulatorio o bien coinciden los propósitos separados de no contraer; no

³⁵⁵Lo que tiene mucho que ver con la imposibilidad (jurídica) de una simulación “relativa” en el negocio matrimonial civil (otra cosa es, y en la que ahora no procede entrar, el matrimonio canónico). De otra parte, la imposibilidad de una simulación “parcial” (que no “relativa”) en el matrimonio civil vendría confirmada por el art. 45.2 CC.

En definitiva, mientras que la llamada por algunos (erróneamente en mi opinión) “simulación relativa” en el matrimonio civil se reconduce al número 1º del art. 73 CC, los supuestos que lo fueren de simulación “parcial” procederá reconducirlos al párrafo segundo del art. 45 CC.

Con todo, no faltan quienes aun tratándose de simulación matrimonial civil han pretendido distinguir entre simulación absoluta y simulación “relativa” (así, LÓPEZ ALARCÓN, M Y NAVARRO VALLS, R: “Comentario al art. 73”, cit., pp. 708-709).

³⁵⁶. “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

quieran consentir en que tenga existencia el matrimonio y, sin embargo, prestan un consentimiento aparente que es ficticio”), y una simulación “relativa” que, en definitiva, se reconduce a la primera, puesto que también en ella no existe consentimiento alguno (“En la situación matrimonial simulada relativamente, afirman los autores a que se ha hecho referencia, lo que los contrayentes pretenden es instrumentalizar el matrimonio al servicio de funciones que no se corresponden con la que es propia del matrimonio y constituye su causa; afecta a la conyugalidad del consentimiento, y se produce cuando las partes pretenden una utilidad que no es la propia del matrimonio, la cual queda oculta como causa de la simulación (*causa simulandi*. . .)”)

Y es que, en ambos casos, no hay un negocio subyacente³⁵⁷, disimulado, oculto o cubierto bajo la tapadera del negocio simulado. Sólo existe éste (en el ámbito de los hechos, no en el de la validez jurídica), excluyente de cualquier otro negocio. El propósito (normalmente ilícito) encubierto por el negocio simulado no constituye otro negocio.

Por ello no es posible entender la citada distinción cuyos términos se reconducen a una inexistencia de consentimiento. Incluso esa llamada simulación “absoluta” tal como la entienden los autores citados es difícil de concebir, pues se agota en un simple rechazo del matrimonio, sin otra finalidad ulterior que la sola exclusión de aquél, y sin otro propósito que la exclusión misma. Esta hipótesis es escasamente probable en la vida real ya que la gente no simula simplemente por simular.

E) Inexistencia, o ilicitud, de la causa del negocio simulado

Presupuesta la referencia de la causa al negocio simulado, y también de alguna manera, al acuerdo simulatorio³⁵⁸, se plantearía la cuestión de la inexistencia de causa o de la ilicitud de aquella.

³⁵⁷Como dice acertadamente ALBALADEJO GARCÍA en la simulación “relativa”, cuando esta recae sobre el negocio, el negocio que aparece como querido es distinto del querido realmente, ALBALADEJO GARCÍA, M: *Derecho Civil*, cit., p. 249. Por tanto, cuando el matrimonio “se instrumentaliza al servicio de funciones que no se corresponden con la que es propia del matrimonio y constituye su causa”, tal y como afirman LÓPEZ ALARCÓN, M Y NAVARRO VALLS, R, “Comentario al art. 73”, cit., pp. 708-709, desde luego no se quiere el matrimonio, que es lo que aparece como querido, pero aquello que se quiere realmente tampoco alcanza la realidad de negocio jurídico. No se está llevando a cabo una apariencia de negocio para encubrir otro realmente existente, sino que esa apariencia de negocio (matrimonio) en realidad no encubre negocio alguno. Se desemboca de esta forma en la simulación absoluta. La simulación matrimonial es, por tanto, siempre absoluta.

³⁵⁸Para el maestro DE CASTRO y BRAVO, el acuerdo de simular no tiene una causa especial que le independice de lo simulado; “antes bien, hace que sea causa falsa la declarada en el negocio simulado”, DE CASTRO Y BRAVO, F: *El negocio*, cit., p. 339. Con todo, me inclino por el punto de vista de ALBALADEJO GARCÍA para quien, “en rigor, serían diferentes el acuerdo de realizar el negocio simulado, y el acuerdo que constata que discrepa de las verdaderas voluntades” ALBALADEJO GARCÍA, M: *Derecho Civil*, cit., p. 246, por lo que resulta razonable hablar también de una *causa simulandi* también para el acuerdo simulatorio, que como se ha dicho se “comunicaría” al negocio simulado, haciendo así que sea causa falsa la declarada en el negocio simulado. En cualquier caso, me resulta muy difícil concebir la inexistencia o ilicitud de la causa del negocio simulado con absoluta

Tratándose de simulación matrimonial, la aplicabilidad del 1275 CC es indudable, debido a que el legislador distingue el supuesto de inexistencia de causa y el de causa ilícita.

El tratamiento de esta cuestión ha experimentado un cambio notable con el paso del tiempo. Y es que las circunstancias por las que en la actualidad se suele acudir al fenómeno de la simulación matrimonial, distan mucho de ser las que motivaron la aparición misma del fenómeno en la primera mitad del pasado siglo e incluso con anterioridad³⁵⁹.

Cuando el recurso a un matrimonio simulado responde a la necesidad y urgencia de escapar a una persecución, temiéndose por la propia vida, nada parece tener que ver esta realidad con la que, en la actualidad, suele rodear la “celebración”, o el intento de “celebrar” tal farsa matrimonial.

Ninguna duda existe tampoco, en cuanto a que ese cambio de circunstancias ha de afectar al enfoque de la simulación matrimonial y, más concretamente al de su causa.

En época de persecución injusta, o por la necesidad de escapar a represalias de fuerzas militares ocupantes, la simulación matrimonial puede presentarse como una vía de escape a tales situaciones, en las que corre peligro la propia vida del individuo³⁶⁰. No cabe hablar en estos supuestos de ilicitud causal del negocio

independencia de la *causa simulandi* del acuerdo simulatorio, más bien creo que la inexistencia o ilicitud de la del negocio simulado resulte imposible desgajarla de ese propósito práctico perseguido a través del acuerdo simulatorio. Por ello, me inclino por hablar de una “comunicación” por cuanto a la causa entre acuerdo simulatorio y negocio simulado.

Y es que resulta difícil de entender que el acuerdo simulatorio tenga virtualidad, como tiene, para excluir la causa típica o propia del negocio simulado, sin que al mismo tiempo se predique para él la existencia de causa (*causa simulandi*, o propósito práctico perseguido por los simuladores).

³⁵⁹¿Existen cambios en el contexto y circunstancias de los llamados matrimonios “de complacencia”? En opinión de CARRIÓN OLMOS, S: “Convivencia post nupcial”, cit., p. 4-5. “Lo que se formula como una interrogante merece sin duda alguna una respuesta afirmativa. No es que haya cambiado la figura misma del llamado matrimonio “de conveniencia”, sino las circunstancias, el contexto, el marco mismo, en el que éste se produce.

Esas circunstancias no son en la actualidad las mismas que asistieron al llamado “resurgimiento” del fenómeno en la década de los cuarenta. La referencia al “resurgimiento” implica admitir como no podría ser de otra forma que la figura del matrimonio “de conveniencia” quizá sea tan antigua como el ser humano. Resulta absurdo afirmar que hasta la década de los años cuarenta no se tuviere conocimiento de tal fenómeno, pero lo que resulta más difícil de cuestionar es que, al menos en cuanto se refiere al continente europeo, una atención jurisprudencial y doctrinal generalizada solo cabe constatarla a partir de ese periodo.

³⁶⁰Algunas referencias al respecto en DE CASTRO Y BRAVO, F: *El negocio*, cit., p. 346, nota 37, con citas de jurisprudencia francesa, italiana y suiza, poniendo de relieve el carácter extraordinario de los supuestos, y en base a pruebas que parecían concluyentes, todos ellos en el contexto del periodo inmediatamente posterior a la segunda guerra mundial, subrayando la circunstancia de que en algunos de los casos recogidos “no hubo convivencia ni por un momento, separándose enseguida de celebrada la ceremonia, ceremonia que se afirma hacerse “sin voluntad real” de matrimonio”. El carácter extraordinario de los supuestos en los que se admitió la relevancia de la simulación se pone también de relieve con la cita de alguna sentencia (SEINE, 7, 1, 1948), supuesto de prisionero francés liberado

simulado, pero sí de inexistencia de causa. El acuerdo simulatorio excluiría la causa propia del negocio simulado (el matrimonio en este caso), es decir, el negocio carecería de causa, pero no tendría sentido hablar de ilicitud de aquella. Todo ello, sin perjuicio de la apreciación (en su caso) de las consecuencias jurídicas que procedan respecto a un contrato que carece de causa.

La circunstancia de que el fenómeno simulatorio responda aquí a un fin u objetivo “lícito”, como pueda ser la necesidad de escapar a persecuciones, represalias, o incluso a la muerte³⁶¹, no “convierte” ese consentimiento aparente en consentimiento calificable como “matrimonial”. Las cosas son lo que son, y el objetivo perseguido por comprensible que sea, aun respondiendo a un estado de necesidad, no podría hacer que fuere “matrimonial” un “consentimiento” que no lo es.

Otra será la hipótesis en que la causa del negocio simulado contenga motivos jurídicamente rechazables, cuando se trate de defraudar leyes de una u otra naturaleza, en materia de nacionalidad, laborales, fiscales, arrendaticias, etc.

En la actualidad, ese contexto no es para nada el mismo. En definitiva, se trataría en todo caso, de una utilización instrumental de la celebración matrimonial para conseguir efectos o consecuencias extrañas al matrimonio mismo. Hay que estar de acuerdo con ello, pero también hay que estarlo si se alega que el cambio por cuanto a esos efectos se refiere pueda tener algún grado de incidencia en las “maniobras” desplegadas por las partes para la consecución de su propósito. Un ejemplo podría ser el de la convivencia “post celebración”. En los supuestos

que se casa con alemana, al solo fin de que se le permita salir de la zona de ocupación americana en Alemania, parece que con conocimiento de la simulación por el encargado del Registro civil alemán.
³⁶¹A propósito de lo que se acaba de decir en texto, suele ser frecuente (de modo especial, en autorizada doctrina italiana (RESCIGNO, P: *Manuale*, cit., p. 410), “conectar” de alguna manera esta aparición misma de los matrimonios simulados a los avatares de la segunda guerra mundial, situándolos en los países que sufrieron la ocupación nazi. Sin negar, desde luego, esta afirmación, conviene no olvidar que un gran número de casos de simulación de matrimonio acontecieron posteriormente, en los últimos meses de la guerra, y vinculados ahora al avance de las tropas soviéticas sobre la Alemania nazi y, más concretamente, sobre Berlín. En estos casos, la necesidad de escapar a la persecución, violaciones, e incluso a la muerte, afectaba a mujeres alemanas afiliadas, o simpatizantes, del partido nacional socialista, y era consecuencia de la proximidad, y entrada inminente, en la capital alemana de las tropas soviéticas de ocupación, que fueron las primeras en entrar en la capital alemana.

Los supuestos de matrimonios simulados que solían llevarse a cabo lo eran entre mujeres alemanas, que seguramente tenían sumamente difícil esconder su pasado político, y soldados estadounidenses. Generalmente, no existía cohabitación alguna entre los sujetos, solo importaba la obtención de la correspondiente documentación con la que poder escapar a un terrible futuro. Sobre el tema, cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F: *El negocio*, cit., p 346, nota 37, recogiendo supuestos de la jurisprudencia francesa, italiana y suiza, y en todos los cuales no hubo convivencia ni por un momento, separándose los simuladores enseguida de celebrada la ceremonia, la que se afirma hacerse “sin voluntad real” de matrimonio. Supuestos estos diametralmente diferentes de los que en la actualidad se contemplan, y en los que las dosis de maniobras y artificios fraudulentos alcanzan cotas sensiblemente más elevadas y complejas.

a que se ha hecho referencia, esa convivencia generalmente no llegaba a producirse, o, si se producía, era breve. Lo que se importaba era la adquisición de algún elemento (el que fuere) que atribuyese cierta inmunidad: la suficiente para escapar de probables y seguras represalias (violaciones, torturas, e incluso la muerte).

En nuestros días, a nadie se le oculta que ese contexto no es coincidente con el anterior. También tienen cabida en él esos supuestos “típicos” aludidos anteriormente, pero aparecen otros distintos a aquellos (más sofisticados) para cuya consecución las “maniobras” a emplear por los simuladores deban ser otras, de mayor complejidad (incluyendo, por ejemplo, un periodo de “convivencia” posterior a la celebración, convivencia privada de *affectio*, sin “conyugalidad” pero “convivencia” al fin y al cabo, en cuanto dato objetivo y constatable)

En tales supuestos, no se estaría en presencia solamente de una carencia de causa, o de inexistencia de aquella, sino de ilicitud de la causa misma del negocio simulado.

En mi opinión, lo que sucede en dicho caso es que el acuerdo simulatorio cumpliría una función excluyente de la causa típica del negocio (el matrimonio), pero esa función excluyente no iría más allá de esa sola exclusión en cuanto que la realización del negocio simulado es la que implicaría en sí misma la existencia de una causa ilícita.

Podemos decir que no cabe hablar de ilicitud de la causa con anterioridad a la realización del negocio simulado. La ilicitud causal se encuentra en éste ya que es éste el que se encamina a la consecución de un propósito práctico que contraviene el ordenamiento jurídico.

F) Consecuencias

Para el legislador de nuestro CC, la simulación matrimonial da lugar a un supuesto de nulidad absoluta, *ipso iure* e insubsanable, a la que nos referiremos después. Ahora de lo que se trataría es de determinar si el carácter ilícito del propósito práctico que los simuladores persiguen tiene o no alguna incidencia en cuanto a la legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad.

En la doctrina española, existe algún parecer en el sentido de negar en este caso acción a los contrayentes para instar la nulidad, conforme al principio de que “no se debe escuchar a nadie que invoque su propia torpeza”, si bien está claro que seguirán legitimados para pedir la nulidad el Ministerio Fiscal y los demás interesados³⁶².

³⁶²Este punto de vista creo que es único en la doctrina española y se infiere como consecuencia de la aplicabilidad al marco de la nulidad de matrimonio de principios extraídos de otros preceptos del CC

Este punto de vista no parece rechazable *a priori* puesto que parece responder a un intento de aplicabilidad a la nulidad de matrimonio de principios inferidos de las normas en materia de contratos patrimoniales.

Como se extrae de este capítulo he venido defendiendo la necesidad y conveniencia de aproximar el tratamiento del negocio matrimonial al del contractual, pero también, que esa aproximación no puede ser total porque la propia especificidad de aquél exige tener en cuenta importantes diferencias de régimen.

Esta es una de ellas. La necesidad de un consentimiento calificable como “matrimonial” para hacer nacer el vínculo, convierte a aquel en insustituible y la consecuencia de su inexistencia no puede traducirse en una limitación de la legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad, excluyendo de esa legitimación a los propios simuladores. Estos también podrán ejercitar la acción, sin perjuicio de las consecuencias de diferente naturaleza que en su caso procedan.

No hay variación alguna por cuanto a los sujetos legitimados para el ejercicio de la acción en función de que el propósito práctico perseguido sea o no ilícito. Legitimación que, de conformidad con el art. 74 CC, corresponde “a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella”. Las limitaciones en cuanto a la legitimación contenidos en los arts. 75 y 76 CC nada tienen que ver con un supuesto de inexistencia de consentimiento como lo es el de simulación.

G) Tiempo

Señala con acierto la doctrina que el acuerdo simulatorio debe ser no posterior a la declaración simulada, “pues si lo fuese no habría realmente simulación de esta, sino posterior anulación de esta por voluntad contraria”³⁶³.

La exigencia de que no sea posterior³⁶⁴ parece admitir la posibilidad de que sea coetáneo a la declaración. Con todo ello, no es fácil imaginar esa posibilidad porque de existir exteriorización del acuerdo coetáneo a la propia celebración, el resultado no sería otro que el de la negativa del funcionario a autorizar tal “matrimonio”. Y, de no haber tal exteriorización ocurriría una de estas dos cosas: o el acuerdo es anterior a la declaración, o si hay voluntad de excluir por ambos sin acuerdo previo, se estaría ante una doble reserva mental que llevaría consigo la nulidad, aunque propiamente, no podría calificarse como acuerdo simulatorio.

referidos, claro es, a la nulidad contractual (arts. 1305-1306 CC), cfr. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., p. 61.

³⁶³ ALBALADEJO GARCÍA, M: *Derecho Civil*, cit., p. 247.

³⁶⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M: *Derecho Civil*, cit., p. 247-248.

Con todo, ALBALADEJO GARCÍA, se plantea la hipótesis de un acuerdo posterior derogatorio que se mantiene oculto, pero que convertiría en simulada la vigencia de la declaración derogada, inclinándose entonces por atribuir a este supuesto el mismo trato que a la simulación típica. “Prácticamente”, en la generalidad de los casos, no habrá diferencia entre acordar previamente que será simulado el negocio que va a celebrarse, y acordar ocultamente, a raíz de celebrarlo, que carezca de valor; pues, “prácticamente”, también el acuerdo simulatorio puede concebirse como una anulación anticipada de la declaración a que se refiere³⁶⁵.

H) Forma

El tema de la forma no parece afectar de ningún modo al acuerdo simulatorio, y si, por el contrario, al negocio simulado cuya forma deberá ser en cada caso la que proceda según el ordenamiento: tratándose del matrimonio, la circunstancia de que se trate de una simulación de este carecerá de incidencia sobre los requisitos de forma exigidos en cada caso para entender celebrada la unión.

En cuanto al acuerdo simulatorio, no deberá constar necesariamente por escrito, aunque si así se hace favorecerá el propósito de los simuladores preconstituyendo una prueba de su falta de voluntad de contraer³⁶⁶

Ninguna duda cabe que podrá probarse mediante testigos y, en general, mediante cualquier otro medio de prueba admisible en derecho. En definitiva, se tratará de convencer al juzgador de que no existió un consentimiento calificable como “matrimonial”. Como señalan con razón DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS, “la prueba de la simulación es, sin duda, la cuestión que más interés práctico suscita”, y la aportación de la jurisprudencia es de gran importancia. A ello se hará referencia más adelante³⁶⁷.

Mayor importancia presenta en relación con la prueba del acuerdo, las conductas desplegadas por los contrayentes con posterioridad a la celebración, los denominados *facta concludentia*. Pero, en cualquier caso, no creo que en esta materia puedan formularse reglas generales aplicables en todo tipo de situaciones. El comportamiento desplegado tras la celebración por la alemana y el militar de los EE. UU en el Berlín próximo a la ocupación soviética en abril

³⁶⁵ALBALADEJO GARCÍA, M: *Derecho Civil*, cit., pp. 247-248.

³⁶⁶Aunque el tema no sea propiamente de este lugar, en orden a preconstituir una prueba de la carencia de consentimiento, me planteo la posibilidad de una pareja que comparece en una Notaría al objeto de otorgar un documento en el que manifiestan su voluntad de no contraer matrimonio sino de celebrarlo puramente aparente. Si esa voluntad le fuere manifestada al notario, a fin de que este redactara el acta correspondiente recogiendo la, la consecuencia sería la negativa de aquél a dicha redacción, que le haría cómplice de una ilegalidad. Pero quizá podríamos pensar en que los simuladores se presenten en la Notaría con un sobre cerrado, en el cual se contenga esa voluntad de excluir el matrimonio y soliciten del notario que certifique la entrega de ese sobre cerrado y que archive el mismo en su protocolo.

³⁶⁷DE VERDA Y BEAMONTE, J,R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit. p. 77.

de 1945, no tienen nada que ver con las que pueda apreciarse en una celebración matrimonial simulada en tiempos actuales, no dirigidas a escapar de una persecución o represalias con grave riesgo para la vida, sino para la obtención de un permiso de residencia o similares.³⁶⁸

5) La acción de simulación³⁶⁹. Legitimación.

A) Preliminar

La nulidad matrimonial por simulación es, para el legislador de nuestro CC, un supuesto de nulidad absoluta, *ipso iure* e insubsanable. La inexistencia o carencia absoluta de consentimiento, sin el cual el matrimonio resulta sencillamente inconcebible³⁷⁰ está en la base de ese tratamiento que le dispensa el legislador.

³⁶⁸Así, mientras que los supuestos de matrimonios simulados en el marco de la segunda conflagración, el *modus operandi* excluía cualquier tipo de cohabitación, en los actuales la realidad es y puede ser otra (en función naturalmente de los propósitos perseguidos por los simuladores). En estos últimos la exclusión de toda cohabitación tras la celebración no favorecerá en absoluto los objetivos perseguidos por aquellos. La consecuencia no es otra que la de mantener tras la celebración ficticia, y al menos por un tiempo prudencial, (el que aquellos consideren imprescindible para obtener el resultado que persiguen), una apariencia de cohabitación (obviamente, sin la existencia de *affectio maritalis*), pero suficiente para crear una apariencia de matrimonio frente a terceros.

³⁶⁹“La acción de simulación, escribía DE CASTRO Y BRAVO, va dirigida a que se ponga al descubierto mediante sentencia firme, lo que se oculta bajo la falsa apariencia de un negocio. Por esta razón, ha podido caracterizarse como acción declarativa”, DE CASTRO Y BRAVO, F: *El negocio*, cit., p. 356.

³⁷⁰Inconcebible, tras el cambio sustancial que significó en materia de consentimiento matrimonial la reforma de 1981, y a la que me he referido en varias ocasiones con anterioridad. Una curiosa descripción de la concepción del legislador anterior a 1981, aquella de la que se hace eco BLASCO GASCÓ, F. DE P: *Instituciones*, cit., pp. 289-290, al referirse a la posición favorable a la irrelevancia del “pacto o acuerdo excluyente del contenido matrimonial, pues éste se adquiere y el hecho de no cumplir los deberes matrimoniales pueden abocar en la separación o en el divorcio, pero no en la nulidad, como derivaría de calificar el acto matrimonial como simulado”.

Obsérvese que el autor se refiere a que, por el hecho mismo de la celebración, los contrayentes habrían adquirido “el contenido matrimonial”, expresión esta que parece apuntar a una realidad material o sustantiva distinta ya de la condición puramente formal de cónyuge. Y, partiendo de esa premisa, parece concluirse que la celebración misma “comunicaría” o atribuiría” sin más ese “contenido matrimonial”, haciendo así irrelevante la voluntad de los sujetos. La asunción de ese “contenido matrimonial” no precisaría de una voluntad encaminada a su asunción, sino que el hecho mismo de la celebración atribuiría ese “contenido matrimonial” a los contrayentes.

No cabría técnicamente la simulación o exclusión de ese mismo “contenido”, puesto que la atribución de aquél se produciría de modo automático, o *ipso iure* por la sola circunstancia de la observancia de la forma matrimonial.

No se excluye ese “contenido”, porque no entra dentro de la autonomía de los contrayentes excluirlo, sino que les viene conferido por la celebración. El no ejercicio posterior de ese “contenido matrimonial” no podría discurrir por la senda de la nulidad sino por las de la disolución por divorcio o de la separación conyugal, puesto que se trataría de un matrimonio perfecto en su origen.

Desde este prisma, es claro que para el legislador español de 1981 el designio fue otro: el de “desligar” o “separar” ese “contenido” del simple hecho de la celebración. Esta, pues, por sí sola, no es capaz de “comunicar” ese “contenido”, de atribuírselo a los contrayentes *velis nolis* por el hecho de celebrarlo, sino que aquél implica una asunción voluntaria del mismo por los contrayentes. La celebración “no comunica” el “contenido”. Por tanto, cabe su exclusión y, en tal caso, el encuadramiento del supuesto no podrá ser ya el de la disolución por divorcio o el juego de la separación conyugal, sino el propio de una imperfección de origen del acto jurídico matrimonial; es decir, el de la nulidad.

En consecuencia, la acción de simulación es imprescriptible³⁷¹, “según resulta, *a sensu contrario*, de los art. 75 y 76 CC. El legislador ha hecho prevalecer el principio de tutela del consentimiento sobre el de seguridad jurídica de las relaciones matrimoniales” (DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS)³⁷².

En mi opinión, la cuestión de la imprescriptibilidad de la acción puede hacernos reflexionar y no tener tan clara la posición del legislador de nuestro CC.

“Si se quiere ser coherente, escribía ARECHEDERRA ARANZADI, en 1980, siguiendo el planteamiento del maestro DE CASTRO Y BRAVO, la imprescriptibilidad de la acción es la sanción más congruente para una relación meramente ficticia como es la que se instaura en un negocio simulado”³⁷³, pero,

³⁷¹Como escribía DE CASTRO Y BRAVO, F: *El negocio*, cit., p. 357, “La acción de simulación comprende necesariamente alguna declaración de nulidad; de ahí, que la cuestión de su posible prescripción se haya planteado conjuntamente y de modo semejante que la sobre la prescripción de la acción de nulidad. En general, se admite que la acción para declarar la simulación absoluta no está sujeta a la prescripción, ya que de la nada no puede nacer una excepción”.

La imprescriptibilidad de la acción de nulidad matrimonial por simulación es de pacífica aceptación en la jurisprudencia y doctrina de nuestro país, aunque no faltan sin embargo posiciones, legislativas unas, y doctrinales otras, en sentido contrario, que no cabría excluir en absoluto. En cuanto a las primeras, un ordenamiento tan próximo al nuestro como lo es el italiano, opta por un régimen diverso (el art. 123.2 del CC italiano impide el ejercicio de la acción transcurrido un año desde la celebración del matrimonio, y asimismo en el caso de que los contrayentes hayan convivido como cónyuges con posterioridad a la celebración). Además, la introducción de la figura de la simulación matrimonial en el Derecho italiano, dada además la fecha de la misma (Ley 19 mayo 1975), próxima a la reforma española producida pocos años después, fue tomada en cuenta sin duda por el legislador español que, sin embargo, optó por un régimen diverso, todo ello en base a una concepción extraordinariamente rigurosa de la importancia del consentimiento real o material para la constitución del vínculo matrimonial. Desde esta perspectiva, el tratamiento de la cuestión en el ordenamiento italiano responde más a una concepción “distinta” del consentimiento y en las que el elemento formal seguiría teniendo, junto al principio de certeza de las actuaciones relativas al estado civil, y de seguridad jurídica, un mayor grado de relevancia. Conviene no olvidar el peso específico que en el ordenamiento italiano tuvo, durante décadas, la atribución de carácter constitutivo del vínculo a la declaración del oficial del estado civil. Indudablemente, dicha concepción se presenta ligada al pensamiento del profesor boloñés ANTONIO CICU, pero es innegable que se mantuvo con un elevado grado de aceptación y vigencia en el ámbito de la doctrina y de la jurisprudencia italianas con posterioridad. Ese *substratum* relativo a la necesidad de certeza y de seguridad en cuanto a las actuaciones relativas al estado civil explicaría que, a la hora de decidirse por dar cabida a la figura de la simulación matrimonial en el marco del CC italiano, el legislador se decidiera por una fórmula que recuerda más a un supuesto de consentimiento no íntegro que a uno de inexistencia de aquél. En el campo doctrinal, proclive también a la aplicabilidad a la simulación del régimen de convalidación previsto en los arts. 75-76 CC, BLASCO GASCÓ, F. DE. P: *Instituciones*, cit., p. 290.

³⁷² DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., p. 77. A favor de esta posición, que se desprende de manera bastante clara del propio articulado del CC, CARRIÓN VIDAL, A: “Los matrimonios de complacencia”, cit., quien subraya las sustanciales diferencias existentes entre un matrimonio puramente aparente, carente por completo de consentimiento, apariencia destruible mediante el ejercicio de una acción imprescriptible y, en consecuencia, ejercitable en cualquier momento; y de otro lado, aquél otro en el que existe consentimiento, aunque viciado, supuesto este que lo es de anulabilidad, y en el que cabe la convalidación.

³⁷³ARECHEDERRA ARANZADI, L.I: “La simulación”, cit., p. 217.

creo que, a pesar de ello, no hay que dejar al margen otras cuestiones que requirieran ser tomadas también en consideración.

El criterio del legislador de 1981 fue el tradicional: la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, pero los inconvenientes de aquél han sido corregidos de alguna forma por la jurisprudencia a través de pruebas indiciarias de las que deducir la existencia de consentimiento y constitutivas, consiguientemente, de barrera infranqueable en orden al ejercicio de la acción de nulidad³⁷⁴. Y todo ello, al margen de si ese consentimiento efectivamente concurrió al tiempo de la celebración o, se trate, por el contrario, de un consentimiento sobrevenido (no existente al tiempo de la celebración), pero que, en todo caso, hará imposible el ejercicio de la acción. Esto aproximaría dicho supuesto a la figura de la “convalidación”.

Sería sumamente complicado inferir de esas pruebas indiciarias utilizadas la jurisprudencia supuestos en los que ese consentimiento existiera al tiempo de la celebración de aquellos otros, en los que, no existiendo en ese momento, haya tenido lugar posteriormente, lo que lleva a la conclusión de que estamos en un plano conceptual, puesto que ese consentimiento sobrevenido haría invalido un matrimonio en el que ese consentimiento no existió al tiempo de celebrarlo. Ello, aproxima la figura (en cuanto a los resultados se refiere) con los supuestos de “convalidación matrimonial” del art. 76.2 CC.

Si a todo lo anterior se añaden las dificultades para una adecuada prueba de que la convivencia instaurada tras la celebración matrimonial ha sido verdaderamente “matrimonial” (es decir, presidida de *affectio maritalis*)³⁷⁵, puede que la fijación de un término para el ejercicio de la acción no sea desaconsejable, compaginándolo, en su caso, con la concurrencia de hechos posteriores enervantes de la acción (por ejemplo, una convivencia posterior calificada de “conyugal”).

En cualquier caso, la posibilidad de ejercicio sin plazo ningún plazo de una acción de nulidad matrimonial es una opción legislativa que puede albergar consecuencias de extraordinaria gravedad en el marco de las relaciones jurídicas.

Ordenamientos próximos al nuestro, como el italiano y el portugués, introducen plazos limitados para el ejercicio de la acción (uno y tres años, respectivamente)³⁷⁶

³⁷⁴Sobre el tema, con amplia recogida de jurisprudencia de las Audiencias, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., pp. 77-78, y notas 11 a 16.

³⁷⁵En este sentido, CARRIÓN OLMOS, S: “Convivencia post nupcial”, cit., pp. 4 y ss.

³⁷⁶En este sentido, me parece acertado el parecer de ARECHEDERRA ARANZADI, quien no advierte contradicción entre de una parte el establecimiento de un plazo de caducidad de la acción en algunos ordenamientos, y, de otra, la imposibilidad de configurar tales supuestos como de nulidad. “Se trata de un problema de política legislativa, el cual lleva implícito, una opción política, que necesariamente da lugar a una solución de compromiso no necesariamente satisfactoria desde un punto vista técnico”, ARECHEDERRA ARANZADI, L.I: “La simulación”, cit., p.219.

B) Naturaleza de la acción

La acción de simulación no tiene carácter de acción pública (no la puede ejercitar cualquier persona), y por ello se limita su ejercicio a quienes tengan un justificado interés jurídico en su declaración.

C) Legitimación activa. Cónyuges.

Se consideran activamente legitimados los mismos que acordaron la simulación y sus herederos y los terceros ajenos a la simulación, aquellos que por ella sufran un perjuicio o dejen de tener un beneficio conforme a un derecho ya adquirido.³⁷⁷

Como tales, se han venido considerando directamente interesados los mismos que acordaron la simulación y sus herederos; de los terceros ajenos a la simulación, aquellos que por ella sufran un perjuicio o dejen de tener un beneficio conforme a un derecho ya adquirido.³⁷⁸

En relación con los herederos de los cónyuges, no hay duda de que carecen de legitimación activa. Nada dice el legislador (art. 74 CC) de la transmisibilidad de la acción a los herederos. Cuestión distinta es la circunstancia de que en ellos concorra un interés directo y legítimo en instar la declaración de nulidad, lo que sucederá en la mayoría de los supuestos. En el citado caso, la legitimación activa se les atribuirá, no como tales herederos, sino conforme a la fórmula general recogida en el inciso final del art. 74 CC (“cualquier persona”).

Dado el presupuesto del que parte el legislador, a la simulación le es aplicable la regla general de legitimación activa establecida en el art. 74 CC, según la cual “La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella.”³⁷⁹

Señalan DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS, que el régimen de legitimación activa a que se ha hecho referencia “permite demandar la nulidad, no solo a las partes, que quieran desvincularse, sino también a terceros con interés directo y legítimo en ella (por ejemplo, a un propietario que quiera oponerse a la subrogación en favor del falso cónyuge del inquilino muerto).”³⁸⁰

³⁷⁷DE CASTRO Y BRAVO, F: *El negocio*, cit., p. 358.

³⁷⁸DE CASTRO Y BRAVO, F: *El negocio*, cit., p. 358.

³⁷⁹“Como corresponde a la naturaleza de la nulidad matrimonial, afirma DE PABLO CONTRERAS, P, y a la condición de acción de estado de la ejercitada para que se declare aquella, la regla general, en cuanto a la legitimación activa, es la del art. 74”: “El matrimonio”, cit., p. 144.

³⁸⁰DE VERDA Y BEAMONTE, J,R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., p. 79.

La legitimación activa atribuida a los cónyuges³⁸¹ quizá pueda ser excluida en ciertos casos. Por ello, puede decirse que en principio la acción corresponderá a los cónyuges, pero muy frecuentemente (en la mayoría de los casos de simulación matrimonial actual) la *causa simulationis* vendrá integrada por motivos jurídicamente rechazables (se tratará de defraudar unas u otras leyes; en materia de nacionalidad, laborales, fiscales, arrendaticias, etc.), lo que atribuye un carácter ilícito a la operación. En tal caso, podría sostenerse la falta de legitimación de los “cónyuges” según el principio de que “no se debe escuchar a nadie que invoque su propia torpeza”, lo que no es obstáculo para la legitimación a efectos de obtener la declaración de nulidad, del Ministerio Fiscal y los demás interesados.³⁸²

Lo anterior se debe a la diversidad existente entre los supuestos de simulación matrimonial de la década de los años cuarenta y cincuenta del pasado siglo, de un lado, y los que se presentan en la realidad actual, de otro, diversidad que incluso ha dado origen a un cambio en la denominación de la figura: de matrimonio “simulado” a matrimonio de “conveniencia”.³⁸³

Y este cambio de denominación responde a su vez a un cambio sustancial, no tanto en la estructura de la figura como en el propósito perseguido por los simuladores: ilícito o fraudulento en el llamado matrimonio “de conveniencia”, y de indudable necesidad en el caso del “simulado”. Ante una tal diversidad, atribuir en ambos casos legitimación a los simuladores para el ejercicio de la acción no creo que sea totalmente conforme con los criterios de justicia material.

³⁸¹Aunque el art. 74 CC habla de “cónyuges”, es obvio que si la demanda de nulidad prosperase no cabría hablar de cónyuges, pero no lo es menos que en tanto no recaiga sentencia de nulidad del matrimonio, habrá de presumirse válido.

³⁸²En este sentido, cfr. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., p. 61.

³⁸³Esa sustancial diversidad entre los supuestos de simulación matrimonial de la década de los cuarenta y cincuenta del siglo pasado respecto a los que acontecen en la realidad actual, no puede menos de tener incidencia en cuanto a la misma legitimación de los “cónyuges” a efectos de solicitar la nulidad de su “matrimonio” simulado. En los casos de simulación matrimonial de los años cuarenta y cincuenta, inserto en el contexto de la segunda conflagración mundial y de las crueles situaciones de posguerra, lo que acontecía era que una vez alcanzado el efecto perseguido los “contrayentes”, sin signo alguno posterior de convivencia conyugal, solían instar de inmediato la declaración de nulidad, desvinculándose lo más pronto posible de esa pura apariencias; sin embargo, en la actualidad la realidad es bien distinta, ya que la finalidad perseguida por los simuladores es mucho más compleja, y la trama previa preparada por aquellos para la consecución del, objetivo más laboriosa. La consecuencia que se desprende de lo anterior es que el *modus operandi* habrá de ser diverso. No se tratará de “desvincularse” rápidamente tras la obtención del efecto pretendido, sino que se pretenderá todo lo contrario. Mantener por más tiempo esa “apariencia”, “apariencia” que si desapareciera rápidamente acarrearía la pérdida de los efectos ilícitamente conseguidos. En este caso, el ejercicio de la acción por los propios “cónyuges” se demorará, o incluso ni siquiera se llevará a cabo. Al contrario, se tratará de mantener esa apariencia, y transcurrido el breve periodo de tiempo que exige la legislación española para instar la disolución por divorcio, acogerse a este último, sin riesgo alguno de pérdida de los efectos conseguidos.

En todo caso, la idea de mantener la legitimación activa a los cónyuges en todo caso, al margen de cual fuere la *causa simulandi*, y sin perjuicio de las consecuencias punitivas que procedan en otros órdenes (penales, civiles, fiscales...) para los simuladores, es la que considero sostenible, por seguir el mismo criterio del legislador español.

A favor de esta última posición, la de no negar en ningún caso la legitimación activa de los “cónyuges” simuladores, se encontraría de un lado, la inaplicabilidad de principios propios del ámbito patrimonial, concretamente de los de los contratos como el de que nadie puede ir contra sus propios actos o el de que “no se puede escuchar a nadie que invoque su propia torpeza”. De otra, resultaría un sin sentido (a través de esa supuesta negación de la legitimación activa a los propios simuladores) “mantener” a estos “unidos” en la ficción de un matrimonio inexistente, sin otro propósito que el de “castigar” la realización de esos hechos.

En definitiva, la imposibilidad de concebir la existencia de un “matrimonio” apoyado en una farsa, conduce necesariamente a atribuir legitimación también a los mismos simuladores.

D) Legitimación activa: terceros con interés directo y legítimo

La acción para pedir la nulidad del matrimonio la extiende el art. 74 CC “a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella”.

Sin duda, la utilización por el legislador de los términos “directo” y “legítimo” no es caprichosa, como tampoco lo es el orden de su enumeración: se habla primero de interés “directo”, para hacerlo a continuación de interés “legítimo”. La mayor amplitud del segundo de los términos respecto del primero es manifiesta.

Como señala acertadamente, DE PABLO CONTRERAS la mayor amplitud del término interés “legítimo” sobre el de interés “directo” hay que verla en que mientras que el primero es indispensable en orden a la existencia misma de la acción, el segundo tendría que ver con la circunstancia de que la declaración de nulidad del matrimonio afecte al sujeto que la ejerce en algún derecho o posición jurídica³⁸⁴

Por su parte, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, precisa que haya que entender por interés “directo”, identificándolo con “un interés actual y de presente, personal o patrimonial, que sufra perjuicio directo si se tiene como válido el matrimonio que es nulo”³⁸⁵.

³⁸⁴DE PABLO CONTRERAS, P: “Comentario al art. 74”, en AA. VV: *Código Civil Comentado*, Vol. I (arts. 1 a 608), (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ); Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 452.

³⁸⁵PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., p. 81.

No se daría entonces ese interés “directo” que legitima para el ejercicio de la acción en los supuestos en que el perjuicio se presente como un futurible, o como meramente hipotético³⁸⁶, o no quepa apreciar nexo causal alguno entre tener como válido el matrimonio en cuestión y la producción del perjuicio.

Así, no parece que deba excluirse la existencia de ese interés en supuestos en los que ese perjuicio, aun no siendo una realidad actual y de presente, exista certeza en cuanto a su producción futura³⁸⁷.

Un sector de la doctrina considera que no hay inconveniente alguno en llevar al ámbito jurídico privado la noción de interés legítimo y directo que ha elaborado el TS al interpretar el art. 28 Ley de 27 de diciembre de 1956, sobre la jurisdicción contencioso- administrativa³⁸⁸.

³⁸⁶No era realmente un interés futurible o hipotético, el contemplado por la SAP Valencia 11 abril 2001 (203/2001), que recoge CARRIÓN VIDAL, A: “Los matrimonios”, cit. se trataba de un matrimonio contraído entre un español y una dominicana en 1987. En 1999 fallece el marido como consecuencia de un accidente de tráfico producido días antes, y los parientes colaterales (terceros) a fin de obtener la indemnización por causa de muerte, presentan demanda de nulidad de matrimonio contra la mujer del fallecido alegando la inexistencia de consentimiento matrimonial, y la celebración del matrimonio como medio para conseguir la nacionalidad española de la demandada y así regularizar su situación en España. El JPI de Paterna estimó la demanda, pero recurrida en apelación ante la AP de Valencia, se estima el recurso declarando válido el matrimonio, con apoyo en tres argumentos: 1. Las pruebas testificales carecían de credibilidad, al referirse a largos periodos de tiempo en los que los testigos no podían tener conocimiento de todo lo que hacía el fallecido; 2. No cabe deducir la inexistencia de consentimiento matrimonial del desconocimiento por parte de la demandada de la antigua vivienda de soltero del fallecido, ya que ella ni siquiera llegó a vivir allí; 3. No otorga certeza a la afirmación hecha por uno de los testigos de que el fallecido recibió dinero por contraer matrimonio con la demandada. Por todo ello, y ante la falta de certeza de las pruebas presentadas, el fallo de la AP declara válido el matrimonio en atención al principio “*favor matrimonii*”

³⁸⁷Señalan DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P; “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., p. 79, que “cuando quien insta la demanda de nulidad es un tercero, entran en conflicto dos intereses diversos; de un lado, el interés privado, de uno o de ambos contrayentes, a que se respete la voluntad, que en su momento manifestaron, de contraer matrimonio, sin verse sometidos a la necesidad de explicar las razones o propósitos que les impulsaron a celebrarlo, por ser cuestiones que entran dentro del ámbito de su derecho a la intimidad; de otro lado, el interés del tercero, a quien la existencia del matrimonio perjudica, en constatar que existió un auténtico consentimiento nupcial y en que, de no ser así, se declare la nulidad del matrimonio”.

Con todo ello, puede que esa colisión de intereses presente menos entidad de lo que en una primera aproximación quepa pensar, en cuanto que, lo que se tratará de dilucidar no son tanto los propósitos o razones que impulsaron a los contrayentes a celebrar el matrimonio, móviles en definitiva puramente subjetivos, sino el tema de fondo de si existió, o no, consentimiento calificable como “matrimonial”. Probada la existencia de consentimiento, procederá desestimar la pretensión del tercero en cuanto a la pretendida simulación de aquél.

³⁸⁸En este sentido, LÓPEZ ALARCÓN, M Y NAVARRO VALLS, R, “Comentario al art. 74”, en AA. VV: *Comentarios al Código Civil II* (coord. por J. RAMS ALBESA Y R. M MORENO FLÓREZ), Vol.1º, Libro I (Títulos I a IV), Bosch Editor, Barcelona, 2000, pp. 724-725, recogen abundante doctrina jurisprudencial que señalan admisible “cualquier interés material, jurídico y aun moral que pudiera obtenerse por el éxito de la acción o, por el contrario, que se estuviera perjudicando por el mantenimiento de la situación que se impugna”. Junto a la anterior, otra línea jurisprudencial que asimismo recogen se refiere al “interés legítimo, más amplio que el interés directo equivale a una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita

E) Legitimación pasiva

Corresponderá al otro cónyuge, en el caso de que la interposición de la acción se lleve a cabo por uno de ellos, o a los dos, si el ejercicio de aquella se llevara a cabo por un tercero.

E) Legitimación del Ministerio Fiscal

En cambio, cuando se trata del Ministerio Fiscal, su actuación “procederá, exclusivamente, a los efectos de evitar “fraudes”, entendiendo por tales aquellos con los que los contrayentes pretendan obtener algún beneficio que las leyes prevén en favor de los casados”³⁸⁹.

6) Prueba de la simulación.

A) Preliminar

Sin duda alguna, el aspecto práctico que más llama la atención en esta materia, como afirmaba DE CASTRO Y BRAVO, es el de la dificultad de la prueba. Aunque en relación con los negocios patrimoniales, señalaba el autor, “fue aquél (aspecto) sobre el que se centrara la atención de la antigua doctrina. Exige de los letrados el máximo esfuerzo imaginativo y hasta un cierto instinto policiaco, imponiendo a los Jueces una tarea de la mayor delicadeza. La simulación supone ya la confección artificiosa de una apariencia destinada a ocultar la realidad que la contradice. Por ello, el mismo negocio simulado corriente está adornado de todos los requisitos externos de legalidad y seriedad. Se crea así, una apariencia de firmeza difícilmente quebrantable”³⁹⁰.

Las anteriores consideraciones, aunque se refieren s a los negocios patrimoniales, son aplicables también a la figura de la simulación matrimonial. Escribiendo para esta última. éste el parecer de DE VERDA Y BEAMONTE

la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta produciendo de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro para el legitimado, pero cierto”.

³⁸⁹DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., p. 79.

Este punto de vista vendría a coincidir con el parecer de quienes, escribiendo poco después de la reforma de 1981, señalaban que, aun no tratándose de una acción pública, cabría, sin embargo, la declaración de oficio para evitar que una exagerada aplicación del principio de rogación tuviere como consecuencia que los tribunales hayan de dar efectos a actos cuya ilicitud lesione intereses públicos. En este sentido, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., p. 82, haciéndose eco de este parecer y compartiéndolo, GARCÍA DE BLAS VALENTÍN FERNÁNDEZ, M.L: “El matrimonio”, cit., p. 121.

“La legitimación del Ministerio Fiscal es coherente con su oficio de “defensa de la legalidad y del interés público y social en los procesos relativos al estado civil, así pues, el Fiscal solamente está legitimado activamente para interponer la demanda de nulidad y, en su caso, concurrir con el particular que ya hubiera ejercitado la acción”, LÓPEZ ALARCÓN, M Y NAVARRO VALLS, R, “Comentario al art. 74”, cit., p. 724.

³⁹⁰DE CASTRO Y BRAVO, F: *El negocio*, cit., p. 366.

Y CHAPARRO MATAMOROS: “La prueba de la simulación es, sin duda, la cuestión que más interés práctico suscita”³⁹¹.

Regla básica en esta materia es el principio según el cual se presume que la declaración de querer contraer matrimonio se corresponde con la voluntad real de las partes, por lo que quien afirme lo contrario deberá probarlo³⁹². La conversión de esa presunción (la de la concordancia entre voluntad “real” y voluntad “declarada” en sede de celebración matrimonial) de absoluta en relativa (*iuris tantum*), y, en consecuencia, destruible por prueba en contrario, se constituye así en fundamento de admisibilidad de la figura de la simulación matrimonial en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y, concretamente, en el español desde la reforma por Ley 30/81³⁹³.

Como toda presunción destruible por prueba en contrario, el juego de esta se plasma en un desplazamiento de la carga de la prueba (*onus probandi*): quien sostenga esa falta de correspondencia entre ambas voluntades (lo manifestado por los contrayentes, y lo efectivamente querido por ellos), deberá probarlo.

Importa el consentimiento “real”, pero se presume que ese consentimiento “real” se corresponde con el que se emitió en sede formal de celebración. Una vez probada la falta de correspondencia, la primacía atribuida al primero, conduce a la nulidad del matrimonio.

B) La necesidad de contemplar la simulación matrimonial como fenómeno plural en atención a los propósitos perseguidos por los simuladores

La referencia a la simulación matrimonial como fenómeno pluriforme implica el destacar una circunstancia que puede o tiene, una directa incidencia en el tema de la prueba de la simulación.

Constituyendo la simulación en todo caso un supuesto de inexistencia de consentimiento matrimonial es evidente que las finalidades y propósitos perseguidos por los simuladores, de un lado; la mayor o menor complejidad de

³⁹¹DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*) cit., p. 77. Calificando como “cuestión central” la referida a la prueba de la simulación, CARRIÓN VIDAL, A: “Los matrimonios de complacencia”, cit.

³⁹²En este sentido, recientemente, en nuestra doctrina más autorizada, DE VERDA Y BEAMONTE Y J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., p. 77.

³⁹³Sobre el tema en 1962, afirmaba LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E, “El matrimonio como acto jurídico formal”, en *Estudios de Derecho Matrimonial*, Publicaciones de la Facultad de Derecho del Estudio General de Navarra, Madrid, 1962, pp. 247-248: “La función de certeza radicada en la forma opera con diversa fuerza en el ordenamiento secular y en el canónico. En general, en los ordenamientos seculares se descarta de antemano la posibilidad de una prueba contraria al principio de certeza, de modo que la forma queda erigida, ante problemas de discordancia *voluntas-forma*, en suprema razón de existencia del matrimonio. En un grado notable de aproximación, podría formularse la diferencia diciendo que en el Derecho estatal la presunción de correspondencia entre voluntad real y consentimiento formal viene a configurarse con carácter *iuris et de iure*, en tanto que en el Derecho canónico se mantiene simplemente con carácter *iuris tantum*”.

las maniobras desplegadas por aquellos para su consecución, de otro, pueden tener una relación directa con la mayor o menor dificultad en cuanto se refiere a la prueba misma de la simulación.

Ya se ha hecho referencia con anterioridad a la diversidad existente entre los supuestos de simulación matrimonial en la década de los años cuarenta y cincuenta del pasado siglo y los que se nos pueden presentar en la realidad de nuestros días. Basta con una simple lectura de los supuestos de matrimonios simulados a los que aludía DE CASTRO Y BRAVO, en su obra “El Negocio Jurídico”, para darse cuenta de esa diferencia existente con los que suelen darse en la actualidad. En muchos de aquellos no hubo convivencia ni por un momento, separándose los “contrayentes” después de celebrada la ceremonia, la que afirma hacerse “sin voluntad real de matrimonio”³⁹⁴. Lo extraordinario de las circunstancias concurrentes explica que, en algunos casos, incluso hubiere conocimiento de la simulación por parte del encargado del RC alemán, lo que no fue obstáculo para la autorización de la celebración.

En un contexto como el anterior, es evidente que, las dificultades para la prueba de inexistencia de consentimiento resulten muy simplificadas por la propia conducta que los contrayentes despliegan inmediatamente después de la celebración.

Y es que, una vez conseguido el efecto pretendido (salir de una zona de ocupación, no correr peligro de responsabilidades políticas, poner a salvo la vida ante la inminente entrada en una población de tropas enemigas irrespetuosas con las convenciones internacionales en materia de prisioneros de guerra. . .), carece ya de razón mantener la apariencia de existencia del matrimonio, lo que explicaría que, inmediatamente después de celebrada la ceremonia, se separasen los simuladores, no existiendo convivencia ni por un momento.

En la actualidad, las circunstancias son otras. Los efectos cuya consecución se pretende se proyectan en el tiempo durante periodos mucho más largos (adquisición de una nacionalidad, un permiso de residencia o de trabajo, la subrogación en un arrendamiento ...)³⁹⁵ Esto lleva a una consecuencia ineludible: no basta ya con la sola celebración matrimonial, seguida después de la separación de los simuladores, plasmadora de la inexistencia de convivencia ni por un momento, sino que dicha conducta lo que manifiesta es la maniobra simulatoria desplegada con la declaración de nulidad matrimonial y, la

³⁹⁴DE CASTRO Y BRAVO, F: *El Negocio*, cit., p. 346, nota 37.

³⁹⁵Un amplio tratamiento de los objetivos cuya consecución es posible obtener mediante un matrimonio de complacencia, con análisis de la normativa al respecto, en CARRIÓN VIDAL, A: “Los matrimonios de complacencia”, cit., y que resume en: 1 Adquirir de modo acelerado la nacionalidad española, art. 22 CC; 2. Lograr un permiso de residencia en España; 3. Lograr la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados.

consiguiente pérdida de todos aquellos efectos favorables y a cuya consecución se encaminó la aludida maniobra.

Se impone la subsistencia de esa “apariencia” de matrimonio durante periodos más largos haciendo así posible la “consolidación” de los efectos obtenidos. Esa convivencia (carente de *affectio maritalis*) pero calificable como “matrimonial”, nada impide una posterior disolución por divorcio de un “matrimonio” que nunca fue tal, alejado ya de ese peligro de pérdida de los efectos a cuya consecución se encaminó la simulación matrimonial.

C) La insuficiencia probatoria de la mera confesión de los contrayentes

“A efectos de prueba de la simulación, escriben DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS, no basta la mera confesión de los contrayentes, de no haber querido éstos asumir los efectos jurídicos del matrimonio, ya que, dada la naturaleza de la materia debatida, la validez o invalidez de un negocio generador de un estado civil, no rige en este punto el principio dispositivo de las partes”³⁹⁶.

D) Prueba directa de su existencia

Raramente la simulación presentará prueba directa de su existencia dado el deseo de las partes de ocultarla, sino que, por el contrario, habrá de basarse en presunciones que lleven a la convicción del juzgador la inexistencia del contrato impugnado. Este criterio jurisprudencial (STS 20 enero 1966)³⁹⁷, aunque referido a los contratos, no genera duda en cuanto a su aplicación al negocio jurídico matrimonial.

E) Orientaciones jurisprudenciales

DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS tras un minucioso análisis de la jurisprudencia de las AP, han extraído las orientaciones básicas seguidas por aquella en orden a detectar la existencia de simulación matrimonial:

a) Así, (aunque no como factor exclusivo), las ventajas prácticas que, para uno de los contrayentes, o para ambos, pudiera haber reportado la creación de una apariencia de matrimonio³⁹⁸.

b) El hecho de que los contrayentes no hayan instaurado o mantenido una convivencia estable tras la conclusión de las nupcias, se considera un indicio

³⁹⁶DE VERDA Y BEAMONTE, JR Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., p. 77.

³⁹⁷Que recoge y comparte DE CASTRO Y BRAVO, F: *El negocio*, cit., p. 368.

³⁹⁸Recogen los autores citados como ejemplos de lo dicho en el texto, “obtener un contrayente extranjero el permiso de residencia en España, recibir ambos contrayentes una ayuda económica que los padres de la pareja subordinan a la condición de que se casen u obtener una pensión de viudedad, cuando el anciano marido, que en realidad era el padre del compañero sentimental de la mujer, fallezca”

importante en favor de la simulación, en particular, cuando uno de los contrayentes es un extranjero, al que la celebración del matrimonio le facilita la obtención del permiso de residencia en España o le evita la expulsión del territorio nacional.

c) Por el contrario, el hecho de que los contrayentes hayan convivido o hayan mantenido relaciones antes del matrimonio, o durante un cierto tiempo después de casarse es interpretado como un indicio en favor de la existencia de un auténtico consentimiento matrimonial, indicio este, que contrarrestará otros, de los que pudiera deducirse lo contrario, tales como la obtención de beneficios por parte de uno o de ambos contrayentes³⁹⁹.

³⁹⁹DE VERDA Y BEAMONTE, J. R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., pp. 77-78; también en “La nulidad”, cit., pp. 86 y ss., en ambos lugares con exhaustiva recogida de la jurisprudencia sobre la cuestión. Recogiendo jurisprudencia significativa sobre la cuestión, CARRIÓN VIDAL, A: “Los matrimonios de complacencia”, cit. SAP Zaragoza 22 marzo (817/2000), SAP Logroño 8 julio (489/1999), SAP Logroño 26 marzo (184/2018). En el primero de los fallos, matrimonio celebrado entre española y marroquí. Se declara la nulidad de aquél, confirmando la sentencia del JPI, y desestimándose el recurso de apelación interpuesto por el esposo que solicitaba se declarase su validez. Los argumentos en que se sustenta el fallo de la AP son : 1. La existencia de relaciones íntimas de la demandada con otro hombre, estando embarazada de él, presentándole ambos a la niña antes de su matrimonio con el demandante; 2. Firma, en calidad de testigo del matrimonio, del varón con el que la demandada tenía relaciones y otras dos personas que le son presentadas a la demandada en ese momento, llamando la atención que familiares de la misma residentes en Zaragoza y con los que tenía buena relación no intervinieran como tales. 3. Se acredita que el demandado tenía abierto un expediente administrativo en el que se había acordado, por aplicación de la ley de extranjería, su expulsión del territorio español, expediente revocado tras la celebración del matrimonio ; en la segunda de las sentencias, la AP declara la nulidad, revocando la sentencia de la instancia que lo declaraba válido, y estimando la pretensión del ahora demandante en base a: 1. Se acredita que el demandado nunca residió en la localidad de Haro, y que por tanto no ha existido convivencia; 2. Que dos meses después de la celebración del matrimonio solicitó la tarjeta de familiar de residente comunitario, alegando su matrimonio con la demandante; 3. La relación de la demandada con otro hombre; 4. La celebración de un matrimonio de complacencia para obtener la demandante dinero debido a su adicción a las drogas y el demandado la tarjeta de residente comunitario. En la tercera de las sentencias a que se ha hecho referencia, se trataba de un matrimonio celebrado entre española y dominicano en 2012 en República Dominicana, cuya inscripción se deniega en 2014 por la DGRN (ahora DGSJPF). Recurrida la denegación por la vía judicial, un JPI de Logroño deja sin efecto la resolución y declara la validez del matrimonio. El abogado del Estado, en representación de la DGRN (ahora DGSJPF), interpone apelación con alegación de varios argumentos, entre ellos error en la valoración de la prueba ya que de la practicada se desprende la inexistencia de consentimiento matrimonial. La AP estima el recurso, y revoca la sentencia anterior en base a los siguientes argumentos: 1. El que la demanda haya sido interpuesta únicamente por una de las partes, la residente en España, sin que el otro contrayente haya comparecido en orden a sostener la validez del consentimiento matrimonial después de haber solicitado su inscripción en el Registro consular; 2. La demandante recurre la resolución que deniega la inscripción del matrimonio con la finalidad de que ambos contrayentes pudiesen residir en España donde está totalmente arraigada, si bien llama la atención que dos días antes del matrimonio, el 3 de enero de 2012, compren un terreno en la República Dominicana, así como el 20 de septiembre de 2013; 3. Tampoco se explica el que la demandante enviara dinero al demandado y que este no haya viajado nunca a España, ni tengan cuentas comunes; 4. De otro lado, se observan también contradicciones de datos esenciales como la fecha de nacimiento, momento en el que se inicia su relación (él dice que cuando viaja a la República Dominicana, y ella que se inicia por chat, el manifiesta que tenían planes de casarse hasta que se conocen personalmente y ella que ya existían antes); 5. Existen conversaciones por WhatsApp de

F) La clave de la cuestión

A diferencia del legislador italiano de 1975 que opta por la convalidación del matrimonio cuando los contrayentes hubieren convivido como cónyuges con posterioridad a la celebración⁴⁰⁰, en el Derecho español esa convivencia “conyugal” tiene un alcance menor, ya que no pasa de ser un indicio en favor de la existencia de consentimiento que podrá ser destruido por prueba en contrario.

Será, en definitiva, la tramitación del expediente matrimonial ante el Encargado del RC la que aparezca como barrera frente a los intentos de simulación matrimonial.

Ello lleva a poner en cuestión la afirmación jurisprudencial según la cual el hecho de que los contrayentes hayan convivido durante un cierto tiempo después de casarse deba interpretarse como un indicio a favor de la existencia de un auténtico consentimiento matrimonial, indicio que a su vez contrarrestará otros de los que pudiera deducirse lo contrario⁴⁰¹.

Y, “al contrario”, el hecho de que los contrayentes no hayan mantenido una convivencia estable tras la conclusión de las nupcias, (criterio también jurisprudencial), se considera un indicio importante a favor de la simulación⁴⁰².

Estoy de acuerdo con la segunda parte de la proposición⁴⁰³, pero no con la primera. Pienso que en ocasiones, y dependiendo del fin concreto perseguido por los simuladores, puede resultarles a estos, no ya conveniente sino necesario, el mantenimiento durante cierto tiempo de esa “convivencia”, “convivencia”

mayo de 2011 a febrero 2012 y de 2014 y 2015, si bien no constan conversaciones después de febrero de 2012 ni en 2013, es decir después de contraer matrimonio sólo se comunican durante un mes y ya no se vuelven a comunicar hasta mayo de 2014; 6. Según el pasaporte de la demandante, esta ha permanecido en la República Dominicana del 23 de junio al 26 de agosto de 2011, del 29 de diciembre de 2011 al 28 de enero de 2012 y del 14 de septiembre al 2 de octubre del 2013, un mes antes del matrimonio, un mes coincidiendo con el matrimonio y quince días, un año y nueve meses después del matrimonio. Del demandado resulta que nunca ha viajado a España y que después de octubre del 2013 el matrimonio no se ha vuelto a ver. De todo ello resulta que en modo alguno querían constituir una comunidad de vida y de intereses propios, asumir las obligaciones de ayuda y respeto mutuo y convivir, tal y como establecen los artículos 67 y 68 CC, entendiéndose se está ante un matrimonio de complacencia al no existir consentimiento.

⁴⁰⁰Asimismo, en el ordenamiento italiano esa convalidación se produce también por el simple transcurso de un año a contar desde la celebración del matrimonio.

⁴⁰¹Compartiendo este criterio, con cita de varias SS de AAPP, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los matrimonios simulados”, cit.

⁴⁰²Compartiendo este criterio a contrario, con recogida de jurisprudencia de las AAPP en ese sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Los matrimonios simulados”, cit., “En particular, añade, cuando uno de los contrayentes es un extranjero, al que la celebración del matrimonio le facilita a la obtención de un permiso de residencia en España o le evita la expulsión del territorio nacional

⁴⁰³En este sentido, refiriéndose a la no necesidad de que el acuerdo simulatorio conste por escrito, BLASCO GASCÓ, F. DE P: *Instituciones*, cit., p. 290, señalando que la existencia de tal acuerdo cabrá inferirlo de la conducta de los contrayentes, “como en el caso en que, celebrado el matrimonio se fuera cada uno a su propia casa y siguieran viviendo como no casados, es decir, como vivían antes de celebrado el acto matrimonial”.

que presenta una doble vertiente: la material o física, única constatable, de un lado, y, de otro, ese elemento subjetivo o intencional, que es difícilmente probable desde fuera de la relación misma de los simuladores y solo realizable mediante la manifestación de uno de los sujetos, o de los dos, como ponía de relieve (aunque en un marco distinto al del matrimonio “de conveniencia”) el párrafo primero del art. 87 CC en la redacción de la Ley 30/81⁴⁰⁴.

Es casi imposible la prueba, desde fuera, de que la convivencia de los simuladores no es calificable como “matrimonial”, al no estar informada por la llamada *affectio maritalis*. Esa prueba sólo sería posible, mediante medios que implicarían una violación flagrante de la intimidad de la persona. Excluida tal posibilidad, la conclusión es la siguiente: sólo cabe probar la existencia de esa convivencia en su dimensión física o material, única constatable *ad extra*. Presupuesta la imposibilidad de probar la circunstancia de que esa “convivencia” carece del carácter de matrimonial por la inexistencia de *affectio*, y excluida naturalmente la posibilidad de que los simuladores lo manifiesten (lo que iría en contra de sus propósitos), la conclusión es que no hay obstáculo para admitir la hipótesis del matrimonio “de complacencia” aun cuando los simuladores hayan convivido “durante un cierto tiempo”⁴⁰⁵ después de la celebración. Incluso podríamos decir que, en la mayoría de los supuestos, ese “cierto tiempo de convivencia” resultará indispensable para la consecución de los fines perseguidos por aquellos.

G) Nulidad matrimonial y disolución por divorcio en la legislación española: ¿se desdibuja lo que en otro tiempo fue una frontera clara entre ambas figuras?

La cuestión puede también a manera de interrogante: la actual regulación del divorcio en el CC, ¿podría conllevar, aunque como consecuencia no deseada

⁴⁰⁴La distinción entre convivencia conyugal, informada entonces para merecer esa denominación por la existencia de *affectio maritalis*, y única a la que cuadraba para el legislador de 1981, la denominación de “convivencia conyugal” y el mantenimiento de la vida en el mismo domicilio, exigía en aquel precepto su acreditación por cualquier medio admitido en Derecho. La cuestión que entonces surge sería la de si el mantenimiento de la vida en el mismo domicilio debiera equivaler en todo caso a una presunción absoluta de existencia de *affectio maritalis*. De optarse por la afirmativa, creo que se favorecería aún más los propósitos de los simuladores, por cuanto tres meses contados desde la celebración, la situación “matrimonial” creada sería inatacable en Derecho y, consecuentemente, instada (sin necesidad de alegar, ni acreditar, causa alguna, art. 86 CC) y obtenida la disolución por divorcio (sentencia judicial, decreto o manifestación ante notario), la conservación de los efectos conseguidos (propósito este perseguido por los simuladores) aparecería como inevitable consecuencia.

⁴⁰⁵ La proposición “durante un cierto tiempo” después de casarse, la emplea DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Los matrimonios simulados”, cit., recogiendo el criterio jurisprudencial, como indicio que deberá ser interpretado a favor de la existencia de un auténtico consentimiento matrimonial. ¿Habría algún inconveniente en identificar ese “cierto tiempo”, al que alude la jurisprudencia, con el periodo mínimo de tres meses exigido por el art. 87 CC, en relación con el 82.1 CC?

por el legislador, un menor grado de protección del ordenamiento frente al fenómeno de los matrimonios “de complacencia”?

¿Qué relación puede haber entre una causa de nulidad matrimonial, como lo es la que se refiere a los matrimonios “de conveniencia”, con la disolución por divorcio de un matrimonio válido? Mientras que, en el primero de los supuestos, no existió consentimiento; en el segundo, se disuelve un vínculo matrimonial plenamente válido, precisamente porque ese consentimiento existió⁴⁰⁶.

La citada cuestión no tiene nada que ver con las categorías jurídicas, respecto de las cuales no cabe duda en cuanto a su diferenciación, sino con la circunstancia de que la actual legislación en materia de disolución del matrimonio por divorcio pudiera “dar cobertura” o encubrir supuestos que realmente serían de matrimonio de “complacencia”. Los simuladores podrían conseguir el/los efectos deseados llevando a cabo la celebración de un matrimonio que podría disolverse” sin invocar ni acreditar causa alguna, por el solo transcurso de tres meses contados desde la antedicha “celebración”.

Desde tal perspectiva, podemos pensar que nos encontramos ante una vía cuya utilización permitiría a los sujetos intervinientes la obtención de esos efectos extraños al matrimonio mismo, a través de una “celebración” regular de aquél, seguida de un periodo de “convivencia” breve y, al que ya se ha hecho referencia (art. 81. 1º CC).

Detrás de la pantalla de un matrimonio válido que luego se disuelve por divorcio se daría cobertura a un supuesto de simulación. El “coste” que tal operación conllevaría para los sujetos intervinientes no sería “excesivo”: la convivencia “durante un cierto tiempo” después de casarse constituiría, como se afirma jurisprudencialmente, un indicio a favor de la existencia de un auténtico consentimiento matrimonial, y que contrarrestaría otros de los que pudiera inferirse lo contrario.

Presupuesto lo anterior, se llegaría a la imposibilidad de ejercicio de la acción de nulidad matrimonial por falta de consentimiento ex art. 73.1 CC, por parte del Ministerio Fiscal o de cualquier persona “que tenga un interés directo y legítimo en ella” (art. 74 CC)⁴⁰⁷, manteniéndose el encuadramiento del supuesto en el marco de la disolución por divorcio, lo que comportaría importantes consecuencias en el plano de los efectos: mientras que la sentencia de nulidad

⁴⁰⁶Desde la perspectiva a que se acaba de hacer referencia se han de compartir las consideraciones que formula DE VERDA Y BEAMONTE, J. R: “Los matrimonios simulados”, cit., “Ha de exigirse una cumplida prueba de la simulación, que es una causa de invalidez del matrimonio, y no, un remedio jurídico de las situaciones de crisis conyugal, motivadas por la desaparición sobrevinida del afecto conyugal, las cuales deberán encauzarse, en su caso, a través de la separación o del divorcio”.

⁴⁰⁷ Obviamente, la exclusión aquí de “los cónyuges” (inapropiadamente denominados así por el legislador en el art. 74 CC, en todos aquellos casos en que prospere la nulidad) en orden al ejercicio de la acción, hay que suponerla ya que a los simuladores hay que suponerlos interesados precisamente en el mantenimiento y conservación de esos efectos cuya consecución pretenden a través de la misma maniobra simuladora.

“mira al pasado”, y tiene carácter declarativo⁴⁰⁸, la resolución que disuelve el matrimonio (sentencia judicial firme, decreto que así lo declare, o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública, art. 89 CC), “mira al futuro” (es constitutiva), no afectando a los efectos ya producidos, por cuanto se parte de que los produjo un matrimonio válidamente contraído.

H) Convivencia “normal” y “duradera”; convivencia “transitoria” y “aparente”: su incidencia en la figura del matrimonio “de conveniencia”

La esencialidad del fenómeno de la “convivencia” respecto a la figura del matrimonio “de conveniencia”, es clara. De la naturaleza de esa “convivencia” se podrá deducir si se está o no ante un supuesto concreto de un tal “matrimonio”⁴⁰⁹.

El problema se encuentra, por tanto, en la dificultad de precisar ese concepto de “convivencia”. “El hecho de que los contrayentes hayan convivido durante un cierto tiempo después de casarse”, debe interpretarse, afirma DE VERDA Y BEAMONTE⁴¹⁰, como un indicio a favor de la existencia de un auténtico consentimiento matrimonial”, precisando asimismo cómo habrá de ser esa “convivencia” para que se esté ante un indicio de existencia de consentimiento real y verdadero: esa “convivencia” habrá de ser “estable”. No faltan los que se refieren a la necesidad de “una convivencia normal duradera”, contraponiéndola a una “convivencia transitoria y aparente”, que no excluiría la posibilidad de impugnar lo que no es sino una mera apariencia⁴¹¹.

Nada hay que decir respecto a la afirmación de que una convivencia transitoria y aparente no podría constituir obstáculo alguno al ejercicio de la acción de nulidad de matrimonio. La cuestión no es esa, sino la relativa a la delimitación de lo que haya de entenderse por una convivencia “estable”, “normal”, y “duradera”, dificultad que va aumentando si la llevamos al terreno de la prueba de la simulación.⁴¹²

Podríamos realizar la siguiente pregunta: ¿resultaría muy complicado a los simuladores, decididos a toda costa obtener esos efectos, instaurar y mantener

⁴⁰⁸ La sentencia de nulidad borra los efectos que, en su caso, hubieren derivado de esa apariencia de matrimonio, a salvo lo dispuesto en el art. 79 CC, por el que se conservarán “los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe”. Presupuesta aquí la inexistencia de hijos y, desde luego, la de buena fe por parte de los simuladores, la operatividad del art. 79 CC se excluye por completo.

⁴⁰⁹ El entrecomillado responde a que la referencia se entiende realizada a una pura apariencia de tal, en resumen, a una pura ficción de unión matrimonial.

⁴¹⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Los matrimonios simulados”, cit.

⁴¹¹ ARECHEDERRA ARANZADI, L.I: “La simulación”, cit., p. 213.

⁴¹² No se ignora la existencia de barreras de cierta entidad que, sin duda, dificultan en nuestro ordenamiento la posibilidad del matrimonio “de conveniencia”, contenidas en lo fundamental en Resoluciones de la DGRN (ahora DGSJPF). A pesar de ello, dichas barreras no han erradicado completamente el fenómeno en nuestro país.

tras la celebración de las nupcias, una situación convivencial calificable “estable”, “normal” y “duradera”? En lo que se refiere a la duración, no tendría por qué exceder el periodo de tres meses a contar desde la celebración (art. 81. 1ºCC). Se trata de un periodo de tiempo muy breve lo que facilitaría la creación de una falsa situación “convivencial” que, sin embargo, no resultaría difícil hacer pasar por verdadera, y a la que, desde fuera, no existiría inconveniente alguno de calificar como “estable”, “normal” o “duradera”.

Por otro lado, el comportamiento de los simuladores tras la celebración irá dirigido a excluir cualquier elemento del que, *ad extra*, pudiere inferirse que su “convivencia” no se caracteriza por esas notas de “estabilidad”, “normalidad” y “permanencia” (en este caso, con el solo límite de los tres meses).

El esfuerzo que han de realizar aquellos goza de cierta intensidad (necesidad de cuidar hasta el mínimo de los detalles⁴¹³ a fin de presentar su convivencia como encajable en esas características anteriores), pero con la contrapartida ventajosa de que el periodo durante el cual deberán desplegar ese esfuerzo no tendrá por qué sobrepasar ese escaso lapso temporal aludido anteriormente.

De esta forma se desemboca en un aspecto esencial y definidor de una convivencia calificable como matrimonial: la “convivencia” a que se hace referencia no estará presidida por ese elemento subjetivo, o intencional (*affectio maritalis*), lo que impide calificarla como matrimonial⁴¹⁴ Pero, ¿cómo probar esta carencia, cuando los propios simuladores se han encargado de generar una más amplia gama de circunstancias dirigidas a hacer difícilmente cuestionable (o imposible) la existencia de ese “vivir como cónyuges”?⁴¹⁵

⁴¹³ Y es que, tras la celebración, resultará obligado que los simuladores vivan en el mismo domicilio, entran y salgan juntos en la mayor parte de las ocasiones, y, en definitiva, traten de aparentar una vida normal como “cónyuges”, *ad extra*.

⁴¹⁴El orden lógico de la cuestión parece podría ser el siguiente: presupuesta la inexistencia inicial de consentimiento matrimonial, resulta imposible hablar a su vez de un “consentimiento sobrevenido después, “consentimiento” que, de admitirse su existencia, habría que situar en una convivencia a la que no cabría calificar como “matrimonial”, al no estar informada por la *affectio maritalis*; por tanto, no cabría esa “sobreveniencia”. Ello parece conducir necesariamente a la imposibilidad de admitir aquí la operatividad de la denominada *renovatio consensus*, cuya operatividad hay que limitar a aquellas hipótesis en las que existe un consentimiento matrimonial inicial, quizá no íntegro, pero sí calificable como matrimonial.

En resumen: ni hay consentimiento matrimonial “inicial”, ni cabe entender que exista después con apoyo en una “convivencia” carente de esa intención de vivir como cónyuges. La trayectoria simulatoria se prolongaría en el tiempo, no limitándose a la celebración, sino continuando después durante el periodo mínimo, pero necesario, a efectos de instar la disolución por divorcio. El propósito final no sería otro que el de sacar ventaja del distinto juego, en cuanto al régimen de efectos se refiere, entre la sentencia de divorcio y la de nulidad matrimonial.

⁴¹⁵A este propósito, no resulta difícil imaginar circunstancias o elementos cuyo objetivo fuere el de poner de relieve la existencia de una convivencia calificable como “conyugal” (poner por ejemplo, un especial cuidado, cara a la galería, en la circunstancia de que se comparte un mismo dormitorio, participación de ambos en las tareas domésticas, horarios comunes (a excepción, en su caso, de los laborales de cada uno de ellos), incluso, quizá, esporádicas demostraciones de afecto ante terceras personas (vecinos, conocidos. . . .), excepcionalidad de salidas individuales de cada uno, ausencia de

¿El art. 87 CC, en la redacción a que se ha hecho referencia, no se es suficientemente demostrativo de lo que se afirma?: mantenimiento de la vida en el mismo domicilio, y compatibilidad de aquél con el cese efectivo de la convivencia conyugal. El precepto exigía que dicha compatibilidad “fuere acreditado por cualquier medio admitido en Derecho”. Pero ¿cómo acreditarlo cuando los propios simuladores (interesados en que no se acredite) han desplegado todo tipo de circunstancias, comportamientos personales, y elementos, encaminados a que esa convivencia “como cónyuges” no pueda ser puesta en duda?

7) Referencia a la normativa comunitaria contra los llamados matrimonios “de conveniencia”

A) Preliminar

Es de sobra sabido que el fenómeno de los matrimonios simulados (o “de conveniencia”) hace tiempo que dejó de ser un problema nacional (puntual del respectivo ordenamiento de cada Estado miembro de la UE), para convertirse en un problema comunitario, es decir, en un problema de la misma UE.

No es difícil averiguar las causas de esa conversión en un problema de la propia UE de lo que en sus inicios no era más que un problema nacional de cada Estado por su poca habitualidad. El proceso de integración europeo de carácter progresivo (Área de libre cambio, Unión Aduanera, Mercado Común, Unión Económica y Monetaria, aspirando algún día a la Unión política), tenía como una de sus manifestaciones la supresión de las fronteras interiores entre los países miembros, creándose un espacio libre de controles fronterizos interiores, al menos entre aquellos países de la UE incorporados al llamado “Espacio Schengen”, manifestación importante aunque no única⁴¹⁶, de la llamada Europa a dos velocidades, denominación relativa a aquellos países que avanzaban con mayor rapidez en ese proceso de integración.

A su vez, la creación del llamado “espacio europeo de seguridad y justicia”, con supresión de controles en las fronteras interiores de la UE, no explica por sí solo ese fenómeno de los matrimonios “de conveniencia” si se desconecta de la propia normativa europea e interna de inmigración, “que prevé el otorgamiento del permiso de residencia en España, a través del mecanismo de

discusiones o enfrentamientos graves, simulando de otra parte diferencias o puntos de vista contrarios pero siempre sobre cuestiones menores, como los que suelen dar lugar a una discusión normal entre cónyuges). . . Mantenido así esa “convivencia” durante tres meses (periodo breve desde luego), seguida de una demanda de divorcio de mutuo acuerdo, o bien instándolo ante secretario judicial, o en escritura pública ante notario, acompañado de la propuesta de convenio, cabrá conservar los efectos perseguidos por los simuladores, y todo ello al amparo de la falsa disolución de un “matrimonio” igualmente falso, pero que se ha hecho pasar por válido.

⁴¹⁶Sin olvidar otra manifestación destacada en esa mayor velocidad en el proceso de los países miembros de la llamada “Zona euro”, o lo que es lo igual, incorporados a la moneda única, lo que sin duda alguna conlleva una cesión parcial de soberanía, traducida en la renuncia a sus respectivas monedas nacionales.

la reintegración familiar, al cónyuge de un extranjero que ya lo haya obtenido, así como el derecho a residir libremente en España del cónyuge extranjero de un ciudadano español o de un extranjero que tenga reconocido ese derecho (ciudadanos comunitarios o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo; así como, en la concesión de la nacionalidad española por residencia, para la que es suficiente un año si quien lo solicita lleva un año casado con español y no está separado legalmente o de hecho (art. 22.2.d) CC)”⁴¹⁷.

El problema a que se acaba de hacerse referencia es imposible desconectarlo de ese derecho a la libre circulación en el espacio comunitario de aquellas personas que hayan cruzado alguna/s de las fronteras exteriores de la Unión⁴¹⁸. Aquí se encuentra la dimensión comunitaria del problema y también la razón de la existencia del amplio conjunto de disposiciones de la UE encaminadas a prevenir este fenómeno y, a luchar contra el mismo.

B) Diverso enfoque del problema por parte de la legislación comunitaria y española

Doctrina autorizada⁴¹⁹ ha puesto de relieve la imposibilidad de una consideración unitaria de las legislaciones comunitaria y española por cuanto se refiere a los llamados matrimonios “de conveniencia” se refiere. Los enfoques del problema coinciden. En el marco de la legislación de la UE, más que el encaje jurídico del supuesto en el marco de la nulidad matrimonial⁴²⁰, lo que preocupa es impedir el otorgamiento de efectos favorables, o revocar los ya atribuidos, a dichas uniones. Las categorías jurídicas importan menos que los efectos o consecuencias que se pretenden evitar, y, en cuanto a su encuadre jurídico, éste no viene constituido por la figura de la nulidad matrimonial sino por el del fraude de ley⁴²¹, menos adecuado desde una perspectiva técnica⁴²², pero más útil a efectos de aplicar la norma que se estima defraudada.

⁴¹⁷DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., p. 134.

⁴¹⁸“El derecho a circular libremente en la Unión Europea es una de las cuatro libertades fundamentales consagradas en la legislación de la UE y una de las piedras angulares de la integración europea. La promoción y la consolidación de este derecho es un objetivo fundamental de la Unión Europea” (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, COM/2014/0604 final, D).

⁴¹⁹DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., p. 136.

⁴²⁰Señala DE PABLO CONTRERAS, P: que algunos países destinatarios de la normativa comunitaria simplemente desconocen la figura de la nulidad matrimonial, “El matrimonio”, cit., p. 136.

⁴²¹Al intento de “eludir las normas de inmigración nacionales”, haciendo un uso abusivo de la libertad de circulación, se refiere el apartado I de la Comunicación de la Comisión a que acaba de hacerse referencia.

⁴²²“¿Sería alegable esta circunstancia (la necesidad de restablecer el imperio de la norma burlada)? se pregunta ARECHEDERRA ARANZADI, L.I, ¿para anular el matrimonio? La respuesta afirmativa no puede descartarse, “sin embargo, lo que no se ha solucionado es un problema de consentimiento que en la esfera del fraude solo es contemplado como un paso en el “iter” fraudulento. Es decir, el aspecto fraudulento, aun siendo posible, visto desde la interioridad del instituto matrimonial es una circunstancia, relevante, pero periférica. Hay un problema más hondo no alcanzado por la categoría del negocio en fraude de ley”, ARECHEDERRA ARANZADI L.I: “La simulación”, cit., p. 200.

En este sentido, la Resolución del Consejo de 4 diciembre 1997 sobre las medidas que deberá adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos⁴²³ establece: “Se entenderá por “matrimonio fraudulento” el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro”⁴²⁴.

Es en el punto 3 de la Resolución en el que se establece la respuesta jurídica de la legislación comunitaria ante los matrimonios fraudulentos, la cual se refiere al régimen de efectos, sin pronunciamiento alguno relación a la validez o nulidad de aquellos: Punto 4. “Cuando las autoridades competentes según el Derecho nacional establezcan que el matrimonio es un matrimonio fraudulento, se retirará, revocará o no se renovará el permiso de residencia o la autorización de residencia por causa de matrimonio del nacional del país tercero”.

Ese tratamiento jurídico del problema en el marco del Derecho de la UE situado en parámetros distintos a los de validez o nulidad de dichas uniones lo fija en el punto 5 de la Resolución a que se hace referencia:

“El nacional del país tercero tendrá la posibilidad de oponerse a una decisión de denegación, retirada, revocación o no renovación del permiso de residencia o de la autorización de residencia o de solicitar su revisión, con arreglo al Derecho nacional, bien ante un tribunal, bien ante una autoridad administrativa competente”⁴²⁵.

Es también importante, por cuanto se refiere al Derecho comunitario, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: “Ayudar a

⁴²³ Resolución del Consejo 4 diciembre 1997 sobre las medidas que deberá adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (Diario Oficial n.º C 382 de 16/12/1997, p. 0001- 0002).

⁴²⁴En el punto 2 de la Resolución se contiene un amplio catálogo de factores “que pueden permitir se presuma que un matrimonio es fraudulento, en particular: el no mantenimiento de la vida en común; la ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio; el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio; el hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo), sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos; el hecho de que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos; el hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio (a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países en los cuales la aportación de una dote sea práctica normal); el hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia. En este marco, dichos factores pueden desprenderse de: declaraciones de los interesados o de terceras personas, informaciones que procedan de documentos escritos, o de datos obtenidos durante una investigación”.

⁴²⁵“Los Estados miembros tendrán en cuenta la presente Resolución en todas las propuestas encaminadas a modificar sus legislaciones nacionales. Además, se esforzarán por adaptar sus legislaciones nacionales a la presente Resolución antes del 1 de enero de 1999” (Punto 6).

las autoridades nacionales a combatir los abusos del derecho a la libre circulación: Manual para la detección de posibles matrimonios de conveniencia entre ciudadanos de la UE y nacionales de terceros países en el contexto de la legislación de la UE en materia de libre circulación”).⁴²⁶

C) Identidad sustancial en cuanto al régimen de efectos.

En mi opinión, el debate sobre el encaje del matrimonio simulado (o “de conveniencia”) en el ámbito de la nulidad por inexistencia de consentimiento (opción del legislador español) o, por contra, en el del negocio en fraude de ley (el de la legislación comunitaria) no ha de hacernos olvidar que se trata de un planteamiento teórico con escasas consecuencias prácticas.

De conformidad con el art. 6.4 CC, la consecuencia fundamental de la reacción del ordenamiento ante actos ejecutados en fraude de ley es la de que tales actos “no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”, lo que, trasladado al ámbito de la nacionalidad, de la obtención de permisos de residencia, etc. implica que se procederá a aplicar las normas que correspondan en materia de nacionalidad, inmigración. ...etc., eliminando esos efectos favorables (aunque fraudulentos) que el sujeto o sujetos hubieren obtenido en su caso, “al amparo del texto de una norma” (la llamada “norma de cobertura”, utilizada para la obtención de esos efectos constitutivos a su vez de un resultado prohibido por el ordenamiento o contrario a él).

La llamada “norma de cobertura” está constituida por la celebración de un matrimonio en alguna de las formas autorizadas y entre sujetos con aptitud nupcial. Situado el problema en el ámbito del fraude de ley, el consentimiento no asume un papel protagonista, “es una circunstancia relevante, pero periférica”, “sólo es contemplado como un paso en el “iter” fraudulento” (ARRECHEDERRA ARANZADI)⁴²⁷, “no hay por qué llegar a la nulidad”⁴²⁸. Y es que no preocupa tanto el consentimiento, como la debida aplicación de la norma que se ha tratado de eludir, pero sin olvidar que esa “debida aplicación” de aquella norma conllevará, la erradicación de esos efectos fraudulentamente obtenidos y el consiguiente restablecimiento de la norma eludida.

Cuando el encuadramiento del problema se sitúa, como es el caso de la legislación española, en el ámbito de la nulidad, y presupuesta (en la simulación matrimonial) la mala fe de ambos contrayentes, la consecuencia es también la desaparición retroactiva de los efectos favorables obtenidos, sin perjuicio de las consecuencias de la ilicitud penal o administrativa que pueda apreciarse, lo que

⁴²⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo (COM/2014/604 final).

⁴²⁷ ARRECHEDERRA ARANZADI, L.I: “La simulación”, cit., p. 200.

⁴²⁸ ARRECHEDERRA ARANZADI, L.I: “La simulación, cit., p. 200, siquiera aquí recogiendo el parecer de RODRÍGUEZ ADRADOS, *El fraude a ley (ensayo de una dirección pluralista), el título preliminar del Código Civil*, Edersa, Madrid, 1977, p. 413.

viene a aproximar la figura (en sus consecuencias prácticas), a la propias del fraude de ley.

D) En el ámbito del fraude de ley, ¿puede afirmarse que el tema del consentimiento matrimonial no asume un papel protagonista?

“En rigor, afirmaba LACRUZ BERDEJO, el art. 6.4 CC no pronuncia ninguna sanción que afecte en sí al acto fraudulento: se limita a salvar “la aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. Todo lo demás queda a las normas generales sobre validez o eficacia de las declaraciones de voluntad: fuerza que les concede la ley, realidad y autenticidad del consentimiento, licitud de la materia y de la “causa”, etc. En consecuencia, con tal premisa, “los actos que componen la combinación, o el acto que trata de eludir la norma imperativa, pueden, por tanto, seguir siendo válidos, adaptados en su caso a la aplicación de tal norma”⁴²⁹.

No puede negarse que, tratándose de fraude de ley, lo importante es la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir y que, en el caso del matrimonio “de conveniencia” consistirá (en la mayoría de los casos) en la aplicación de las normas procedentes en materia de nacionalidad, obtención de permisos de residencia, etc. Con todo lo anterior, la cuestión principal es la de calificar como válido o nulo el acto que trata de eludir la norma imperativa: en este caso, el matrimonio. Y, tratándose de matrimonio (aun en un contexto de fraude de ley), no es posible afirmar que el consentimiento “no es una circunstancia relevante, sino periférica”, o que “no hay por qué llegar a la nulidad”.

El problema no es otro sino el de determinar “cuando la utilización del medio legal propuesto por una norma para contradecir las finalidades de otra puede ser válida y plenamente eficaz”⁴³⁰. Consideración que si se desplazada al ámbito de la validez o nulidad matrimonial, se resuelve en cuando deberá considerarse válido un matrimonio celebrado con el propósito de obtener una nacionalidad determinada, permiso de residencia, o un efecto similar.

Y a su vez, si el matrimonio “es de conveniencia” y aunque el 6.4 CC no pronuncie ninguna sanción que afecte en sí al acto fraudulento, limitándose a salvar “la aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir” (inmigración, residencia, etc.), éste será nulo por la inexistencia de realidad y autenticidad del consentimiento; y lo será por aplicación de las normas generales sobre la validez y eficacia de las declaraciones de voluntad, y de las específicas en materia de consentimiento matrimonial (art. 73. 1, en relación con el art. 45.1 CC).

⁴²⁹LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos, de Derecho Civil, I. Parte General del Derecho Civil. Introducción*. Vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1982, p. 214.

⁴³⁰LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos, de Derecho Civil I*, cit., p. 214.

Si el matrimonio es “de conveniencia”, aun optando por la reconducción del supuesto al ámbito del fraude de ley, el acto (matrimonio) que trata de eludir la norma imperativa carece de validez; y si no lo es, no tendrá encaje en el fraude de ley. Y es que aun en el caso de que se utilice un medio legal propuesto por una norma (en el caso, matrimonio) para “contradecir” las finalidades de otra (normas sobre inmigración, residencia en el país, etc.), si el matrimonio es realmente querido, se calificará como válido y eficaz, al no darse esa “contradicción”. Los efectos en materia de nacionalidad, residencia, etc. se presentan en conexión a un matrimonio válido.

En definitiva, cuando se esté ante un matrimonio “de conveniencia”, el acto que trata de eludir la norma imperativa (las relativas a nacionalidad, residencia, etc.) será nulo por aplicación de las normas específicamente aplicables.

E) El acortamiento de plazos para la disolución por divorcio: un incentivo claro a los matrimonios “de conveniencia”

Es evidente que, para los simuladores, hacer pasar por válido un matrimonio “de conveniencia” tiene como objetivo principal obtener y conservar los efectos que (en materia de nacionalidad, permisos de residencia, y demás) conecta el ordenamiento a su válida celebración.

Como se dijo con anterioridad, el acortamiento de los plazos para instar la disolución del matrimonio, así como la no necesidad de alegar ni probar causa alguna, no dificulta, sino que facilita los propósitos de aquellos. Y es que, el mantenimiento de una convivencia “estable”, privada de “conyugalidad”, y aparente, no es una circunstancia difícil de poner en práctica. Bastará con que, externamente pueda inferir de ella la existencia de un auténtico consentimiento, caso en que, será sea válido el matrimonio.

De otra parte, no puede llegarse a una conclusión diferente en relación con la duración que haya de tener esa “convivencia” post nupcial. Al breve periodo a contar desde la celebración exigido por el legislador para la disolución por divorcio (arts. 86 y 81 CC), se contrapone a una opinión dirigida a exigir un prolongado periodo de “convivencia” post nupcial para entender como existente ese consentimiento. Ello en base al argumento de que dicha brevedad del plazo para obtener el divorcio convierte en un sinsentido la idea de entender como no existente ese “auténtico” consentimiento matrimonial hasta el transcurso de un periodo de tiempo superior al indicado.

La conclusión a la que se ha de llegar es la de que un periodo de tiempo de “convivencia” ficticia, incluso inferior a tres meses, sería suficiente para considerar válido un “matrimonio” totalmente aparente.

Presupuesta esa “validez” y la consiguiente obtención de los efectos queridos, la prolongación de esa “convivencia” (carente de elemento subjetivo o intencional) bastaría con que lo fuere hasta los tres meses. Obtenida la

disolución por divorcio, el falso matrimonio quedaría “disuelto” pero ello no llevaría a la extinción de los efectos favorables perseguidos por los simuladores.

8) La lucha contra los matrimonios “de conveniencia”: enfoque de la legislación española

A) Preliminar

En el marco de nuestro ordenamiento jurídico, procede realizar dos precisiones en relación con la lucha contra la figura del llamado matrimonio “de conveniencia”.

De una parte, el problema era imposible plantearlo con anterioridad a la reforma de la Ley 30/81; de otra, incluso tras la entrada en vigor de aquella reforma, el fenómeno de los matrimonios “de conveniencia” no se presentaba de forma inmediata.

En el marco de una legislación matrimonial como lo era la española hasta 1981, la figura de la simulación matrimonial civil no tenía ninguna cabida. Y esto por dos razones básicas: de un lado, la naturaleza del propio sistema matrimonial, en el que el acceso al matrimonio civil (presupuesta la prueba de la no profesión, y con ese reproche social que frecuentemente conllevaba la unión matrimonial civil), conllevaba como consecuencia la prevalencia del matrimonio canónico. En este contexto, los problemas relativos al consentimiento de los contrayentes y, en particular, los referidos a la simulación de aquél, referidos siempre a uniones matrimoniales canónicas, se encontraban bajo la competencia de los tribunales eclesiásticos. De otro lado, el articulado del CC en materia de matrimonio civil se mantenía intacto desde la redacción originaria de 1889, y en él, el tema del consentimiento se circunscribía exclusivamente al emitido en sede de celebración.

Tras la reforma de la Ley 30/81, el cambio fue sustancial. De un lado, el carácter facultativo del sistema matrimonial supuso un incremento en el número de matrimonios civiles celebrados en nuestro país. De otro, la presunción de concordancia entre el consentimiento emitido en el acto de celebración y el consentimiento real de los contrayentes deja de ser absoluta para convertirse en relativa, y, por ello mediante prueba en contrario. Probada esa discordancia, la opción del legislador es la de la prevalencia de la voluntad “real” de los contrayentes sobre la manifestada ante el funcionario autorizante. El art. 45.1 CC, en relación con el 73.1 CC plasman ese cambio legislativo.

El planteamiento en nuestro país de esta problemática no puede desligarse, al igual que en otros países de la UE, de la propia normativa europea e interna de inmigración, que prevé el otorgamiento del permiso de residencia en España, a través del mecanismo de la “reintegración familiar” al cónyuge de un extranjero que ya lo haya obtenido, así como el derecho a residir libremente en España del cónyuge extranjero de un ciudadano español o de un extranjero que tenga

reconocido ese derecho, así como en la disciplina de concesión de la nacionalidad española por residencia⁴³¹.

Por lo anterior, el planteamiento en España de esa problemática no es posible detectarlo sino tras el ingreso de nuestro país en la UE (1986)⁴³², y su posterior incorporación al ámbito de aplicación de la legislación comunitaria (libre circulación de personas en el espacio comunitario, con la previa supresión de controles en las fronteras interiores de la UE, y, en definitiva, el denominado “Espacio Schengen”).

En este sentido, la circunstancia de la no participación de España en la segunda guerra mundial explicaría la inexistencia en nuestro país de supuestos de simulación de matrimonio impulsados por circunstancias tan distintas⁴³³ de las que ahora suelen estar detrás de los llamados matrimonios “de conveniencia”⁴³⁴, y en los que el móvil no está constituido (como los contemplados por la jurisprudencia de otros países europeos en la década de los cuarenta) por la necesidad de escapar a una persecución, con riesgo de la propia vida, o a represalias de carácter político o social ante la inminente entrada de tropas de ocupación de un país enemigo).

B) Los dos ámbitos de la lucha contra el problema.

El fenómeno de los matrimonios ficticios, o “de conveniencia”, puede y debe ser combatido *a priori* y *a posteriori*, es decir, previniendo e impidiendo su celebración, y en caso de que esta haya tenido lugar, ejercitando la correspondiente acción de nulidad matrimonial (ex art. 74 CC) ante los órganos jurisdiccionales competentes, que muy probablemente en la mayoría de los

⁴³¹Sobre el tema, DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., p. 134. En sentido coincidente, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad”, (*Las Crisis Familiares*), cit., p. 80, quienes vinculan asimismo la proliferación de estos matrimonios “en los últimos tiempos”, a los celebrados por españoles con extranjeros, con la finalidad de que estos últimos obtengan la residencia en nuestro país y, consiguientemente, puedan adquirir la nacionalidad española en el plazo privilegiado de un año.

En cuanto a la adquisición de la nacionalidad española por residencia, el art. 22.2, apartado d) CC, dispone que “Para la concesión de la nacionalidad por residencia: 2. Bastará el tiempo de residencia de un año para d) El que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuvieres separado legalmente o de hecho”.

⁴³²E incluso en fechas muy posteriores, casi ya en la década de los noventa, como atestigua la exposición de motivos de la importante Instrucción de la DGRN (ahora DGSJPF), sobre los matrimonios de complacencia, 31 enero, 2006, que califica de incontable el número de resoluciones dictadas por este Centro Directivo en relación con tales matrimonios, “especialmente desde el año 1995”.

⁴³³Con recogida de algunos de tales supuestos, DE CASTRO Y BRAVO, F: *El Negocio*, cit., p. 346, nota 37, y en alguno de los cuales se insinúa que la simulación era conocida por el Encargado del RC alemán.

⁴³⁴Sobre “los objetivos más usuales de estos matrimonios”, de interés la Instrucción de la DGRN (ahora DGSJPF), 31 enero, 2006 sobre los matrimonios de complacencia, que los sintetiza en tres grupos fundamentales: 1. Adquirir de modo acelerado la nacionalidad española; 2. Lograr un permiso de residencia en España; 3. Lograr la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados.

casos corresponderá su ejercicio, en defensa de la legalidad, al Ministerio Fiscal (art. 74 CC).

Sin embargo, es claro que, con independencia del ejercicio de la acción de nulidad matrimonial en los casos en que proceda, el ordenamiento deberá prevenir y evitar su celebración. El propósito legislativo deberá ser el de tratar de detectar *a priori* el propósito fraudulento, e impedir la celebración⁴³⁵.

C) La tramitación del expediente previo al matrimonio

También es claro que, el control *a priori* encaminado a detectar y, posteriormente, a evitar la celebración de tales “matrimonios”, se encuentra en la fase de tramitación del expediente previo al matrimonio (arts. 56 CC, y 58 Ley 20/2011, 21 de julio, del RC, “procedimiento de autorización matrimonial”)⁴³⁶.

Hitos importantes en este propósito de evitar la celebración de tales “matrimonios” lo son las Instrucciones de la DGRN (ahora DGSJPF) 9 de enero 1995⁴³⁷ y 31 enero de 2006, y también el art. 58 de la Ley 20/2011, del RC. La importancia de tales disposiciones es desigual ya que la citada Instrucción de 2006 (amplia y rica en contenido)⁴³⁸ ocupa un lugar preponderante en ese propósito del legislador de lucha contra el fenómeno de los llamados “matrimonios de complacencia”. Sin embargo, el punto de partida de la DGRN (ahora DGSJPF) hacia dicho propósito se encuentra en la Instrucción 9 de enero 1995, y a la que remite la Instrucción de 2006, en lo relativo al expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero⁴³⁹.

⁴³⁵En este sentido, completamente lógico por lo demás, la Instrucción de la DGRN (ahora DGSJPF) 31 enero 2006, apartado V: “Se debe evitar primero su celebración y, en caso de que hayan sido celebrados, impedir su inscripción en el Registro Civil, pues lo contrario supondría “dar efectos” a un “matrimonio nulo de pleno derecho”. Ello generaría problemas de enorme envergadura en el campo del Derecho Privado”.

⁴³⁶El citado art., se ocupa en su apartado 5 de la materia que nos ocupa: “El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil oirá a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de su capacidad y de la inexistencia de cualquier impedimento. Asimismo, se podrán solicitar los informes y practicar las diligencias pertinentes, sean o no propuestas por los requirentes, para acreditar el estado, capacidad o domicilio de los contrayentes o cualesquiera otros extremos necesarios para apreciar la validez de su consentimiento y la veracidad del matrimonio”.

⁴³⁷Un detenido análisis de la Instrucción 9 enero 1995, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., pp. 80 y ss., con recogida exhaustiva de la jurisprudencia registral al respecto.

⁴³⁸Y es que la Instrucción parece contener una descripción del fenómeno de los matrimonios “de complacencia” que va mucho más allá de un plano puramente normativo, adentrándose en lo que podríamos denominar una teoría general del matrimonio y del consentimiento matrimonial, lo que puede quizá explicar algunas de las críticas que se le han formulado.

⁴³⁹Un amplio análisis de la citada Instrucción 9 enero 1995, y de su interpretación y aplicación, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., pp. 80-83.

La finalidad de integrar en la Instrucción de 2006 la doctrina establecida por el Centro Directivo en resoluciones anteriores, así como la de establecer orientaciones claras al respecto, se desprende del inicio de su preámbulo:

“Parece oportuno, por tanto, elaborar una serie de directrices en la materia que puedan ayudar a los Encargados de los Registros Civiles españoles tanto en España como en el extranjero, a la hora de abordar el tratamiento jurídico de este fenómeno”.

La Instrucción se refiere a la necesidad de conjugar, por cuanto al tratamiento jurídico de tales “matrimonios” se refiere, “dos factores que sólo aparentemente son contrapuestos”: de un lado, la necesidad de respetar el *ius connubii*, o “derecho a contraer matrimonio libremente”, y, de otro, la de “erradicar estos matrimonios de complacencia por varias razones de naturaleza diversa”, entre ellas y, “desde una perspectiva de estricto Derecho Privado, porque esos matrimonios de complacencia son “falsos matrimonios”.

D) ¿Qué es lo relevante a efectos de considerar la existencia de consentimiento matrimonial?

Cualquier indagación realizada en esa fase previa de tramitación del expediente se encamina de manera ineludible a un objetivo: el de concluir que el consentimiento que los contrayentes van a manifestar en el acto mismo de la celebración puede calificarse como “matrimonial”. Y *a contrario sensu*, lo que se trata de evitar, es que se emita un consentimiento que no merezca dicha calificación.

Lo anterior lleva a un ámbito claro en apariencia, pero que en realidad no lo es: el de tratar de “aislar” un núcleo esencial, fuera del cual puede afirmarse que no existe matrimonio. La labor de indagación del Encargado del RC, del Notario o Letrado de la Administración de Justicia ante los cuales se tramita el expediente ha de encaminarse a averiguar si aquellos que quieren celebrar matrimonio quieren o no ese “mínimo” irreductible, dejando al margen cualquier otro planteamiento distinto.

La cuestión sería distinta si se tratase de la unión canónica, pero tratándose de matrimonio civil no es fácil “aislar” ese mínimo irreductible.

A clarificación de lo anterior no contribuyen las reformas llevadas a cabo en el CC y, más en concreto, la “desjuridificación” (total o parcial) del contenido de derechos y deberes que surgen de la relación matrimonial y a la que se refiere expresamente el legislador constitucional en el art. 32. 2 CE.

El problema es, por tanto, el de determinar si esa pérdida de juridicidad vacía, o no, el contenido de lo que hay que entender por consentimiento matrimonial. Dicho de otra forma, ¿puede sostenerse que ese contenido (aunque “desjuridificado”) sigue integrando el consentimiento, debiendo recaer sobre él

la voluntad de los contrayentes, para que pueda calificarse ese consentimiento como matrimonial? ¿o bien entender que, aunque las partes no acepten ese contenido, su consentimiento seguiría siendo calificable como matrimonial y, en consecuencia, originaría un matrimonio válido, pese a no recaer sobre ese contenido? De optarse por este segundo planteamiento, la conclusión sería la de que (aun manifestada dicha voluntad en fase de tramitación del expediente previo al matrimonio) no podría denegarse la celebración porque la voluntad de ambos, aceptándolo, recaería sobre ese mínimo “irreductible” al que se ha hecho referencia anteriormente.

Esto nos conduce a otra idea que no es otra sino la de la congruencia de defender como contenido del negocio matrimonial un entramado de derechos y obligaciones⁴⁴⁰ cuyo cumplimiento se confía a la voluntad de cada uno de los contrayentes.

¿Sería lógico afirmar entonces la juridicidad de ese conjunto de derechos y obligaciones en fase de emisión del consentimiento, para después entender firmemente la pérdida de esa misma juridicidad en fase de relación jurídica matrimonial?

No se trataría de una exclusión por los contrayentes de parte del contenido negocial, (simulación parcial, irrelevante en el negocio jurídico matrimonial civil), sino de un contenido que, *a priori*, no formaría parte de ese núcleo irreductible y sobre el que debería de recaer necesariamente el consentimiento de los contrayentes. No puede excluirse aquello que no es constitutivo de una determinada realidad (en este caso, del matrimonio). Desde este enfoque, se requiere de una conclusión sobre lo que hay que entender por matrimonio en nuestro Derecho, conclusión de imposible aceptación y comprensión debido a que a la inexistencia de su dimensión institucional se añadiría la supresión de razón alguna para su protección por el ordenamiento⁴⁴¹.

No es fácil tomar parte sobre la cuestión. La incidencia de lo anterior sobre la tramitación del expediente previo al matrimonio, y la necesidad de evitar la

⁴⁴⁰No parece adecuado referirse en este lugar a que el empleo del término “obligaciones”, que el legislador utiliza en el art. 68 CC no cabe entenderlo en el sentido del art. 1088 CC para las obligaciones de carácter patrimonial.

⁴⁴¹“A la vista de la actual regulación positiva del matrimonio, podemos afirmar que el consentimiento es matrimonial tan sólo en cuanto cada contrayente toma en consideración la persona del otro de modo perfectamente individualizado y no fungible, asumiendo que nazca entre ellos, desde ese mismo momento, una unión interpersonal libremente resoluble pero cuya resolución, lo mismo que su constitución, está sometida a un principio jurídico formal” DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., p. 133.

El problema entonces sería el de determinar el alcance mismo de esa “unión interpersonal” a la que se refiere este autor.

Para esa determinación, nada valen, como él mismo afirma, “los deberes de convivencia, fidelidad y ayuda mutua, y, por ende, no contemplan el matrimonio al que consienten como una “comunidad de vida” en el sentido tradicional. Ello lleva a una muy difícil caracterización de esa “unión interpersonal”, respecto de la que realmente es imposible saber qué sea exactamente.

celebración de “falsos matrimonios” (como literalmente los denomina la citada Instrucción 31 enero 2006) se encuentra fuera de duda, como se encuentra también la existencia de una contradicción entre la “estricta tipificación legal del contenido de la relación jurídica matrimonial” (Instrucción 31 enero 2006, punto III) y la desjuridificación de ese mismo contenido (por cuanto se confía a la libre voluntad de cada contrayente) por parte del articulado del CC⁴⁴².

Y es que no se trataría (técnicamente hablando) de una exclusión por los contrayentes de parte del contenido negocial, lo que llevaría a la figura de la simulación parcial (irrelevante en el negocio jurídico matrimonial civil), sino de un contenido que, *a priori*, no formaría parte de ese núcleo irreductible o esencial y sobre el que, en consecuencia, no habría de recaer necesariamente el consentimiento de los contrayentes. No cabe excluir aquello que no es integrante o constitutivo de una determinada realidad, en este caso, del matrimonio. Desde esta perspectiva, el razonamiento subsiguiente no puede menos que llevar a una conclusión sobre que haya que entenderse por

⁴⁴²Son de interés las consideraciones de DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., pp. 135-136, referidas a la citada Instrucción de 31 enero 2006, pero que van más allá en cuanto desembocan en una concepción de qué haya que entender por matrimonio en el marco del propio CC. “No es en absoluto de recibo sustituir los datos que proporciona el Derecho positivo por apreciaciones voluntaristas fundadas en la tradición, las concepciones sociológicas más o menos dominantes y hasta los caracteres que presenta el matrimonio como institución natural”, que es lo que hace la citada Instrucción 31 de enero de 2006”.

El punto de vista del autor es en definitiva la apreciación de un choque frontal entre, de un parte, el contenido de la citada Instrucción en cuanto a la concepción misma del matrimonio en la legislación civil, y lo que resulta de esa misma legislación. “En contra de lo que en dicha Instrucción se afirma, no hay duda de que, en el Derecho español, el matrimonio civil es válido, aunque los contrayentes excluyan y no asuman los deberes de convivencia, fidelidad y ayuda mutua y, por ende, no contemplen el matrimonio al que consienten como una “comunidad de vida” en el sentido tradicional”. El punto de apoyo del autor a efectos de una afirmación de tal calibre encontraría su fundamento en que “la actual regulación no ofrece mimbres suficientes para poder considerar todo ello como constitutivo de la matrimonialidad del consentimiento”. En consecuencia, “y salvo que de la ley personal del contrayente extranjero resulte otra cosa, no cabe deducir la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento matrimonial de las preguntas que la citada Instrucción recomienda hacer al instructor del expediente civil previo en la audiencia separada de los contrayentes; porque, sean cuales sean las respuestas de aquellos a tales preguntas, ello no excluiría, sin más, el carácter matrimonial de su consentimiento”.

De las anteriores consideraciones, se desprende una duda fundamental que afecta, nada menos, que a qué haya que entender por matrimonio en la legislación civil española. El autor citado trata de darle una respuesta que resulta ciertamente muy difícil de aceptar, por no decir que es de imposible aceptación: “Lo único que es relevante para concluir que el consentimiento es matrimonial es la consideración no fungible de la persona del otro contrayente y la consiguiente no exclusión de la unión interpersonal resultante. Si ello falta, la simulación es absoluta, porque no recayendo el consentimiento de cada contrayente sobre la persona misma, individual e irrepetible, del otro, se excluye necesariamente el matrimonio mismo”.

Ello llevaría a preguntarse qué queda entonces, (fuera de esa dualidad de personas, no fungiblemente consideradas, en lo que claramente habría que estar de acuerdo) respecto del objeto y causa del propio negocio matrimonial. Y es que entonces esa unión interpersonal carece por completo de contenido y, por tanto, se encuentra vacía. No iría más allá de esa unión interpersonal, sin ningún tipo de propósito, fines u objetivo. El matrimonio civil no es ni puede ser esa “realidad” vacía que describe este autor. La desjuridificación del contenido del matrimonio en el CC, aun siendo sustancial, no parece conducirnos a tales conclusiones.

matrimonio en nuestro Derecho, conclusión de imposible aceptación, e incluso de muy difícil comprensión, por cuanto a la inexistencia de su dimensión institucional (suponiendo la subsistencia de esta), vendría a añadirse la supresión de razón alguna para su protección por el ordenamiento⁴⁴³.

No es fácil una toma de posición sobre la cuestión. La incidencia de lo anterior sobre la tramitación del expediente previo al matrimonio, y la necesidad de evitar la celebración de “falsos matrimonios” (como literalmente los denomina la citada Instrucción 31 enero 2006) parece fuera de duda, como lo parece igualmente la existencia de una contradicción difícilmente salvable entre la “estricta tipificación legal del contenido de la relación jurídica matrimonial” (Instrucción 31 enero 2006, punto III) y la desjuridificación de ese mismo contenido (en cuanto confiado a la libre voluntad de cada contrayente) por parte del articulado del CC⁴⁴⁴.

⁴⁴³“A la vista de la actual regulación positiva del matrimonio, cabe decir que el consentimiento es matrimonial tan sólo en cuanto cada contrayente toma en consideración la persona del otro de modo perfectamente individualizado y no fungible, asumiendo que nazca entre ellos, desde ese mismo momento, una unión interpersonal libremente resoluble pero cuya resolución, lo mismo que su constitución, está sometida a un principio jurídico formal” DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., p. 133.

El problema entonces sería el de determinar el alcance mismo de esa “unión interpersonal” a la que se refiere este autor.

En orden a esa determinación, nada valen, como él mismo afirma, “los deberes de convivencia, fidelidad y ayuda mutua, y, por ende, no contemplan el matrimonio al que consienten como una “comunidad de vida” en el sentido tradicional. Ello aboca a una muy difícil caracterización de esa “unión interpersonal”, respecto de la que realmente es imposible saber qué sea exactamente.

⁴⁴⁴De interés las consideraciones de DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., pp. 135-136, referidas a la citada Instrucción 31 enero 2006, pero que van más allá en cuanto desembocan en una concepción de qué haya que entender por matrimonio en el marco del propio CC. “No es en absoluto de recibo sustituir los datos que proporciona el Derecho positivo por apreciaciones voluntaristas fundadas en la tradición, las concepciones sociológicas más o menos dominantes y hasta los caracteres que presenta el matrimonio como institución natural”, que es lo que hace la citada Instrucción de 31 enero de 2006”.

El punto de vista del autor es en lo sustancial la apreciación de una contradicción o choque frontal entre, de un parte, el contenido de la citada Instrucción en cuanto a la concepción misma del matrimonio en la legislación civil, y lo que resulta de esa misma legislación. “En contra de lo que en dicha Instrucción se afirma, no hay duda de que, en el Derecho español, el matrimonio civil es válido, aunque los contrayentes excluyan y no asuman los deberes de convivencia, fidelidad y ayuda mutua y, por ende, no contemplan el matrimonio al que consienten como una “comunidad de vida” en el sentido tradicional”. El punto de apoyo del autor en orden a una afirmación de tal calibre encontraría su fundamento en que “la actual regulación no ofrece mimbres suficientes para poder considerar todo ello como constitutivo de la matrimonialidad del consentimiento”. En consecuencia, “y salvo que de la ley personal del contrayente extranjero resulte otra cosa, no cabe deducir la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento matrimonial de las preguntas que la citada Instrucción recomienda hacer al instructor del expediente civil previo en la audiencia separada de los contrayentes; porque, sean cuales sean las respuestas de aquellos a tales preguntas, ello no excluiría, sin más, el carácter matrimonial de su consentimiento”.

De las anteriores consideraciones, se desprende entonces una duda básica y fundamental que afecta, nada menos, que a qué haya que entender por matrimonio en la legislación civil española. El autor citado trata de darle una respuesta que resulta ciertamente muy difícil de aceptar, por no decir que es de imposible aceptación: “Lo único que es relevante para concluir que el consentimiento es

IV. RESERVA MENTAL

1. Preliminar

En el marco de los supuestos de inexistencia de consentimiento matrimonial, la reserva mental viene ocupando tradicionalmente un lugar en la atención de la doctrina y, de modo reciente, también de la jurisprudencia.

El proceso desarrollado por la figura de la reserva mental, en relación con el reconocimiento de su relevancia en el marco del negocio jurídico matrimonial, ha sido complejo⁴⁴⁵. Presupuesta la única relevancia del consentimiento formal (el manifestado por los contrayentes en la celebración) hasta la reforma de 1981, la exclusión de la figura de la simulación aparecía como consecuencia, y, *a fortiori*, la de la reserva mental.

Sin embargo, la admisión de la relevancia de la simulación no conllevaba como lógica consecuencia la de la reserva mental. La existencia de un clima de opinión adverso a la toma en consideración de la reserva como causa de nulidad matrimonial continuó⁴⁴⁶, tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial. Si bien, el desenlace o conclusión no podía ser otro que el de admitir su relevancia, al amparo de un argumento indiscutible: si el negocio matrimonial presupone la existencia de un consentimiento real y verdadero, que el art. 45.1 CC adjetiva como “matrimonial,” ese consentimiento ha de darse por parte de ambos

matrimonial es la consideración no fungible de la persona del otro contrayente y la consiguiente no exclusión de la unión interpersonal resultante. Si ello falta, la simulación es absoluta, porque no recayendo el consentimiento de cada contrayente sobre la persona misma, individual e irrepetible, del otro, se excluye necesariamente el matrimonio mismo”.

Urgiría entonces preguntarse qué queda entonces, (fuera de esa dualidad de personas, no fungiblemente consideradas, en lo que no cabría sino en estar de acuerdo necesariamente por su misma obviedad) respecto del objeto y causa del propio negocio matrimonial. Y es que entonces esa unión interpersonal se ofrece carente por completo de contenido y, por consiguiente, vacía. No iría más allá de esa unión interpersonal, carente de todo propósito, fines u objetivos. El matrimonio civil no es, no puede ser, esa “realidad” vacía que describe este autor. La desjuridificación del contenido del matrimonio en el CC, aun siendo desde luego sustancial, no parece permita llegar a tales conclusiones.

⁴⁴⁵En el marco de los contratos patrimoniales, la tesis contraria a la relevancia de la reserva es clásica en el panorama doctrinal y jurisprudencial de nuestro país. Por todos, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., p. 59, quien señala la, a su juicio, contradicción entre quienes estiman para los negocios jurídicos en general que la reserva mental no es obstáculo para la eficacia negocial de la declaración, en tanto que, tratándose del matrimonio, se inclinan por entender que aquella impide su validez.

⁴⁴⁶ Un destacado representante de esta posición es PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de familia*, cit., pp. 59-60. En su opinión, quienes defienden la relevancia de la reserva mental en el negocio matrimonial lo hacen influidos por la solución del Derecho canónico, siendo así que los criterios para la solución “civil” de la cuestión no pueden ser los mismos que en el derecho canónico. “El dar relevancia a las realidades internas de cada conciencia”, el autor citado la califica como “insoportable en la esfera civil”. En consecuencia, el matrimonio frente al autor de la reserva mental debe ser válido como son válidos, en general, a pesar de la reserva mental, los demás negocios jurídicos: el Derecho impone entonces los efectos negociales al que declara (sin querer interno) como efecto de una conducta de la que debe responder. Dar relevancia en su favor a la mentira sería contrario a las exigencias de la seguridad jurídica y al principio de la buena fe”.

contrayentes. En el caso, pues, de que sólo quepa afirmar su existencia respecto de uno de ellos, la conclusión no es otra que la de que “no hay” consentimiento matrimonial y, por tanto, el vínculo no alcanza existencia jurídica relevante.

Desde esta perspectiva, la reserva mental podría encuadrarse en el CC como causa de nulidad, al amparo de los arts. 45.1 y 73.1 CC, como supuesto de inexistencia de consentimiento.

2. Encuadramiento sistemático de la reserva mental

Como se ha señalado la reserva mental se estudia en el marco de la inexistencia de consentimiento matrimonial, encuadre que pese a ser el tradicional puede ser objeto de críticas.

Las similitudes o analogías entre simulación y reserva mental en lo relativo al matrimonio no son tan claras como se cree. Se parte de que en la reserva no hay consentimiento y, de modo automático, se le une en su tratamiento al propio de la simulación. Sin embargo, las diferencias son notables: de una parte, en la reserva no existe el acuerdo simulatorio propio de la simulación, lo que vendría a situar el supuesto en un plano diferente; de otro, en la simulación no existe consentimiento de ninguno de los contrayentes, en tanto que en la reserva no puede afirmarse propiamente, que no exista consentimiento. Hay consentimiento por parte del contrayente de buena fe, que cree estar casándose verdaderamente. Por lo que la inexistencia de consentimiento no es predicable de ambos, sino de uno solo de ellos. Otra cosa es que ese consentimiento no sea “matrimonial” en cuanto no se encuentra con el del otro contrayente que no quiere contraer matrimonio.

Consentimiento hay, aunque de parte de uno de ellos, si bien ese consentimiento realmente existente, no es capaz de constituir el vínculo al no converger con el del sujeto que celebra con reserva sobre el objeto y causa del negocio, entendida la causa en el sentido que, para los contratos patrimoniales, describe el art. 1274 CC, a propósito de qué haya que entender por “causa” “para cada parte contratante”.

3. Concepto

Las nociones de la figura de la reserva que se manejan por la doctrina son coincidentes en lo esencial.

“Se entiende por reserva mental, afirmaba DE CASTRO Y BRAVO el hecho de que la declaración negocial sea realizada voluntariamente, pero con una voluntad que se oculta (reservada), contraria a lo declarado”⁴⁴⁷

“La reserva mental en sentido estricto, afirman DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS, tiene lugar cuando uno solo de los contrayentes, sin que el otro lo sepa, excluye la causa del matrimonio, mediante un acto de voluntad interno, no manifestado externamente”⁴⁴⁸.

En términos, idénticos en lo esencial, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, define la figura afirmando “Hay “reserva mental” cuando se emite la declaración de querer casarse, con la reserva interna de no querer casarse o con la reserva interna de que el resultado social pretendido sea otro que la especial comunidad de vida que la Ley tipifica”⁴⁴⁹.

Dejando aparte algunas consideraciones que se harán posteriormente, hay un elemento que destaca con en la definición de la figura, y que es característico de la misma: el de la “interioridad “de la reserva (“sin que el otro lo sepa”, “reserva interna de no querer casarse”, etc.). Se trata de una realidad “interna”, que carece de proyección exterior (al menos, en lo que al otro contrayente se refiere y al que afecta de manera directa)

4. ¿Reserva mental y simulación unilateral?⁴⁵⁰

En mi opinión, existe gran confusión en lo relativo a la delimitación de la figura de la reserva, que en ocasiones se mezcla con otras diferentes que no guardan relación con ella.

Así, LÓPEZ ALARCÓN Y NAVARRO VALLS afirman lo siguiente:

⁴⁴⁷DE CASTRO Y BRAVO, F: *El Negocio*, cit., p. 96, quien se refiere a la eficacia de la reserva afirmada por el Derecho canónico, contraponiendo tal posición a la de la doctrina civil “unánimemente conforme en que la reserva mental no afecta la validez de la declaración”.

⁴⁴⁸DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., pp. 83-84.

Señalan con acierto los autores citados que “no existe reserva mental por el mero hecho de que un contrayente quiera casarse para obtener una ventaja administrativa o patrimonial, sino que es necesario que quien declara querer casarse solo busque crear una apariencia de matrimonio que le lleve a obtener dichas ventajas: es necesario, en suma, que en su fuero interno, mediante un acto positivo de voluntad, excluya la causa del negocio jurídico conyugal, es decir, la asunción de los deberes conyugales”.

Al igual que se señaló con anterioridad, la existencia de consentimiento matrimonial es compatible con el propósito de conseguir efectos que cabría denominar “extraños” al matrimonio, con tal de que ese propósito no implique exclusión del matrimonio mismo.

⁴⁴⁹PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., p. 59.

⁴⁵⁰Un marco diferente es el de la llamada “simulación parcial”, en el que, presupuesta asimismo la existencia de un acuerdo simulatorio, la exclusión no se refiere al matrimonio mismo sino a aspectos concretos del régimen jurídico de aquél, por ejemplo, mediante la configuración de aquél como una “relación abierta”, y la consiguiente posibilidad para cada uno de mantener relaciones sexuales con terceras personas, planteamiento este que caería en el ámbito del párrafo segundo del art. 45 CC.

“La simulación mediante reserva mental pertenece al fuero interno de la conciencia y consiste en las decisiones que adopta un sujeto internamente y sin ninguna exteriorización relacionante que, por lo tanto, no tiene relevancia jurídica. Cuando la voluntad interna se exterioriza y trasciende al fuero social entra en el ámbito jurídico bajo la figura de simulación unilateral y entonces no hay reserva mental propiamente dicha se exterioriza, sino ausencia unilateral de consentimiento que es tanto como ausencia de consentimiento puesto que para consentir válidamente se requiere el concurso de ambos contrayentes. Si uno de ellos no presta el consentimiento, lo sepa el otro o no lo sepa, no puede producirse el concurso de voluntades necesario para que haya consentimiento matrimonial entre los dos contrayentes”⁴⁵¹.

Por un lado, para los autores, la reserva mental no tiene existencia alguna fuera del “fuero interno de la conciencia”, y, una vez exteriorizada, ya no se trataría de reserva mental propiamente dicha en cuanto se trataría de una figura distinta denominada por los autores “simulación unilateral”.

Estas afirmaciones no son aceptables en el ámbito del Derecho civil. En el del negocio jurídico matrimonial civil la realidad de la reserva mental y la apreciación (en su caso,) de su existencia podrá tener lugar, aun careciendo de exteriorización alguna respecto del otro contrayente⁴⁵², siempre que sea posible su prueba en el proceso de nulidad correspondiente.

Por tanto, aunque se presuma esa carencia de exteriorización, la reserva mental existe, sin convertirse en una figura diferente que los citados autores denominan “simulación unilateral”.

La cuestión consiste en la procedencia o no de calificar como “simulación unilateral” el supuesto en el que uno de los contrayentes exteriorizare esa voluntad interna de no contraer, y, supuesta esa exteriorización, ¿ante quien o quienes?: suponiendo que lo fuere ante terceras personas (un fedatario público, amigos íntimos, etc.), en cuanto esa exteriorización aunque siendo desconocida del otro contrayente, debería seguir calificándose como de reserva mental; y si suponemos que esa voluntad interna de no contraer llegara a conocimiento del otro contrayente, y éste aceptare celebrar matrimonio en tales condiciones, no podría hablarse de simulación “unilateral”, puesto que estaría implícita la existencia de un acuerdo simulatorio, con lo que el supuesto debería reconducirse al marco del matrimonio simulado, apoyado en esa existencia de un acuerdo simulatorio.

⁴⁵¹LÓPEZ ALARCÓN, M Y NAVARRO VALLS, R: “Comentario al art. 73”, cit., p.709.

⁴⁵² Lo que no es obstáculo, como se ha comentado anteriormente, para que la existencia de la reserva sea conocida de terceras personas (un fedatario público, amigos o conocidos del sujeto que celebra el matrimonio con reserva, etc.). Pero a los efectos que aquí importan, sin proyección exterior alguna respecto del contrayente que cree de buena fe estar celebrando un matrimonio válido.

No importa que ese acuerdo simulatorio sea objeto de pacto previo entre los contrayentes o que sea consecuencia del propósito de no contraer verdaderamente de uno de ellos, propósito que se da a conocer al otro, y este, tras conocerlo, se presta a tal ficción. En ambos casos, el acuerdo simulatorio existe.

No existe la llamada “simulación unilateral”. La simulación o es bilateral (presupone la existencia del acuerdo simulatorio), o, caso contrario, se reconduce a la figura de la reserva mental (cuando ese propósito de no contraer verdaderamente se oculta al otro contrayente). Si no se oculta, y éste se acepta esa ficción, hay acuerdo simulatorio y la simulación es “bilateral”. Si no se oculta ese propósito al otro, y éste se negare a llevar a cabo dicha farsa, no habrá matrimonio por falta de celebración matrimonial.

5. Doble reserva mental desconocida recíprocamente

No se duda en cuanto a la existencia de una doble reserva mental (la que, por separado, haga cada uno de los contrayentes)⁴⁵³. No se trata en este caso de simulación, porque falta el acuerdo simulatorio, sino de la existencia de reserva mental de uno y otro contrayente, que sin embargo no convergen en un acuerdo simulatorio. Lo que hay es un propósito recíproco de engañarse por cuanto a la celebración del matrimonio se refiere, porque cada uno de ellos conoce su propia reserva, pero desconoce la de la contraparte. En este caso las consecuencias son las mismas que en el caso de simulación, nulidad radical y absoluta por inexistencia de consentimiento y demás efectos, presupuesta la mala fe de ambos.

6. Conocimiento recíproco de la reserva mental del otro

El supuesto parece identificarse con el de simulación ya que ese mutuo conocimiento por parte de cada contrayente acerca de la reserva mental del otro implica la existencia de un acuerdo implícito o tácito.

7. Art. 45.1 y 1261. 1 CC. ¿Relevancia de la reserva mental en el primero e irrelevancia de aquella en el segundo?

La relevancia o irrelevancia de la reserva en el negocio matrimonial civil es un tema que se presenta con una importancia destacable.

Respecto del matrimonio, son varios los autores (ALBALADEJO GARCÍA, JORDANO BAREA SANCHO REBULLIDA, DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS entre otros), que, influidos por la solución del Derecho canónico, opinan que también en Derecho civil la reserva hace inválido el matrimonio.

⁴⁵³Así, entre otros, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., p. 59, nota 64.

El argumento en que apoyan este criterio, que es el de la jurisprudencia, es de carácter silogístico: si hay reserva mental no hay consentimiento, y “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial” (45.1 y 73.1 CC). Por tanto, la reserva mental hace inválido el matrimonio⁴⁵⁴.

De un lado, llama la atención la omisión a la reserva y a su relevancia en otros como ASÚA GONZÁLEZ⁴⁵⁵ y DE PABLO CONTRERAS⁴⁵⁶, así como la consideración de su diferenciación respecto a la simulación como una especulación teórica en lo esencial⁴⁵⁷, sin que falten asimismo contradictores de su relevancia⁴⁵⁸. De otro lado, distinguir entre un “marco consensual” en el que la reserva no es relevante (el descrito en el art. 1261. 1 CC para los contratos) y aquél otro también, consensual, (el propio del matrimonio) descrito en el art. 45.1 CC) y en el que sí lo sería, se entiende como indiscutible.

El argumento de que este último artículo se expresa, en relación con el matrimonio, de modo distinto a como lo hace el 1261. 1 CC para los contratos⁴⁵⁹ no puede llevar a dos realidades consensuales diversas en una de ellas referida al matrimonio y la otra a los contratos patrimoniales. No se trata de que una de esas dos realidades consensuales deba ser más “pura” que la otra. Es verdad que una y otra se proyectan sobre negocios jurídicos totalmente diferentes, pero ello no debe incidir sobre la concepción misma de esos consentimientos, hasta convertirlos en consentimientos “diferentes”, “de distinta naturaleza”, máximo

⁴⁵⁴DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., p. 84, con cita de jurisprudencia de AAPP en tal sentido; en sentido contrario a la relevancia de la reserva, pero recogiendo el punto de vista favorable a aquella, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., p. 59.

⁴⁵⁵ASÚA GONZÁLEZ, C.I: “Comentario”, cit., pp. 495-500.

⁴⁵⁶DE PABLO CONTRERAS, P: “Comentario al art. 45” en AA. VV: *Código Civil Comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO Y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Vol. 1º (arts. 1 a 608), Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 348-352; “Comentario al art. 73”, en AA. VV: *Código Civil Comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO Y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Vol. 1º (arts. 1 a 608), Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 447-450; “el matrimonio”, cit., pp. 130 y ss.

⁴⁵⁷DÍAZ MARTÍNEZ, A: “Comentario al art. 45”, cit., p. 661, quien si bien de un lado recoge STS 26 noviembre 1985 (Tol 1736098), aplicando la figura de la reserva a la decisión del novio de contraer matrimonio sólo para tener relaciones sexuales con la contraparte, y con voluntad de abandonarla cuando la atracción física hubiere desaparecido, afirma que “en la actualidad está asimilada a la simulación e inescindiblemente conectada a los matrimonios de complacencia, tanto en el ámbito registral como en el judicial”.

Este punto de vista se concreta en la desaparición de la figura de la reserva e incurre, desde mi punto de vista en un error conceptual de entidad, por cuanto en los llamados matrimonios “de complacencia” lo que hay es simulación, no reserva mental, al presuponer aquellos la existencia de acuerdo simulatorio. No puede hablarse de “asimilación” de una figura a otra sustancialmente diferente en su estructura. Se está negando la autonomía conceptual de la reserva y, en definitiva, su misma relevancia.

⁴⁵⁸En contra de la relevancia de la reserva, siguiendo el parecer de PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS M, GARCÍA DE BLAS-VALENTÍN FERNÁNDEZ, M.L: “El matrimonio”, cit., p. 82.

⁴⁵⁹En contra de este punto de vista, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., p. 60. “Este precepto (el art. 45) se expresa, en relación con el matrimonio, como se expresa el artículo 1261 en relación con los contratos”.

si se tienen en cuenta los intereses del otro contrayente, el de buena fe, que celebra el matrimonio creyendo que está contrayendo un matrimonio válido.

En definitiva, esa desprotección que para el contrayente de buena fe supone la relevancia de la reserva en el marco matrimonial contrasta con la protección que, para la otra parte contratante, también de buena fe, supone la irrelevancia de la reserva en los contratos patrimoniales, en los que jugaría ese “otro” consentimiento (el descrito en el 1261.1 CC).

Lo extrañeza de la figura no admite excepción cuando se trata del matrimonio. “¿Cómo pueden coexistir se preguntaba DE CASTRO Y BRAVO, declaración querida y reserva de no querer?”⁴⁶⁰ ¿Puede situarse al matrimonio fuera de esta contradicción, atribuyendo relevancia a la reserva?

8.La especificidad del negocio matrimonial como fundamento de la relevancia de la reserva. Crítica

En mi opinión, tratándose de negocio matrimonial civil, defender la relevancia de la reserva presupone partir de una idea básica, la imitación de la legislación civil en materia de matrimonio respecto de la propia del Derecho canónico, entendiendo que esa imitación tiene como fecha de inicio la entrada en vigor de la Ley 30/81, de reforma del CC en materia de matrimonio.

Dicha premisa, aun admitida, resultaría cuestionable. Que la reforma de 1981 tuvo en cuenta la legislación canónica es incuestionable, pero que la configuración del consentimiento matrimonial civil (aun después de aquella reforma) no resulte identificable de forma total con la propia del Derecho canónico, no lo es menos. Las diferencias existen y son claras. El paso de una concepción formal del consentimiento en el matrimonio civil a aquella otra que podríamos llamar “real o sustancial” (la vigente), no significa que esa identificación sea absoluta. El planteamiento “purista” acerca del consentimiento en la legislación eclesiástica, no puede ser el de la legislación civil. Que la reserva mental sea relevante en aquella no ha de llevar a un traspaso de la figura y de su régimen de efectos al marco civil⁴⁶¹. Ese desplazamiento

⁴⁶⁰DE CASTRO Y BRAVO, F: *El Negocio*, cit., p. 97.

⁴⁶¹“El matrimonio frente al autor de la reserva mental, afirma PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M, debe ser válido como son válidos, en general, a pesar de la reserva mental, los demás negocios jurídicos: el Derecho impone entonces los efectos negociales al que declara (sin querer interno) como efecto de una conducta de la que debe responder. Dar relevancia en su favor a la mentira sería contrario a las exigencias de la seguridad jurídica y al principio de la buena fe”. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., pp. 59-60. ¿Tiene sentido, entonces, excepcionar al matrimonio de dicha argumentación?

En apoyo también de la irrelevancia de la reserva, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS recoge un precepto de la regulación del matrimonio anterior a la reforma de 1981, que apoyaba la prevalencia de la declaración sobre la voluntad interna, cuando la discordancia era imputable al declarante. Se trataba del art. 87, redacción originaria del CC, en relación con el matrimonio por poder, y redactado así: “El matrimonio será válido si antes de su celebración no se hubiera notificado al apoderado en forma auténtica la revocación del poder”.

parcial se desprende con claridad del párrafo segundo del art. 45 CC, y, en definitiva, de una concepción de la unión matrimonial que no es la canónica.

9. Consecuencias

A) De la relevancia de la reserva

Presupuesta la relevancia de la reserva⁴⁶², las consecuencias serán las que indican DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS⁴⁶³:

“En virtud del art. 74 CC, pueden pedir la nulidad del matrimonio por reserva mental, junto al Ministerio Fiscal y a cualquier tercero interesado, tanto el cónyuge engañado como el autor de la misma⁴⁶⁴, el cual, sin embargo, si ha existido convivencia conyugal deberá indemnizar al contrayente inocente, conforme a lo dispuesto en el art. 98 CC, y, en cualquier caso, deberá indemnizarle (conforme al art. 1902 CC) los gastos hechos y las obligaciones contraídas en atención al matrimonio, los cuales quedan inútiles como consecuencia de la nulidad del mismo e, incluso, según la jurisprudencia, el daño moral “que se origina con la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida”.

Además, presupuesta la mala fe del contrayente autor de la reserva, la aplicabilidad del art. 79 CC en materia de matrimonio putativo sólo será predicable respecto del otro contrayente.

B) De la irrelevancia de la reserva

Presupuesta la irrelevancia de la reserva, la consecuencia sería la de no provocar aquella la nulidad del matrimonio. Este, sería válido, y supondría la carencia de legitimación activa del autor de la reserva a efectos de instar la nulidad. Los efectos del negocio se impondrían al que declara (sin querer interno) como efecto de una conducta de la que debe responder⁴⁶⁵.

La cuestión que podríamos plantearnos es la de la conveniencia de mantener unido en un matrimonio válido al autor de la reserva, que realmente no quiere

⁴⁶²Es claro que existencia de la reserva deberá ser probada de forma adecuada. Y, dada la naturaleza de la figura, desconocida del otro contrayente (el de buena fe), esa prueba discurrirá normalmente por los cauces de pruebas preconstituidas de antemano a tal fin (declaraciones del autor de la reserva y contenidas en acta autorizada por notario, documentos privados respecto de los que quepa constatar la autenticidad de sus fechas y anteriores a la celebración del matrimonio, manifestaciones de amigos o conocidos del autor de la reserva en el sentido de que este les hizo saber su propósito de “declarar” que quería contraer, manteniendo oculta su verdadera voluntad de no hacerlo, etc.).

⁴⁶³DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., p. 85.

⁴⁶⁴La legitimación activa para el ejercicio de la acción a favor del autor de la reserva es más llamativa que en materia de simulación, debido a que, en esta última ambos conocen la falsedad de su actuación, mientras que en el caso de la reserva existe un contrayente de buena fe, ajeno completamente a la maniobra engañosa del otro frente a él.

⁴⁶⁵En este sentido, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., p. 60; siguiendo este punto de vista, GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M.L: “El matrimonio”, cit., p. 82.

estarlo y, cuyo propósito era el de engañar al contrayente de buena fe, tratando de obtener fines que de otro modo no le habría sido posible conseguir.

El carácter personalísimo del entramado de derechos y deberes⁴⁶⁶ que integran el contenido de la relación matrimonial hace imposible mantener en la relación a quien no lo quiere así. En dicho caso, ¿qué se ganaría optando por esta solución? Claro está, el negar al autor de la reserva legitimación activa para instar la nulidad, con fundamento en su mala fe, mientras que el engañado sí podría invocar la falta de consentimiento matrimonial⁴⁶⁷.

Con todo, este punto de vista parece responder en mayor grado a criterios de justicia material que el de permitir instar la nulidad también a aquél que fue el causante de esta, en clara burla de los derechos del contrayente de buena fe⁴⁶⁸.

Lo anterior conduciría al siguiente resultado: de un lado, conocida la existencia de la reserva por parte del contrayente de buena fe, la continuidad de la convivencia con el autor de la reserva sería inimaginable, lo que llevaría a instar la nulidad por parte del contrayente de buena fe con las consecuencias pertinentes (favorables para él, y desfavorables para el autor de la reserva).

A su vez, el autor de la reserva, aun privado de legitimación activa para instar la nulidad, y aun supuesta esa imposición de los efectos negociales (matrimoniales, en este caso) por una conducta de la que debe responder, contaría con la posibilidad de instar la disolución por divorcio, “divorcio” que, obviamente vendría referido a un vínculo matrimonial inexistente, pero que él carecería de legitimación para que así se declarase.

Una vez probada adecuadamente la existencia de la reserva, quien primero tendrá un interés legítimo para destruir esa mera apariencia matrimonial será el contrayente de buena fe, único legitimado para el ejercicio de la acción de nulidad, y cuya interposición normalmente no demorará, con lo que la hipótesis

⁴⁶⁶ Es necesario partir del carácter jurídico de ese entramado de derecho-deberes, dejando al margen, por el momento, la cuestión de si realmente tales derechos y deberes puedan o no seguir considerándose propiamente jurídicos a la vista de los arts. 86 y 82.1 CC. Pienso que siguen presentando carácter jurídico, en base, de un lado en que la consideración viene hecha a la fase constitutiva de la relación, y no a la extintiva; de otro lado, en el art. 32.2 CE, con mención expresa de “derechos y deberes de los cónyuges”, y que carecería de sentido si se tratara únicamente de una recomendación meramente moral o ética del legislador constitucional.

Con todo ello, atribuir ese carácter jurídico a ese entramado de “derechos-deberes” inter conyugales en fase de constitución del vínculo, para reducirlos a “simples recomendaciones” en fase extintiva de aquél, no llevaría más que a una enorme contradicción.

Contemplando el problema, DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., p. 132: “Los indicados deberes, al no poder conceptuarse, por carecer su incumplimiento de sanción alguna, como obligaciones jurídicas, no pueden servir para integrar el carácter matrimonial del consentimiento”. En su opinión, la Ley 15/2005, “refuerza aún más el carácter ilustrativo y didáctico, que no jurídico, de tales deberes al haber añadido el de “compartir las responsabilidades domésticas” y atender a “ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

⁴⁶⁷En este sentido, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., p. 60.

⁴⁶⁸Lo que creo que se produce aun presupuesto el juego de los arts. 98 y 1902 CC, y el resarcimiento en su caso del daño moral, vías estas cuyo juego acumulativo quizá no deje de suscitar dudas.

de que el autor de la reserva se hallare incurso en una convivencia no querida por él, pero sí por el contrayente de buena fe es pura ficción. Todo ello al margen de la legitimación activa del Ministerio Fiscal en orden a instar la nulidad.

CAPÍTULO V

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL. LA ANULABILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO MATRIMONIAL

I. PRELIMINAR

El capítulo V del presente trabajo aborda el tratamiento de los vicios del consentimiento matrimonial.

A diferencia del capítulo anterior, en el que estudié los supuestos de inexistencia de consentimiento, en este, aun dentro del tema del consentimiento, centraré la atención en aquellos supuestos en los que, aun existiendo consentimiento matrimonial, éste se ha formado defectuosamente.

Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia han calificado tales supuestos de consentimiento no íntegro o viciado.

Como afirman DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS, refiriéndose a las patologías del consentimiento, “la nulidad puede deberse a la falta de un auténtico consentimiento matrimonial (falta de capacidad natural para prestarlo, simulación o reserva mental) o, a la existencia de vicios de este (error, coacción o miedo). En el primer caso se dice que el consentimiento no es “real” y en el segundo, que no es “íntegro” (por no ser libre)”⁴⁶⁹.

La diversidad sustancial existente entre los supuestos de inexistencia de consentimiento y aquellos que lo son de consentimiento “no íntegro” o “viciado”⁴⁷⁰, no se queda únicamente en el plano conceptual, sino que, además, se proyecta fuertemente en el plano de los efectos o consecuencias jurídicas.

Aunque el CC habla, también, en estos supuestos de “nulidad” y no de anulabilidad, del conjunto de preceptos referidos a la materia de que se trata, se deduce que los supuestos a que se refiere este trabajo lo son, técnicamente, de “anulabilidad”⁴⁷¹.

II. INVALIDEZ DEL MATRIMONIO EN LOS SUPUESTOS DE CONSENTIMIENTO NO ÍNTEGRO

Partiendo de la distinción tradicional entre “ineficacia e invalidez” de los negocios jurídicos, y dirigiendo al ámbito de la “invalidez” aquellos supuestos en que la ineficacia negocial se establece como sanción por la ilegalidad del propio negocio, la categoría de la

⁴⁶⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., p. 72.

⁴⁷⁰ Señalando esta diversidad, DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., 127, refiriéndose a la necesidad de que la declaración de los contrayentes reúna las condiciones mínimas para ser valorada como voluntaria, esto es, como un acto humano consciente y libre, no lo será “cuando, presupuesta una cierta voluntad en los sujetos, concurre un “vicio de la voluntad”, esto es, una circunstancia tipificada por la ley que hace que ésta no sea plenamente consciente (“error”) o plenamente libre (“coacción o miedo grave”).

Señala este autor que, a diferencia de lo que ocurre con la aptitud natural de entender y de querer y con los requisitos de capacidad e impedimentos, “el carácter voluntario de la declaración y la eventual concurrencia de vicios de la voluntad no se controla en el expediente matrimonial previo al matrimonio civil, lo cual sería imposible, pues su valoración sólo puede hacerse en el momento mismo de la emisión del consentimiento”

⁴⁷¹ En este sentido, entre otros, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de familia*, cit., p. 82.

“anulabilidad” parece la más adecuada para la calificación de los supuestos en que la no producción por el negocio de que se trate (en este caso, el matrimonial) de los efectos que le son propios, sea consecuencia de la existencia de un consentimiento que, aun existiendo, no es íntegro sino viciado.

Como decía acertadamente ROYO MARTÍNEZ, “Comparadas entre sí la nulidad y la anulabilidad del matrimonio, resulta que tanto una como otra desembocan en la ineficacia del mismo, por lo que la consecuencia última es igual respecto de ambas ; pero en cuanto a la razón que determina la existencia de una u otra, la nulidad es consecuencia de la vulneración, voluntaria o no, de uno de los grandes principios objetivos aplicables al matrimonio, que determina la imposibilidad jurídica de la existencia o subsistencia del mismo, en tanto que la anulabilidad surge como consecuencia de una circunstancia subjetiva en la prestación del consentimiento por parte de uno de los cónyuges”⁴⁷².

A pesar del largo periodo de tiempo transcurrido desde que se formularon tales afirmaciones por un referente de gran relieve entre los tratadistas de nuestro Derecho de familia, creo que siguen siendo exactas en lo sustancial. Se formularon en un tiempo en el que el CC no contemplaba las figuras de la simulación matrimonial y la reserva mental, pero con todo ello, no puede negarse que la “nulidad” matrimonial sigue siendo consecuencia de “la vulneración” de alguno de esos grandes principios objetivos aplicables al matrimonio (en lo que aquí respecta, el del consentimiento). Desde esta perspectiva, que la reserva mental se presente como una circunstancia subjetiva en la prestación del consentimiento por parte de uno de los cónyuges no desvirtúa, en absoluto, la caracterización que de la anulabilidad matrimonial formulaba dicho civilista, ya que, en definitiva, la existencia misma de la reserva implica inexistencia de consentimiento y, por ello, vulneración de uno de esos grandes principios objetivos aplicables al matrimonio.

Presupuesto ese consentimiento (que no existe en la reserva), son también exactas las consideraciones de este autor en lo que respecta a vincular la “anulabilidad” matrimonial a “circunstancias subjetivas en la prestación del consentimiento por parte de uno de los cónyuges”. Unilateralidad en cuanto a esa circunstancia subjetiva, pero unilateralidad que presupone que existe consentimiento y, unilateralidad que, aun teniendo lugar en la reserva mental, presupone, por el contrario, la inexistencia de aquél. Tratándose de reserva, esa unilateralidad se conecta, de esta manera, a una inexistencia de consentimiento matrimonial.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA INVALIDEZ POR VICIOS DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL⁴⁷³

El tratamiento de la anulabilidad matrimonial por parte de algún sector de la doctrina se ha caracterizado por un cierto acercamiento de aquella a la categoría de la nulidad. Son significativas en este sentido las consideraciones de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que caracteriza a la “anulabilidad” matrimonial como una modalidad de ineficacia “1.

⁴⁷² ROYO MARTÍNEZ, M: *Derecho de Familia*, Imprenta Suárez, Sevilla, 1949, p. 100.

⁴⁷³ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E: “La nulidad”, cit., p. 41.

absoluta como en la nulidad; 2, que no es *ipso iure*, pues sólo se produce cuando se hace valer el defecto o vicio por el contrayente que lo sufre; 3, el negocio puede subsanarse”⁴⁷⁴.

Aun sin cuestionar las afirmaciones anteriores, creo que podrían matizarse en un sentido más próximo a lo que significa la categoría de la “anulabilidad” matrimonial en nuestro sistema jurídico.

En la “anulabilidad” hay un dato incuestionable. Nos encontramos ante una imperfección en la misma estructura del negocio jurídico matrimonial, no por carencia de un elemento esencial (el consentimiento, en este caso), sino por imperfección de ese elemento esencial. Es esa imperfección del consentimiento (la no integridad de este) la que conlleva a su vez la imperfección en la estructura negocial.

Sigue siendo cierto que la “anulabilidad” es una situación incierta de nulidad y la convalidación, el remedio legal que pone fin a la incertidumbre constitutiva de la situación de “anulabilidad”, al afirmarse la validez del matrimonio cuando la acción de nulidad no se llega a interponer, o cuando la acción de nulidad interpuesta no prospera. Si bien, no lo es que la diferencia entre nulidad y anulabilidad matrimonial no sea hoy día (a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a 1981) una diferencia sustantiva, sino procedimental o de conocimiento⁴⁷⁵.

En el ámbito del CC anterior a la reforma por la Ley 30/81 si era posible mantener esa afirmación. Y es que la “nulidad” propiamente dicha derivaba de defectos objetivos (incapacidad, defecto de forma) que tenían una existencia cierta. Por el contrario, la “anulabilidad” derivaba de un vicio de carácter subjetivo, cuya existencia solo podía ser conocida por la noticia que proporcionase quien lo hubiere sufrido.

¿Qué decir respecto de aquel ámbito, de la inexistencia de consentimiento matrimonial, vgr. por simulación? Su carácter subjetivo no presenta duda, sin embargo, su total irrelevancia con anterioridad a la reforma conducía de forma directa a la imposibilidad de planteamiento del problema. La carencia de consentimiento por simulación, aun siendo encuadrable en la dimensión subjetiva del negocio, carecía de relevancia puesto que el único consentimiento jurídicamente relevante era el formal, es decir, el emitido por los contrayentes ante el juez o funcionario autorizante.

Desde tal perspectiva, la inexistencia misma de ese elemento “subjetivo” (referido al consentimiento de los contrayentes), pero “objetividad”, (convertido en objetivo), por la imposibilidad de separarlo de la propia celebración, no exigía una consideración independiente. El defecto objetivo era siempre constatable (incapacidad, y defecto de forma), y en el ámbito de la forma se contenía en el consentimiento, siendo el formal el único jurídicamente relevante. Desde esta perspectiva, la inexistencia del consentimiento implicaría necesariamente un defecto de forma, con lo que evidentemente se estaría ante un defecto “objetivo” y de existencia cierta.

⁴⁷⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de familia*, cit., p. 82.

⁴⁷⁵ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E: “La nulidad”, cit., p. 40.

El carácter “subjetivo” de los vicios sólo era referible al rapto, error, fuerza o miedo (art. 101 CC, números 2º y 3º, en su redacción originaria). La inexistencia del consentimiento se encontraba fuera de este planteamiento, ya que, presupuesta la existencia de celebración, había también consentimiento. Y en el caso de que ese consentimiento formal no hubiere existido, su propia inexistencia conllevaría de manera ineludible la de la forma misma de celebración, con lo que se estaría en un defecto objetivo y de existencia cierta.

La reforma de la legislación matrimonial por Ley 30/81 cambió este planteamiento. La relevancia del consentimiento real de los contrayentes y, como consecuencia, la nulidad matrimonial por simulación no convirtió en objetiva esta causa de nulidad. La inexistencia de consentimiento por simulación pertenece al plano de la subjetividad, no en al de las existencias “ciertas”.

La consecuencia no pudo ser otra sino la de que determinadas circunstancias subjetivas en la prestación del consentimiento (simulación), pese a ser subjetivas, dejarán de llevarse al marco de la “anulabilidad” matrimonial, para encuadrarse en el de la “nulidad” absoluta.

En definitiva, el tema del consentimiento matrimonial dejará de referirse en exclusiva al ámbito de la “anulabilidad” (error, coacción o miedo; supuestos todos ellos de consentimiento no íntegro), para hacerlo al de la “nulidad absoluta” (simulación, reserva mental; supuestos de inexistencia de consentimiento).

IV. ANTECEDENTES: LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LA REGULACIÓN DEL CC ANTERIOR A LA REFORMA DE 1981

1. Preliminar

En la redacción del CC anterior a la reforma de 1981, el tema de los vicios del consentimiento matrimonial se contemplaba en el art. 101, apartados 2º y 3º (redacción originaria del CC), ambos con idéntica redacción a la contenida en el apartado 4º del art. 92 de la Ley de Matrimonio civil de 1870.

Se trataba de una regulación parca y escasa, determinada, desde mi punto de vista, por una doble circunstancia: de un lado, la misma naturaleza del sistema matrimonial entonces vigente, denominado por la doctrina de “matrimonio civil subsidiario”, y en consecuencia, de clara prevalencia del canónico en la sociedad española; y de otro, la dimensión rigurosamente formal del matrimonio civil, que necesariamente relegaba a un plano secundario los aspectos relativos al consentimiento, comprendiéndose este en la propia forma.

2. Breve consideración del art. 101⁴⁷⁶ (CC, redacción originaria)

⁴⁷⁶ Un detenido análisis de los antecedentes históricos del error en el matrimonio en nuestro Derecho, COBACHO GÓMEZ, J.A: “El error en el matrimonio”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, 1986, Vol. 9º, pp. 7 y ss., y “El error en las cualidades personales del otro cónyuge como causa de nulidad del matrimonio”, en AA. VV: *Estudios de Derecho Privado en homenaje al Profesor Salvador Carrión* (dir. por. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 443 y ss.

El art. 101 constaba de cuatro apartados, de los que el 1º y el 4º se referían a la capacidad y a la forma de celebración. “Son nulos: 1º. Los matrimonios celebrados entre las personas a quienes se refieren los artículos 83 y 84, salvo los casos de dispensa”. Por su parte, el apartado 4º, con el que finalizaba el artículo, disponía la nulidad para “El que se celebre sin la intervención del Juez municipal competente, o del que en su lugar deba autorizarlo, o sin la de los testigos que exige el artículo 100”.

El tema de los vicios del consentimiento se recogía en los apartados 2º y 3º. El anacronismo existente ya en el tiempo en que el CC se promulgó del supuesto contemplado en el apartado 3º, no requiere de mayor consideración (“Es nulo el matrimonio contraído por el raptor con la robada, mientras ésta se halle en su poder”).

Por su parte, el apartado 3º establecía la nulidad del “contraído con error en la persona, o por coacción o miedo grave que vicie el consentimiento”.

La doctrina señaló el carácter fuertemente subjetivo de las causas contempladas en los apartados 2º y 3º del citado art. 101. El juego de los vicios del consentimiento tenía poco alcance de un lado, por la propia naturaleza del sistema matrimonial; de otro, por el principio básico del que partía el legislador civil según el cual, presupuesta la existencia de celebración, se presuponía, también, la existencia de consentimiento. Por tanto, este último existía siempre que hubiere habido celebración válida. Excluido el supuesto de que, a pesar de la existencia de celebración, no hubiere existido consentimiento, el tema de éste llevaba, necesariamente, a la escasa regulación contenida en el apartado 2º del art. 101.

Debido a esa escasa regulación y aplicación práctica, la exégesis doctrinal acerca del citado apartado 2º del art. 101 originario no presentaba grandes novedades.

Así, refiriéndose al error en la persona, SANCHO REBULLIDA afirmaba que tal error “habrá de recaer en su identidad o en sus cualidades tan esenciales que puedan reconducirse, propiamente, a su identidad. No afecta a la validez del matrimonio civil el error sobre cualidades accidentales”⁴⁷⁷.

Por lo que respecta a los vicios de coacción o miedo grave y, más en concreto, en lo relativo a la gravedad requerida para la relevancia de estos, el autor citado afirmaba que se trataba de una cuestión de hecho, a estimar por los Tribunales, en función de las condiciones subjetivas constatables del que padece el miedo o la coacción. En todo caso, el carácter esencial o determinante del miedo o de la coacción sobre el matrimonio celebrado se ponía de relieve por el autor: “Deben viciar el consentimiento en el sentido de que el matrimonio se contrae, precisamente, a causa del miedo o de la coacción padecidos”⁴⁷⁸.

Con todo ello, y por cuanto se refiere al tratamiento del error, frente a la dicción literal del artículo, “error en la persona”, el autor citado, introducía una idea interesante, al referirse al error recayente en “la identidad” de la persona. ¿Podríamos considerar totalmente

⁴⁷⁷ SANCHO REBULLIDA, F. DE A: “Comentario al art. 101 CC”, en AA. VV: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir por. M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo II, arts. 42 a 107 del CC, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 323. El autor recogía el parecer de MUCIUS SCAEVOLA en el sentido de que no sería causa de nulidad el matrimonio contraído con A bajo la impresión de que era rica, si luego resulta pobre.

⁴⁷⁸ SANCHO REBULLIDA, F. DE A: “Comentario al art. 101”, cit., p.323

equivalentes las expresiones “error en la persona” (empleada por el legislador en el art. 101 del CC redacción originaria) y “error recayente en la identidad de la persona” (empleada por SANCHO REBULLIDA)? Parece más acertado entender que no son exactamente iguales. El término “identidad” de la persona, señala un ámbito más amplio que el del “error en la persona”. Mientras este último se identificaría exclusivamente con el recayente sobre la persona física del otro contrayente, el de error sobre “la identidad de la persona” se referiría a un ámbito más amplio, no reconducible únicamente al error sobre la persona física del otro.

Puede que el propósito de autor fuera el de superar la escasez de la regulación del CC, de un lado, introduciendo la idea de “identidad” de la persona y de otro, refiriéndose a la relevancia del error sobre “cualidades tan esenciales que puedan reconducirse a su propia identidad”. En este planteamiento, se observa, además, una cierta influencia de la doctrina del *error redundans* propia del Derecho canónico⁴⁷⁹.

Analizando, asimismo, la posición de la doctrina científica española anterior a la reforma de 1981, COBACHO GÓMEZ, recoge los pareceres de PUIG PEÑA, PÉREZ GONZÁLEZ Y CASTÁN TOBEÑAS. Para el primero de ellos, la fórmula originaria del CC permitía comprender en ella “los errores sobre las cualidades de las personas que redunden en la estimación que de ella se tiene al contraer matrimonio”, en tanto que, para los dos autores posteriores, la redacción originaria planteaba la cuestión de si, al igual que en el art. 1266 CC y en los precedentes canónicos, alcanzaba “a las cualidades que redunden sobre la persona”⁴⁸⁰.

El punto de vista de PÉREZ GONZÁLEZ Y CASTÁN TOBEÑAS era contrario a una interpretación estricta del art. 101.2 (CC redacción originaria) y ello con apoyo en que “esa misma disposición anula el matrimonio contraído por coacción o miedo grave que vicie el consentimiento y no se alcanza por qué no ha de poderse completar la interpretación de este aspecto a través de los únicos preceptos legales donde se concretan las condiciones para que la coacción o miedo grave se consideren aptos para viciar el consentimiento y que no son sino los relativos a los contratos en general”.

De conformidad, con la premisa anterior, y entendiéndose que en la fórmula del art. 101.2 CC originario cabían, como constitutivos del error en la persona, no sólo el error sobre la identidad (supuesto difícil en la práctica)⁴⁸¹, sino también el que recae sobre las cualidades personales, habría que “circunscribir esta última modalidad, afirma COBACHO

⁴⁷⁹ Sobre el tema, aunque escribiendo para el *Codex Iuris Canonici* de 1917, MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ, L: “Comentario a los cánones 1081-1093 del Código de Derecho Canónico”, en AA. VV: *Comentarios al Código de Derecho Canónico, II. Cánones 682-1321*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1963, p.611 y ss.

⁴⁸⁰ Cfr. COBACHO GÓMEZ, J. A: “El error en las cualidades”, cit., pp. 446-447.

⁴⁸¹ Cuando el supuesto de “error sobre la identidad” se califica como es el caso, de “raro y difícil en la práctica”, no es extraño pensar que se circunscribe al recayente sobre la persona física del otro, es decir, a la identidad física de aquél, puesto que cuando a la “identidad” se le atribuye un ámbito más amplio, ámbito que va más allá de la mera identidad física y que no es otro sino el de las “cualidades esenciales” que se materialicen en errores sobre la “identidad” de la persona, no entendida esta en un sentido simplemente físico.

GÓMEZ⁴⁸², compartiendo este punto de vista, por analogía a lo que dispone el art. 1266 CC, a aquellas cualidades de la persona que puedan considerarse esenciales, dentro de la estimación dominante en la esfera social de los contrayentes”.

No cabe duda de que el tratamiento doctrinal que se acaba de recoger es hoy día de gran interés, no ya desde un punto de vista práctico, dada la naturaleza misma del sistema matrimonial español de la época⁴⁸³, sino también, desde el punto de vista de interpretativo del alcance de aquella norma, e incluso, parece arrojar un algo de luz sobre la debatida cuestión, (ya en el marco del art. 73.4 CC surgido de la reforma de 1981), sobre si la “entidad” misma de la cualidad sobre la que recaiga el error había de entenderse en un sentido objetivo o, por el contrario, subjetivo. Esa referencia a “la estimación dominante en la esfera social de los contrayentes” parece dirigirse a la prevalencia del criterio subjetivo, el cual defiende.

Se estaría, por tanto, ante un criterio interpretativo de una norma carente de vigencia, pero que, sin embargo, sigue presentando gran utilidad a efectos de la interpretación de la en vigor, la surgida de la reforma por Ley 30/81.

V. LA REFORMA DEL CC POR LEY 30/81 EN MATERIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL. PLANTEAMIENTO GENERAL

La profundidad de la reforma de 1981 por cuanto a la legislación matrimonial se refiere está fuera de toda duda. Se llevó a cabo una entera remodelación de la regulación del matrimonio en el CC. Por ello, el alcance de aquella no se limitó a un cambio sustancial en el sistema matrimonial hasta entonces vigente, adecuándolo al art. 32.2 CE, sino que fue más allá, modernizando y poniendo al día el régimen jurídico del matrimonio civil.

En materia de vicios del consentimiento, la incidencia de la reforma de 1981 hay que circunscribirla, necesariamente, al marco del error. De “radical novedad en el ordenamiento español” calificó DE VERDA Y BEAMONTE “la consagración jurídico-positiva del error en cualidad como causa de nulidad del matrimonio”.⁴⁸⁴ Es aquí donde se introdujo una norma completamente distinta a la hasta entonces vigente⁴⁸⁵. Basta una simple comparación entre el texto del art. 101, apartado 2º, de la redacción originaria del CC y, el del art. 73. 4º CC vigente, para constatar que es el tema del error el que cambió, y de manera sustancial, en la regulación surgida de aquella reforma, hasta el punto de que pasa a ocupar en su totalidad el número 4º del art. 73 CC, en tanto que en la anterior el art. 101, apartado 2º contenía el error en la persona, la coacción y miedo grave. Como consecuencia de ello, se produjo un desplazamiento de la coacción y el miedo grave al número 5º del citado art. 73 CC.

⁴⁸² COBACHO GÓMEZ, J.A: “El error en las cualidades”, cit., pp. 446-447.

⁴⁸³ Señalando la falta total de jurisprudencia recaída sobre el art. 101 originario del CC, lógica consecuencia por lo demás de la naturaleza misma del sistema matrimonial en el que se insertaba el precepto, COBACHO GÓMEZ, J.A: “El error”, cit., p. 32.

⁴⁸⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., p. 1.

⁴⁸⁵ Señalando la incorporación por dicha reforma de la legislación española a la posición adoptada por las legislaciones modernas, que consideran como causa de invalidez del matrimonio, no sólo el estricto error in personam, sino también el error en cualidad personal, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., pp. 2-3.

Este dato relativo al encuadramiento de las figuras es muy significativo. Y es que la regulación del error aumenta significativamente a consecuencia de aquella reforma, dando lugar a una norma cuyo enunciado es mucho más amplio y sin producirse alteración alguna por cuanto se refiere a la coacción o miedo grave, sin más modificación que la supresión en la redacción surgida de la reforma de 1981 del inciso “que vicie el consentimiento”, con el que se concluía la referencia a la coacción o miedo grave en la redacción originaria (art. 101, apartado 2º).

Se pasó de esta manera del escaso enunciado de: “Es nulo el matrimonio contraído por error en la persona” a otro mucho más amplio de “Es nulo el (matrimonio) celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento” (art. 73. 4º CC)⁴⁸⁶.

Junto a ello, la reforma corrigió técnicamente la dicción del precepto anterior. El legislador deja de hablar de matrimonio nulo “contraído” por error, coacción o miedo grave, para hacerlo de matrimonio “celebrado”, término más adecuado tratándose de un supuesto de nulidad, en el que, lógicamente el matrimonio no se “contrae”, sino que simplemente “se celebra”.

VI. ERROR EN EL NEGOCIO JURÍDICO MATRIMONIAL Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

1. Preliminar

El enunciado de este apartado VI puede parecer un tanto extraño, y ello porque trata de conectar la figura del error en el negocio jurídico matrimonial con el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad contenido en el art. 10.1 CE.

No se trata de una simple posibilidad ni de una afirmación más o menos aventurada de algo que intuye que podría tener lugar, pero que no se está en condiciones de afirmar con seguridad, sino de todo lo contrario. La conexión entre la figura del error matrimonial (en el diseño que se le atribuyó en la reforma de 1981) y el principio del libre desarrollo de la

⁴⁸⁶ Detalles interesantes sobre la tramitación parlamentaria del art. 73. 4ª, en COBACHO GÓMEZ, J.A: “El error”, cit., pp. 33 y ss. y con identidad de planteamiento en: “El error en las cualidades”, cit., p. 447, poniendo de manifiesto la dura oposición del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, que intentó, sin éxito alguno, la supresión de cualquier referencia al error en las cualidades personales del otro cónyuge. En el Senado, el Grupo Socialista continuó en esa misma línea, si bien, con una argumentación más amplia: “con la redacción del art. 73.4 CC se concedía excesiva discrecionalidad al Juez en la valoración de las circunstancias personales siendo ello peligroso, y que no debían traerse al CC causas de nulidad canónica que no son aceptables por el Derecho del Estado”.

La oposición socialista señalaba al principio inspirador recogido en la Ley 30/81, el de una modernización y actualización de la legislación matrimonial civil, lo que habría sido impensable sin un suficiente acercamiento a la legislación canónica.

personalidad, se presenta con tal grado de fuerza en su manifestación⁴⁸⁷ que un parecer en sentido contrario sería totalmente infundado.

“El art. 73. 4º CC, afirma DE VERDA Y BEAMONTE, no es un precepto aislado, sino que se trata de una concreta manifestación de un principio más amplio que inspiró la Ley 30/81, de reforma del Código civil: el (principio) de “personalización” del instituto matrimonial. La concepción del matrimonio como un instituto, cuya estabilidad se debía garantizar a todo trance, cede ante la consideración del matrimonio como un cauce de expresión del principio de libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 CE, uno de cuyos corolarios es sin duda, el *ius connubii*, garantizado por el art. 32 CE”⁴⁸⁸.

Por presentarse esa conexión de manera tan clara, me llama la atención que su existencia no haya sido objeto casi de ninguna consideración por quienes han tratado la norma comprendida en el art. 73. 4º CC.

La idea de la que ha de partirse es la del negocio jurídico matrimonial como cauce para el libre desarrollo de la personalidad de quienes lo contraen. El derecho al matrimonio como derecho de los ciudadanos (art. 32.1 CE), no puede desvincularse, en modo alguno, de ese principio del libre desarrollo de la personalidad contenido en el párrafo primero del art. 10 CE.

La función del negocio matrimonial que explica el reconocimiento legislativo de la figura y su protección por el ordenamiento es la constitución entre los que lo contraen de una plena comunidad de existencia con el contenido descrito en los arts. 66-68 CC, pero, en definitiva, su función última, es la de servir de cauce para el libre desarrollo de la personalidad de aquellos que lo contraigan⁴⁸⁹.

Llegamos así al núcleo de la cuestión. De una parte, el contenido del negocio jurídico matrimonial está sustraído a la voluntad de las partes por lo que estas han de adherirse a su contenido, sin que sean posibles alteraciones (al menos, en la fase constitutiva de la relación)⁴⁹⁰. De otra, quien decide contraer matrimonio, presupuesta esa aceptación del

⁴⁸⁷ Sobre la conexión entre negocio jurídico matrimonial, de una parte, y libre desarrollo de la personalidad, de otra, así como sobre el tratamiento del error matrimonial en el CC tras la reforma de la Ley 30/81, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., pp. 20 y ss.

⁴⁸⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., p. 45.

⁴⁸⁹ Como señala DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “la tutela de las libertas *matrimonialis*, manifestación tal libertad del principio de libre desarrollo de la personalidad, se protege mediante el reconocimiento a la persona de los siguientes derechos: a) el derecho a contraer matrimonio; b) el derecho a no contraerlo; c) el derecho a solicitar la declaración de nulidad del negocio matrimonial inválido”, *El error*, cit., p. 44.

⁴⁹⁰ Otra cuestión es, como señala DE PABLO CONTRERAS, P, que ese contenido, y, especialmente, ese entramado de derechos y deberes, “cuya formulación el Código mantiene en los mismos preceptos (arts. 66 a 68) y cuya lectura sigue precediendo a la recepción del consentimiento de los contrayentes en la ceremonia civil (art. 58), al no poder conceptuarse, por carecer su incumplimiento de sanción alguna como obligaciones jurídicas, no pueden servir para integrar el carácter matrimonial del consentimiento. De hecho, la Ley 15/2005 refuerza aún más el carácter ilustrativo y didáctico, que no jurídico, de tales deberes al haber añadido el de “compartir las responsabilidades domésticas”, y atender a “ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”, cuya asunción por la voluntad de los contrayentes no puede ser valorada, por razones obvias, constituir un mero *desiderátum* sociológico en un caso y exceder la relación interpersonal entre los cónyuges en el otro, como constitutivos del vínculo”. DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., p. 132.

Este punto de vista, aun siendo parcialmente aceptable, no creo que haya de compartirse íntegramente. El carácter jurídico de ese entramado de derechos-deberes no puede negarse, si bien, otra cosa son las dificultades de obtener

esquema mínimo legal (comunidad de vida tendencialmente perpetua, entramado de derechos y deberes de los arts. 66-68 CC, etc.), puede que tome esa decisión en función de móviles subjetivos que, aun no formando parte de ese “contenido básico” del negocio, sean determinantes para él a la hora de tomar esa decisión de contraerlo, de manera que, de haber conocido antes de celebrarlo la imposibilidad de su consecución, hubiere desistido de hacerlo.

2. La reducción del esquema matrimonial por la reforma de 1981

La reforma de 1981 redujo sensiblemente lo que podríamos denominar “esquema” del matrimonio. Dicha reducción guarda relación con la aminoración del contenido normativo que tenía el matrimonio en la regulación anterior. Ese esquema se simplifica, se hace más sencillo. Esta simplificación presenta estrecha conexión con la reducción en el número de los impedimentos matrimoniales. Se reducen unos, se suprimen otros (por ejemplo, y en cuanto a las supresiones, impotencia y parentesco por afinidad). La supresión de un impedimento (vgr. el de impotencia) conlleva necesariamente, como es lógico, que su misma existencia deja de ser, *per se*, obstáculo al matrimonio regulado en el CC. Una persona afectada de impotencia *coeundi*, o incluso privada de órganos sexuales, podrá contraer matrimonio. Desaparece la llamada “imperatividad” de la impotencia, y ello porque, aun en caso de existir, la legislación civil no obstaculizará el acceso al matrimonio del afectado/a por ella.

Si el legislador admite un tipo matrimonial en el que los sujetos, o alguno de ellos, carezcan/carezca de aptitud para el mantenimiento de relaciones sexuales, se desemboca de forma necesaria en una configuración de la unión distinta de la anteriormente regulada, dotada de un esquema normativo más simple. Se simplifica ese contenido al reconocer el legislador efectos a una unión que habría sido nula en la regulación anterior. El legislador, podríamos decir, “se conforma” ahora con denominar “matrimonio” a una unión estable entre dos personas, encaminada a la creación entre ellas de una plena comunidad de existencia, e informada por ese entramado de derechos-deberes de los arts. 66-68 CC. La aptitud para las relaciones sexuales, y más aún, la procreación⁴⁹¹, quedaran fuera de ese esquema que podríamos denominar “de mínimos”. Por tanto, observado ese esquema mínimo, existe matrimonio para la legislación civil.

3. La posibilidad de completar ese esquema “de mínimos” por voluntad de los sujetos

Que el legislador entienda que existe matrimonio cuando los sujetos acepten ese denominado “esquema básico o de mínimos”, no implica que niegue relevancia a la voluntad del/de los contrayente/s encaminada a “ir más allá” de ese esquema básico, permitiendo la entrada en el contenido del negocio matrimonial de otros elementos o

su cumplimiento ante la negativa del sujeto a hacerlo. La juridicidad de ese conjunto de derechos deberes ha de mantenerse, ya que la misma dicción del párrafo segundo del art. 32 CE lleva a su consideración como jurídicos.

⁴⁹¹ Con todo, la llamada *impotencia generandi* o esterilidad no constituyó nunca impedimento matrimonial en la legislación civil española, ni tampoco en la canónica.

circunstancias, elementos circunstancias a los que cabrá atribuir relevancia porque esa es la voluntad de uno de los contrayentes, o de ambos, y que serán relevantes para ese matrimonio concreto. La relevancia atribuida por el legislador será consecuencia, entonces, de la que, en su caso, le atribuya el contrayente o contrayentes. El legislador no atribuye relevancia jurídica a esa circunstancia, pero si el/los/ contrayente/s si se la atribuyen, será relevante por la vía de la nulidad matrimonial.

Podríamos hablar de la admisibilidad por el legislador de 1981 de un esquema matrimonial “de mínimos”, cuya aceptación por los contrayentes determinaría a la existencia de consentimiento matrimonial. Aceptando ese esquema, hay consentimiento y, por tanto, hay matrimonio (siempre que exista capacidad y se observe la forma *celebrationis*).

El encuadre de la relevancia jurídica de esos elementos o circunstancias “añadidos”, en su caso, a ese “esquema básico”, deberá discurrir por un cauce similar al de la “cualidad directa y principalmente intentada” de la legislación canónica.

4. Conexión entre esquema matrimonial “de mínimos” con “adiciones” (en su caso) y principio del libre desarrollo de la personalidad

Una regulación matrimonial totalmente imperativa (salvo en lo relativo al régimen económico) concuerda menos, claro está, con el principio del libre desarrollo de la personalidad de los sujetos que aquella otra (como es aquella a la que nos referimos) en que el legislador se limita a establecer una regulación imperativa, pero “básica”, es decir, un esquema matrimonial “de mínimos”, aceptado el cual, el consentimiento se entiende existente, sin perjuicio de que la voluntad de los contrayentes pueda proceder a la adición, sobre ese esquema básico de elementos o circunstancias. Elementos o circunstancias que aun no siendo indispensables para la configuración del tipo “matrimonio” por el legislador del Código, lo sean, sin embargo, para los contrayentes.

La incorporación de esos elementos o circunstancias por la voluntad de los que lo celebran produciría como resultado la integración de aquellos en ese mismo “tipo negocial matrimonio”, de forma que el negocio matrimonial adquiere una dimensión subjetiva, es decir, “ajustada” a la voluntad y a los propósitos de los sujetos y de la que antes carecía.

Sigue siendo necesaria la adhesión de los esposos a la función del negocio matrimonial, la adhesión a ese esquema “básico” o “de mínimos”, si bien, el negocio matrimonial se privatiza ya que la relevancia de otros elementos o circunstancias (vgr. la aptitud para el mantenimiento de relaciones sexuales, o la posibilidad de procrear hijos⁴⁹²) que el propio legislador no considera indispensables para la configuración del “tipo negocial”, pueden serlo, sin embargo, por la voluntad de los sujetos. La relevancia de esos elementos viene referida a ese matrimonio concreto, no ya al tipo general básico.

Podríamos hablar de una cierta “configuración” del negocio matrimonial, si bien, en ningún caso, podríamos identificar el término “configuración” con la posibilidad de los particulares de diseñar un “matrimonio a la carta” debido a que esas posibilidades de

⁴⁹² Es de sobra conocido que la denominada *impotencia generandi* o esterilidad no constituyó nunca obstáculo al matrimonio en la legislación matrimonial civil española, y asimismo tampoco en la canónica.

“configuración” tienen límites. Los elementos o circunstancias que el legislador de 1981 no consideró imprescindibles para ese tipo “básico” matrimonio, y consiguientemente, excluyó de ese esquema normativo “básico”, llevándolos del marco de los impedimentos/requisitos de capacidad⁴⁹³ al de la propia voluntad de los sujetos, (haciéndoles perder su imperatividad), requieren de entidad (objetiva/subjetiva).

La vinculación entre lo que se acaba de decir y el principio del libre desarrollo de la personalidad parece, desde mi punto de vista, incuestionable.

La autonomía privada no deja de existir por la circunstancia de que los sujetos no puedan modificar el contenido de la relación jurídica que constituyen, basta con que hayan podido crearla (DÍEZ PICAZO). Desde esta perspectiva, el contraer matrimonio es un acto de autonomía privada de los sujetos que lo contraen. Hasta aquí la legislación anterior a 1981, pero el legislador posterior, ya postconstitucional, establecerá sus reglamentaciones de conformidad con los valores, principios y normas de la propia Constitución.

Desde esta perspectiva, resulta absurdo pensar que el enfoque del negocio matrimonial como cauce al libre desarrollo de la personalidad es un invento del legislador constitucional de 1978. Aun en los tiempos en que este término (“libre desarrollo de la personalidad”) no había sido incorporado a nuestro lenguaje jurídico, las personas contraían matrimonio buscando un complemento afectivo, engendrar hijos, etc. En definitiva, desarrollar su personalidad.

Por tanto, la importancia al respecto del art. 10.1 CE en relación con el art. 32.1 de aquella se observa en esa patente acentuación de la configuración del instituto matrimonial como cauce al libre desarrollo de la personalidad, de quienes contraen matrimonio (como acto jurídico) y, en consecuencia, hacer surgir entre ellos la relación jurídica matrimonial (matrimonio como relación jurídica).

Como un derecho de los ciudadanos se formula el derecho al matrimonio en el art. 32.1 CE, en tanto que, en el párrafo segundo, el legislador constitucional establece el programa del legislador ordinario en lo relativo a su regulación (formas de celebración, edad y capacidad, derechos -deberes de los cónyuges, causas de separación y disolución y efectos de aquellas).

Diseñado ese esquema “básico” por el legislador de 1981, no existe duda en cuanto a que, la acentuación de la configuración del matrimonio como cauce al libre desarrollo de la personalidad de los sujetos que lo celebren se debería a esa relevancia del error en cualidad personal de entidad ex art. 73.4. CC.

⁴⁹³ En la legislación matrimonial civil española anterior a la reforma de 1981, y asimismo en la canónica, el llamado tradicionalmente “impedimento de impotencia” constituía en realidad un requisito de capacidad para contraer. De una parte, porque, tratándose de impotencia absoluta, impedía al sujeto contraer con cualquiera; de otra, porque imposibilitaba al afectado para realizar los actos propiamente matrimoniales y encaminados a la procreación. La exigencia legal se limitaba a esa posibilidad de realizarlos, la procreación efectiva no era materia del contrato, y por tanto su no consecución no afectaba en nada a la validez del matrimonio contraído.

5. La respuesta del legislador de 1981: el art. 73. 4 CC

A) La posibilidad de “complementar” el esquema matrimonial “básico”

Como se acaba de decir, la respuesta legislativa a esa denominada “nueva configuración” del matrimonio civil llegaría por la vía del error y, más concretamente, por la redacción del art. 73. 4º CC por aquella Ley 30/81⁴⁹⁴.

En este sentido, el contenido del art. 73.4 CC ha de ser visto en una primera aproximación, como un precepto que permite al individuo “completar” o “complementar⁴⁹⁵”, de algún modo, ese esquema matrimonial “básico” o “de mínimos” a que me referí anteriormente.

Si el sujeto de adhiere a ese esquema matrimonial “básico”, se entiende que existe consentimiento, pero esa adhesión al esquema “básico” puede ir igualmente acompañada de una voluntad encaminada a la consecución de propósitos, elementos o circunstancias, determinantes para él de su decisión de contraer. El sujeto acepta ese esquema “básico”, pero su voluntad matrimonial va más allá de ese esquema “de mínimos” (por ejemplo acepta que el matrimonio es una plena comunidad de existencia entre dos personas, tendencialmente perpetua, pero contrae porque, además de lo anterior, valora la sexualidad, y, por consiguiente, la aptitud de la otra parte para el mantenimiento de relaciones de tal naturaleza; o quiere formar una familia, y, por ende, también, quiere que la contraparte no esté afectada de esterilidad, o rechaza la idea de tener que recurrir a costosos tratamientos en una clínica de fertilidad para superar este problema).

El elenco de esas circunstancias puede ser amplísimo (orientación sexual, formación cultural, formación moral o religiosa, aptitud profesional en orden a desarrollar un trabajo, salud mental y física, etc.).

B) El encaje de esos otros elementos (“adiciones”) en el esquema matrimonial “básico” o “de mínimos”

La cuestión a que ahora quiero hacer referencia es la relativa al encuadre de esos otros elementos o circunstancias en el diseño que, del negocio jurídico matrimonial, llevó a cabo el legislador de 1981.

Hay que partir de una idea indiscutible: esos elementos o circunstancias no son relevantes en ese esquema básico. Esa carencia de relevancia es consecuencia directa de que el legislador “concibe” el matrimonio sin ellos. Es decir, el matrimonio puede tener existencia aun sin la concurrencia de esos elementos o circunstancias. No son, por tanto, relevantes para el legislador, pero sí pueden serlo para el contrayente o contrayentes, y de serlo, la

⁴⁹⁴ “Es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: 4º: El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento”

⁴⁹⁵ La utilización aquí de los verbos “completar” o “complementar”, puede presentar algunas dudas. Si optásemos por el verbo “completar”, sería como decir que el ese esquema matrimonial “básico” o “de mínimos” no es completo, lo que no concordaría con el deseo de la legislación acerca del matrimonio mismo. Y es que ese deseo del legislador, esa configuración del matrimonio diseñada por este ha de entenderse “completa” en sí misma, con independencia del juicio que el intérprete realice. Por ello, creo que debemos inclinarnos por el verbo “complementar” ese esquema “básico”, atribuyendo entonces relevancia el legislador a la voluntad de los sujetos en orden a esa posibilidad de aquellos del “complementar” tal esquema.

relevancia que en dicho caso les viene conferida por el legislador no puede sino ofrecerse como consecuencia de la que le atribuye/n el/los contrayentes/s.

El juego del principio del libre desarrollo de la personalidad, en lo que respecta al matrimonio, alcanza aquí una manifestación totalmente destacable.

El legislador no impone el matrimonio a los ciudadanos (art. 32.1 CE), puesto que el derecho al matrimonio tiene como correlativo el derecho a no casarse. La idea esencial es la de que no diseña igualmente un “tipo” matrimonial cerrado, en lo relativo a ese esquema matrimonial “básico” o “de mínimos”, sino que este está abierto a que el contrayente o contrayentes incorporen esos elementos o circunstancias, elementos determinantes de su voluntad de contraer, y que de haber conocido que estos/ estas no concurrían, no hubiera llevado a cabo su propósito.

C) Sobre la naturaleza y alcance de esos elementos o circunstancias

El respeto del legislador por el principio del libre desarrollo de la personalidad en materia matrimonial exige algunas consideraciones adicionales. En contra de lo que pudiera parecer, el legislador de 1981 no se limitó a aligerar el sistema de impedimentos matrimoniales hasta entonces existente (por ejemplo, supresión de la afinidad, de la impotencia *coeundi*), lo que en un razonamiento equivocado, conduciría a la conclusión de que esos elementos o circunstancias ahora relevantes por la voluntad de los sujetos, y, consiguientemente, también para el legislador, se identificarían con alguno o algunos de los impedimentos matrimoniales desaparecidos (así, mujer que desea contraer con varón apto para el mantenimiento de relaciones sexuales, y que, de haber conocido que padecía de impotencia no hubiere celebrado el matrimonio).

La conclusión (errónea, desde mi punto de vista), podría ser la de que el reconocimiento de la relevancia de esos elementos o circunstancias se reduciría a aquellos que con anterioridad eran considerados obstáculos legales al matrimonio. Dicho de otra forma, la adición por el contrayente de ese elemento, incorporándolo al esquema “básico”, se limitaría a un elemento querido por aquél pero que, habría constituido con anterioridad impedimento matrimonial.

Pero el alcance de la norma vigente es más amplio y mucho más acorde al principio del libre desarrollo de la personalidad en materia matrimonial. El/los contrayentes/s pueden decidirse a contraer con voluntad de que, en la contraparte, concorra una circunstancia personal que, no solamente no sea obstáculo al matrimonio con anterioridad, sino que ni siquiera tenga nada que ver con el régimen en materia de impedimentos matrimoniales anterior a la reforma. Los ejemplos son numerosos: así, si el sujeto decide casarse porque quiere tener hijos y, en consecuencia, no lo hubiere hecho de haber conocido que la contraparte es estéril. La nulidad, en su caso, del matrimonio ex art. 73.4 CC por error sobre la esterilidad del otro, vendría referida entonces a una circunstancia que no constituía obstáculo al matrimonio en la legislación anterior. La relevancia atribuida por la norma a esa circunstancia, en función de la relevancia que le atribuye/n el/los contrayentes/s, es una manifestación clara del libre desarrollo de la personalidad de aquellos, en cuanto que

la validez de la unión se hace depender de la concurrencia en aquella, además de ese esquema “básico, de ese elemento o circunstancia querida por el/los contrayentes/s.

Pero el juego del principio del libre desarrollo de la personalidad va mucho más allá, en cuanto que, esa relevancia puede referirse, además, a circunstancias como la orientación sexual, la salud mental y física, la honestidad, la formación básica o indispensable para el ejercicio o desarrollo de una actividad profesional o laboral, etc., sin más límite que la “entidad” misma de esa circunstancia, unida al carácter determinante de aquella en la prestación del consentimiento.

VII. REFERENCIA A LAS CATEGORÍAS TRADICIONALES EN MATERIA DE ERROR

1. Preliminar

En el ámbito del error matrimonial⁴⁹⁶, jurisprudencia y doctrina parten de las categorías propias del error en los negocios patrimoniales: error de hecho y de derecho y, en el ámbito del primero, error obstativo, impropio, o error en la declaración, frente al error propio o error-vicio. Ningún sentido tiene la antigua distinción conceptual, propia de la escolástica, entre ignorancia y error. Mientras que la primera, implica carencia de conocimiento, el error presupone un conocimiento equivocado. La falta de consecuencias jurídicas de la distinción lleva a la irrelevancia de la diferenciación.

2. *Error facti* – *Error iuris*

El error relevante en materia matrimonial encaja siempre en el marco del *error facti* o error de hecho, al recaer o proyectarse sobre circunstancias de hecho o fácticas. Ello, tanto por lo que se refiere al llamado error obstativo o impropio, como al error propio o error vicio.

En definitiva, el error que el CC recoge en el art. 73.4, por lo que al matrimonio se refiere, es siempre un error de hecho, tanto si se recae sobre la identidad de la persona del otro contrayente, como si viene referida a “aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento”. Cuestión distinta es la de si el recayente sobre la identidad de la persona deba o no recibir el mismo trato jurídico que el que lo hace sobre una cualidad personal del otro contrayente. Pero en uno y otro caso, es evidente que se trata de un error sobre circunstancias de hecho o fácticas relativas al ámbito del negocio jurídico matrimonial; es decir, de un error recayente sobre la reglamentación jurídica de la unión matrimonial, de manera que, de haber tenido el contrayente afectado un adecuado conocimiento de esta no hubiere celebrado dicho negocio.

A favor de una posible relevancia del *error iuris* en materia matrimonial, se encontraría la idea según la cual no se trata del cumplimiento de un precepto, sino de una equivocada

⁴⁹⁶ Señalan acertadamente, pese a su obviedad, LÓPEZ ALARCÓN, M Y NAVARRO VALLS, R, que la teoría general del error en los negocios jurídicos “tiene en Derecho matrimonial una aplicación particular que se corresponde con la naturaleza de la relación conyugal en la que la persona tiene plena relevancia como sujeto y como objeto material de dicha relación, lo que lleva a que sea ella el término objetivo sobre el que recae el erro-vicio causante de la nulidad del matrimonio”, “Comentario al art. 73”, cit., p. 712.

representación del declarante sobre la existencia o significado de la norma, lo que llevaría a considerar inválida una declaración de voluntad⁴⁹⁷ (en el caso, la de querer contraer matrimonio por parte del contrayente que padece el vicio).

Con todo lo anterior, creo que las razones contrarias a esa posible relevancia son más consistentes que las que lo hacen a su favor. De una parte, la de la excusabilidad del error puesto que este, para ser relevante, sea de hecho o de derecho, ha de ser excusable. Difícilmente podríamos apreciar error excusable en un sujeto (mayor de edad o menor emancipado que vive en una sociedad tecnológicamente avanzada) que alegara que celebró el matrimonio por ignorancia o error acerca de la esencia misma del negocio.

En todo caso, esta cuestión de difícil planteamiento habría de reconducirse al tema de la inexistencia de consentimiento ex art. 45.1 y 73.1 CC. No se trataría de un supuesto de ignorancia- error (determinante de la existencia de consentimiento, aunque sea no íntegro o viciado), sino de inexistencia de un consentimiento calificable como “matrimonial”, que es el exigido por los preceptos anteriores.

VIII. EL ART. 73. 4º CC: DOS CAUSAS DE NULIDAD DISTINTAS EN CUANTO AL ERROR MATRIMONIAL⁴⁹⁸

1. Preliminar

No cabe duda alguna en que el cambio radical en materia de error en el matrimonio hay que encontrarlo como afirma DE VERDA Y BEAMONTE, “en la consagración jurídico-positiva del error en cualidad personal como causa de nulidad del matrimonio. El precepto rompía así con una constante de nuestra legislación matrimonial, que arrancaba del art. 92. 4º de la Ley de Matrimonio Civil de 1870, y que se perpetuó en el originario art. 101.2º CC: la exclusiva relevancia, en sede de nulidad de matrimonio, del error en la persona del otro contrayente”⁴⁹⁹.

2. Ruptura con los precedentes al servicio del libre desarrollo de la personalidad en materia matrimonial

La redacción del art. 73. 4 CC surgida de la Ley 30/81 fue más allá del establecimiento de dos causas de nulidad distintas en la materia que nos ocupa. El deseo legislativo de esa nueva redacción fue el de dar un enorme paso en la personalización del instituto matrimonial, es decir, en la configuración plena de aquél como cauce al libre desarrollo de la personalidad de quienes libremente deciden contraerlo.

Esta personalización del matrimonio se observa de modo patente a través del reconocimiento legislativo de la relevancia del error en cualidad personal del otro contrayente, cuando la creencia en la concurrencia de esa cualidad (“de entidad”) hubiere

⁴⁹⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L: *Elementos de Derecho Civil*, I, cit., p. 205.

⁴⁹⁸ Destacando la diversa naturaleza de las dos figuras de error recogidas en el número 4º del art. 73, pese al sometimiento de ambas idéntico régimen de impugnación (art. 76 CC), DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., p. 3.

⁴⁹⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., pp. 1-2.

sido determinante de la prestación del consentimiento por parte del contrayente que padeció el vicio. Me he referido a esta circunstancia con anterioridad al hablar de ese esquema matrimonial “de mínimos”, esquema que el legislador permite a los particulares “completar”, de algún modo, con “adiciones”, al atribuir relevancia jurídica al error padecido sobre aquella/s “adición/es” por el contrayente que, de haber conocido que no concurría, no hubiera celebrado el matrimonio.

Ese claro propósito de personalización, aun teniendo en el error en cualidad personal de entidad su máxima expresión, no la agota por completo, ya que ese propósito puede detectarse también (y no con menos grado de intensidad) en la sustitución de la expresión “error en la persona” por otra mucho más amplia, la de “error en la identidad de la persona del otro contrayente”. De una dimensión física (“error en la persona”), parece querer pasar el legislador a otra más amplia (la de “la identidad” de aquella).

Y es que desde un punto de vista semántico las expresiones “error en la persona” y “error en la identidad de la persona”, no son coincidentes. Aquí también ese propósito de personalización del matrimonio aparece de forma incuestionable.

3. El art. 101.2º CC (redacción originaria) regulaba el error en la persona física del otro contrayente

En mi opinión, no es dudoso que el error regulado en el apartado 2º del art. 101 originario del Código se circunscribiera exclusivamente al error sobre la persona física del otro contrayente, aunque fuera incluyendo el recayente sobre cualidad individualizadora de aquella, que, de tratarse de una cualidad únicamente referible a ella, se consideraría un error sobre la persona misma, si bien, en su dimensión puramente física.

Desde esta perspectiva, no cabe hablar de error “en cualidad”, cuando la cualidad misma a que se hace referencia se caracteriza por la circunstancia de tratarse de cualidad que sólo afecta a una persona determinada y no a las demás. En tal caso, como se ha dicho, el error se consideraría un error sobre la misma persona física de que se trate.

Que esta era la posición del CC en su primitiva redacción no es dudoso, a la vista de sus precedentes, más en concreto, la Ley de Matrimonio civil de 1870, antecedente directo en la materia, así como, la legislación canónica de la época, recogida después en el CIC de 1917 (canon 1083, párrafos 1 y 2. 1º)⁵⁰⁰. Los comentaristas del *Codex Iuris Canonici* entonces vigente dejan bien claro que la toma en consideración aquí de la cualidad no debe engañarnos, al tratarse siempre de una cualidad que “redunda o equivale a error acerca de la persona misma”. Se seguiría estando, en consecuencia, ante un error acerca de la persona física del otro contrayente.

Este hilo conductor es el que parece romperse con la reforma de 1981. El legislador introduce el término “identidad de la persona” y este no coincide exactamente con el de “error en la persona”.

4. El error en la identidad de la persona. Remisión

⁵⁰⁰ Cfr, sobre el tema, MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ, L: “Comentario”, cit., p. 612.

IX. EL ERROR EN LA IDENTIDAD DE LA PERSONA

1. Preliminar

Cuando el doctorando se acerca a la figura del error matrimonial en el diseño legislativo de la Ley 30/81, se tiene la impresión de que las dos referencias a la figura del error en el art. 73 CC aparecen con diferente importancia. El foco de atención, y los criterios interpretativos se refieren, sin duda alguna, al segundo inciso del número 4º del precepto, es decir, a determinar con la mayor exactitud posible lo que haya que entenderse por “cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento” por el contrayente que padece el vicio.

Las referencias al inciso inicial (“error en la identidad de la persona del otro contrayente”), o simplemente se formulan sin profundizaciones, o se llega a afirmar la existencia de una absoluta equivalencia entre la fórmula que venía utilizada por el 101.2º originario, y la propia del precepto vigente de “error en la identidad”.⁵⁰¹ “Existe una solución de continuidad, escribía DE VERDA Y BEAMONTE, entre las dos locuciones legales, que vienen a designar una misma realidad: el supuesto académico de confusión de personas, es decir, el error en el individuo o persona física”⁵⁰². El citado autor reconoce que, de optarse por tal punto de vista, reduciéndolo al error sobre la persona física, “el error en la persona es un ejemplo de escuela, una hipótesis doctrinal: dado el sistema de garantías formales con que la ley rodea la celebración del matrimonio, la posibilidad de que en la práctica pueda verificarse es escasa”⁵⁰³.

En consecuencia, con este planteamiento reductivo de lo que haya que entenderse por error sobre “la identidad” de la persona, las resoluciones jurisprudenciales que se refieren a él son escasísimas (STS 16 abril 1984⁵⁰⁴: nulidad por error en la identidad en el caso de un matrimonio celebrado con una de dos hermanas univitelinas).

En mi opinión, el escaso tratamiento del error en la identidad es consecuencia directa de su extraño planteamiento en la realidad. Se considera una “hipótesis de laboratorio” y ello, se observa claramente, en esa simplicidad de tratamiento que se le dedica por algunos⁵⁰⁵.

⁵⁰¹ En este sentido, por ejemplo, LÓPEZ ALARCÓN, M Y NAVARRO VALLS, R: “Comentario al art. 73”, cit., p. 712, quienes se refieren al “error en la identidad”, como “único que regulaba el art. 101.2º CC” en su primitiva redacción. Según este punto de vista, no cabría apreciar ningún cambio de sentido en la utilización del término “identidad” por parte del legislador de 1981. El deseo legislativo sería el mismo que el del legislador de 1889. Estaríamos ante un simple cambio estilístico, sin trascendencia alguna en cuanto al régimen de efectos.

⁵⁰² DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., pp. 96-97.

⁵⁰³ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., p. 99. Precisamente, por tratarse de una hipótesis exclusivamente doctrinal, resulta dudoso pensar que ese cambio de locución llevado a cabo por el legislador de 1981 (“error en la identidad de la persona”) se refiera a una realidad idéntica a la que venía contemplada por el precepto anterior.

⁵⁰⁴ STS 16 abril 1984 (STS 73/1984).

⁵⁰⁵ Así, por ejemplo, DIAZ MARTÍNEZ, A: “Comentario al art. 73”, cit., p. 807. “El error en la identidad de la persona sólo puede producirse cuando no se conoce al otro contrayente o cuando, aun conociéndolo, concurren circunstancias que permiten la suplantación, como en el matrimonio contraído por una persona ciega o en los celebrados por poder”.

2. Planteamiento

Partiendo de la diversa naturaleza de ambos tipos de error (obstativo el recayente sobre la identidad, y error vicio el que lo hace sobre cualidad personal del otro), el planteamiento de la cuestión con respecto al primero la formuló de forma precisa DE VERDA Y BEAMONTE en 1997. Refiriéndose a la específica problemática de cada una de estas causas de nulidad, señalaba respecto del error obstativo como cuestión fundamental a plantear la de “si la expresión “identidad” debe interpretarse en sentido estricto, es decir, como “identidad física” (supuesto de confusión de personas), o si, por el contrario, debe también extenderse al error en cualidad redundante⁵⁰⁶ y al denominado “error en la identidad civil”⁵⁰⁷.

Si bien, en tratamientos posteriores de la cuestión, parece observarse un cambio de postura de DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS, en lo relativo a la naturaleza misma del error recayente en la identidad de la persona, en el sentido de considerar como de error-vice los dos supuestos de error contemplados en el art. 73 CC. No se encuentra ninguna referencia ya, en cuanto a la calificación como “obstativo”, del error que se proyecta sobre la identidad del otro contrayente⁵⁰⁸.

3. Naturaleza del error recayente sobre la “identidad de la persona del otro contrayente”

Aunque el criterio tendente a considerar el error recayente sobre la identidad como un supuesto de error obstativo es mayoritario⁵⁰⁹, existen pareceres contrarios, como el de PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, quien, del sometimiento a un mismo régimen de efectos de ambas figuras de error, deduce que también el error sobre la “identidad”, lo es de error-vice⁵¹⁰.

El error sobre la identidad es siempre un error obstativo, y aunque este término se usa también para designar el simple error en la manifestación de la voluntad, es evidente que aquí tiene un alcance distinto, ya que lo que se produce es una contraposición entre la

⁵⁰⁶ Amplias consideraciones sobre el error en cualidad redundante, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., pp. 113 y ss.

⁵⁰⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., p. 5.

⁵⁰⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad (*Las Crisis Familiares*), cit., pp. 85 y ss.

⁵⁰⁹ Entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, M: *Curso*, cit., p. 100; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., p. 3, aunque tal y como se señala en texto, parece detectarse un cambio de posición en aportaciones posteriores, tendente a encuadrar ambas figuras de error en el marco del error-vice, y, consecuentemente, dejando de calificar como un supuesto de error obstativo el recayente sobre la identidad de la persona del otro contrayente; ; LÓPEZ ALARCÓN, M Y NAVARRO VALLS, R: “Comentario al art. 73”, cit., pp. 710-712; DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., p. 128; DE PABLO CONTRERAS, P: “Comentario al art. 73 CC”, cit., p. 456.

⁵¹⁰ PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de familia*, cit., p. 57, nota 57: “El error en la identidad” a que se refiere el número 4º es un error vicio de la voluntad. Si se tratara de error obstativo (como el que puede sufrirse a consecuencia de la actuación equivocada de un apoderado que ha recibido representaciones para diferentes matrimonios, o como puede darse en una suplantación de persona en el matrimonio del gravemente enfermo), el matrimonio sería nulo (y podría accionar cualquier interesado para conseguir la declaración judicial de su nulidad). Hay simple vicio de la voluntad cuando el contrayente “quiere” el matrimonio con determinada persona como ocurre normalmente, pues la voluntad está referida a una persona “presente”, pero en la decisión de esa voluntad fue “determinante” una equivocación: que era “también” la persona real y cierta cuya existencia conocía el contrayente: en el objeto de la confusión hay dos personas”.

manifestación de la voluntad y la efectiva voluntad interna, no existiendo voluntad matrimonial, mientras que en la hipótesis del error-vicio, esa voluntad existe, aunque se haya formado de manera anormal.

Con estricta referencia al *error in personam*, y sin más precisiones sobre si éste es equivalente, o no, al recayente sobre “la identidad”, el TS ha considerado que aquél excluye la formación del consentimiento matrimonial. Así resulta de la STS 18 septiembre 1989⁵¹¹, según la cual “Dentro del número 4º del artículo 73 CC, la doctrina viene distinguiendo entre el error obstativo, que recae sobre la identidad del otro contrayente y el error vicio, o error propiamente dicho acerca de las cualidades personales, siendo éste el típico error del negocio matrimonial”⁵¹²

4. Régimen jurídico, de un lado, y concepción estrecha de la figura, de otro, como obstáculos para una adecuada calificación del error recayente sobre la identidad

Creo que son dos los obstáculos que dificultan un adecuado encuadramiento del error sobre la identidad. De un lado, el criterio legislativo de someter a un mismo régimen jurídico, el supuesto del error en la identidad del otro contrayente y el del recayente en cualidad personal de entidad determinante de la prestación del consentimiento (art. 76 CC)⁵¹³ es una rémora del legislador a la hora de diferenciar sus respectivas naturalezas. De esta forma, se concluiría que, tanto en un supuesto como en el otro, se estaría ante hipótesis de error vicio⁵¹⁴.

Este punto de vista, que no es otro que el del régimen de efectos, aunque es bastante consistente, tampoco se encuentra fuera de toda duda. Un buen ejemplo, referido también a vicios del consentimiento, es el que ofrece el art. 1267. 1 CC en materia de contratos. La definición de la violencia llevada a cabo el legislador (“empleo de una fuerza irresistible para (literalmente) “arrancar” el consentimiento”), no parece compatible con someter dicho supuesto a un régimen de anulabilidad. Suele afirmarse entonces, para justificarse, que fueron criterios de política legislativa los que llevaron al legislador de 1889 al establecimiento de una identidad de régimen, en lo referente a sus efectos, entre violencia e intimidación. ¿Podríamos trasplantar dicho argumento, en lo relativo a esa identidad de régimen, respecto de los dos tipos de error contemplados en el art. 73.4º CC?

De otra parte, parece que las referencias que se hacen a la figura del error en la identidad están influenciadas por los antecedentes y, en definitiva, por una concepción calificable de estrecha, de aquello que haya de entenderse por “identidad” de la persona. Se continúa girando alrededor de la persona física y no se supera dicha estrecha visión (“no se conoce al otro contrayente o cuando, aun conociéndolo, concurren circunstancias que permiten

⁵¹¹ STS 18 septiembre 1989 (STS 15072/1989).

⁵¹² Cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., p. 103.

⁵¹³ Sobre el art. 76 CC, recientemente, COBACHO GÓMEZ, J.A: “El error en las cualidades”, cit., pp. 451 y ss.

⁵¹⁴ Señalando esta circunstancia, la de que, en materia matrimonial, la ley da al error “igual tratamiento, lo mismo sea vicio que obstativo”, con lo que se admite con claridad que el régimen de efectos no se corresponde con criterios rigurosamente técnicos, ALBALADEJO GARCÍA, M: *Curso*, cit., p. 100.

la suplantación, como en el matrimonio contraído por una persona ciega o en los celebrados por poder” (DÍAZ MARTÍNEZ)⁵¹⁵.

Según este planteamiento, la incidencia del cambio en los términos, llevado a cabo por el legislador de 1981, fue prácticamente nulo. Se sustituyó la locución error “en la persona” por la de “error en la identidad de la persona”, pero el alcance normativo de ese cambio fue inexistente al continuarse dentro del mismo ámbito del legislador de 1889. No se fue más allá, como tampoco lo hizo, respecto del error sobre la persona física, el legislador originario de nuestro CC, a finales del siglo XIX.

No es lógico pensar que ese cambio de locución no tenga más que un simple alcance semántico o de estilo⁵¹⁶. Mantener lo contrario contradeciría la gran relevancia sustantiva que se atribuye a otros cambios llevados a cabo, de la misma manera, en el lenguaje legislativo (por ejemplo, la dicción del art. 45.1 CC) ¿Contrastarían las múltiples consecuencias que se extraen de esa dicción del art. 45.1 CC, con las prácticamente nulas que se derivan de ese cambio de expresión del 73. 4º CC, inciso primero?

De otro lado, la contradicción, tendría también lugar, respecto de ese postulado general guiador de la reforma matrimonial de 1981, entre matrimonio y libre desarrollo de la personalidad.

Y es que, para la consecución de ese objetivo, el tema del error en el negocio matrimonial civil se convierte en punto clave. Ahora bien, si esto es así, ¿resultaría lógico hacer recaer por entero toda esa fuerza sobre el segundo inciso del número 4º del art. 73 CC, negándosela completamente, al cambio de expresión realizado en el inciso inicial de aquél (error “en la identidad de la persona” del otro contrayente)?

¿No tendría nada que ver, entonces, ese cambio en los términos del inciso primero del número 4º, con ese propósito fundamental de “personalización” del matrimonio a través de un nuevo régimen jurídico en materia de error matrimonial?

5. Hacia un posible criterio integrador

Si se considera que el cambio en los términos “error en la persona” por el de “error en la identidad de la persona”, no fue simplemente semántico o de estilo, se concluye que el ámbito y el contenido de ambas expresiones no puede ser coincidente en ningún caso.

⁵¹⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, A: “Comentario al art 73.”, cit., p. 807.

⁵¹⁶ Ya en los albores de la reforma de 1981, GARCÍA CANTERO, G, haciéndose eco de los planteamientos anteriores, señalaba que el error en la persona “había de recaer en su identidad o en sus cualidades, tan esenciales que puedan reconducirse, propiamente, a su identidad, por lo cual se postulaba una prudente ampliación. La reforma parece haber seguido esta orientación”, GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al art. 73” en AA. VV: *Comentarios al Código Civil y Legislaciones forales* (dir por M. ALBALADEJO GARCÍA), T. II, arts. 42-107 del Código Civil”, Edersa, Madrid, 1982, p. 224.

Este punto de vista no parece conciliable con el que sostiene la inexistencia de cambio de fondo en lo relativo a la sustitución de los términos “error en la persona” por el de “error en la identidad de la persona del otro contrayente”.

Si aceptamos esta idea, la segunda conclusión sería la de que el ámbito de la expresión “error en la identidad” es más amplio que el de “error en la persona”, comprendiendo circunstancias no encuadrables en esta última.

El problema sería, por tanto, el de tratar una línea divisoria, diferenciadora, entre, de una parte, esas circunstancias que, de alguna manera, podríamos derivar al ámbito del “error en la identidad de la persona”, es decir, al inciso inicial del número 4º del art. 73 CC; y, de otra, “aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento”, a que se refiere, a continuación, el citado número 4º.

Es evidente que cuando el legislador se refiere a estas últimas lo está haciendo a “cualidades personales” que, pese a su entidad, no inciden sobre la “identidad” de la persona, es decir, no alteran esa “identidad”. Estas cualidades podrían situarse en un plano distinto del relativo a la “identidad” misma del individuo, ya que serían “separables” de esa “identidad”, al no configurarla.

Ese posible criterio integrador al que se ha hecho referencia, supondría sostener que el alcance del inciso inicial de ese número 4º (error “en la identidad”) comprendería, además del error en la persona física del otro contrayente, el recayente sobre aquellas otras circunstancias, que, de algún modo, incidiesen sobre la misma “identidad “de aquél, y explicativas de que éste pasare a ser una “persona distinta” para el otro contrayente (aquél que padece el vicio).

A la hora de intentar dar una definición de lo que haya de entenderse por error recayente en la identidad de la persona, resulta atractivo por su indeterminación, el planteamiento de ALBALADEJO GARCÍA: “Cuando un contrayente otorga el sí creyendo hallarse ante persona distinta de aquélla ante la que realmente se halla”⁵¹⁷. Deberíamos preguntarnos si esa referencia a “persona distinta” se limitaría a que la persona física sea “otra”, o si, por el contrario, entendemos que la persona puede ser “otra”, “distinta” (para el que padece el error) aunque físicamente sea la misma. Entender que sólo podría hablarse de “persona distinta” cuando se tratare de persona “físicamente” distinta, supondría negar alcance o, reducir el término “identidad de la persona”, al no poder este ir más allá de la denominada “realidad física” de aquella⁵¹⁸.

⁵¹⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M: *Curso*, cit., p. 100. A favor de esa concepción amplia de lo que haya de entenderse por persona “distinta” jugaría asimismo la necesidad de una concepción “subjetiva” del error en materia matrimonial, lo que llevaría a no hacer coincidentes las expresiones “persona distinta” con persona físicamente distinta.

⁵¹⁸ Con todo ello, el punto de vista tendente a no ir más allá de la identidad meramente física de la persona cuando de error sobre la “identidad” se trata se presenta mayoritario. Así, DE PABLO CONTRERAS, P, refiriéndose a la hipótesis clásica (Arturo quiere y cree casarse con Laura y lo hace con su hermana gemela Paula), recalando con razón la dificultad de que tal supuesto se produzca en la práctica, salvo que el matrimonio se contraiga por poder, aunque cabría imaginar otros supuestos, como la ceguera que impide conocer al otro contrayente, o el de la sustitución de la persona del otro contrayente, al que sólo se identifica por alguna cualidad que lo individualiza, en un matrimonio concertado a distancia en el extranjero a través de una agencia, “El matrimonio”, cit., p. 128.

Esas otras circunstancias no podrían reconducirse al marco de las “cualidades personales de entidad” a que se refiere el precepto a continuación, al situarse en un plano claramente diferenciado del primero, siendo “separables”⁵¹⁹ de esa “identidad” que no “conforman”.

Una conclusión provisional que podría afirmarse con cierta seguridad es la de que el cambio de expresión del inciso inicial del art. 73. 4º CC, surgido de la reforma de 1981, intentó recoger la figura canónica del *error qualitatis redundans in errorem personae*⁵²⁰. Dicho propósito conllevaba necesariamente ese cambio de expresión: de error “en la persona” a la de error “en la identidad”⁵²¹. Si este fue el propósito, como parece, el mantenimiento de la locución error “en la persona” resultaba insuficiente. La ampliación exigía un cambio de términos y así, la incorporación del término “identidad” de la persona permitía conseguir ese propósito, el de pasar de la sola relevancia del error sobre “la persona física”, a aquél otro de mayor proyección el de “error en la identidad”.

Afirmar que el “error en cualidad redundante en error sobre la persona”, es un error sobre la “identidad” de aquella, no lleva a negar la existencia de diferencias entre el error “sobre la persona” y el error en cualidad “que redundante en error sobre aquella”.

Dicho de otra manera, se trata de un error “sobre la identidad”, pero distinto, sin embargo, de aquél que se proyecta directamente sobre la persona en su proyección meramente física. Este puede que fuera el propósito del legislador al suprimir la expresión error “en la persona” y sustituirla por la de error “en la identidad de la persona”, ampliando así, el ámbito del error obstativo en materia matrimonial, aunque sometiendo después ambos tipos de error (el obstativo y el error-vicio) a un mismo régimen de efectos, por razones de política legislativa, como ya se señaló anteriormente.

El error “en la identidad” comprendería también supuestos que son de error “en cualidad”⁵²². Con todo ello, el encuadramiento de esas “cualidades” no sería posible en el

⁵¹⁹ Aquí, la utilización de la palabra “separables”, se utiliza en un sentido figurado, sin otra finalidad que la de marcar la diferencia entre “cualidades” que, de alguna manera, vendrían a “conformar” la “identidad de la persona del otro contrayente”, y aquellas otras “cualidades” que carecerían de esa virtualidad “conformadora”, aunque fueren “personales y de entidad”, con virtualidad anulatoria en el caso de error esencial o determinante recayente sobre ellas.

⁵²⁰ Claro es que entendida esa figura del llamado “error redundante” de un modo más amplio de aquél con el que, tradicionalmente se ha venido entendiendo en sede doctrinal. “El error en cualidad redundante, en su concepción clásica, es una especie de error en la persona: uno de los contrayentes identifica al otro, a quien no conoce personalmente, por medio de una cualidad que a él sólo corresponde” DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., p. 113. El propio autor añade a continuación que el error en cualidad redundante así entendido “nace en atención a circunstancias desaparecidas hace siglos, cuando los matrimonios se imponían por los padres o se celebraban por procurador, sin que mediase previo conocimiento entre los contrayentes. En tales casos, era posible que alguien pretendiera contraer matrimonio con una persona, en cuanto hijo del rey, prescindiendo de sus características físicas y morales. Y eran también posibles los supuestos de sustitución fraudulenta encaminados a burlar la rígida separación de clases sociales”, cit., pp. 113-114.

⁵²¹ Es indudable que ese error en cualidad redundante en error sobre la persona es un error sobre la identidad, y es por esto que conduce a la nulidad del matrimonio, al tratarse de un error obstativo, dejando al margen el tratamiento que le atribuye el legislador del CC, al someter a un mismo régimen un supuesto de inexistencia del consentimiento (error obstativo, como lo es el recayente sobre la identidad del otro contrayente) con aquél otro de error “en cualidad personal de entidad, determinante de la prestación del consentimiento”), que es claramente de error-vicio.

⁵²² Bastaría para confirmarlo el antiguo ejemplo académico de error redundante, hija primogénita de un monarca, siendo así que el matrimonio se contrae con otra de sus hijas, y en la que no concurre esa cualidad. Se yerra así

ámbito propio de las “cualidades personales, de entidad” a que se alude a continuación. La/s “cualidad/es” que se recogen en el inciso final, no serían “separables” de la identidad del individuo, porque, de alguna manera, “conforman” esa identidad. Esto las diferenciaría de las “cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento”.

El problema que resulta de las anteriores consideraciones es el de determinar, de alguna forma, cuales podríamos considerar “cualidades” “conformadoras” de “identidad” personal del otro. El error sobre ellas fundamentaría que, para el contrayente que padece el vicio, el otro “haya dejado de ser el que era”⁵²³.

Para conseguir este propósito, el punto de partida sería el de seguir una concepción “subjetiva” del error matrimonial, concepción defendida por muy autorizada doctrina (ALBALADEJO GARCÍA), y que, sin duda, comparto. Aun admitiendo que cuando se defiende tal concepción “subjetiva” del error, se está pensando, primordialmente, en el error en cualidad personal determinante de la prestación del consentimiento⁵²⁴, así como también, aunque en menor medida, en el recayente sobre la identidad, creo que puede defenderse esa concepción del error también respecto al recayente sobre la “identidad”.

No puede negarse que la dificultad que se presenta es la de tratar de albrar supuestos que fueren de error en la identidad de la persona, y que no lo fueren de identidad física de aquélla. En este sentido, los ejemplos propios de otros tiempos no tendrían hoy una capacidad anulatoria clara. Así, por ejemplo, la posibilidad de error sobre el estado civil del otro contrayente (vgr. creencia de que el otro contrayente era soltero, siendo así que estaba casado civilmente).

Tratándose, por ejemplo, de persona obligada a la forma canónica de celebración, la circunstancia de haber contraído un matrimonio civil no constituía obstáculo para que fuere admitido a celebrar una unión canónica con persona distinta, dada su condición de persona libre de vínculo ante el Derecho de la Iglesia. El supuesto en la actualidad resulta de difícil planteamiento, dado que el vínculo civil (aun siendo inexistente, en su caso, para la legislación matrimonial canónica, al menos cuando se trate de personas obligadas a la forma canónica de celebración, y que no hayan abandonado por acto formal), impediría la admisión del sujeto en dicha situación a la celebración de unas nupcias canónicas con persona distinta. No existiría un impedimento de vínculo, pero si un grave inconveniente desde el punto de vista de la legislación canónica, para la admisión del sujeto a contraer canónicamente con persona distinta. La propia autoridad eclesiástica obstaculizaría tal

sobre una cualidad, “cualidad” individualizadora de la persona, y por ello redundante en la identidad de aquélla, pero, al fin y al cabo, la cualidad de hija primogénita es innegable que constituye una cualidad de la persona.

⁵²³ Sobre el tema, cfr las agudas observaciones referidas al matrimonio canónico, pero quizá aplicables aquí, de GIAACCHI, O: *Il consenso nel matrimonio canonico*, Giuffré Editore, Milano, 1973, pp. 63-64.

⁵²⁴ “El error que cuenta es el en aquellas cualidades la creencia errónea en cuya existencia o falta decidió a casarse a quien yerra, aunque en sí no sea de los errores que en el común sentir son decisivos; la “entidad” de las cualidades personales en las que se yerra, no debe de ser tomada en el sentido de “importancia objetiva” de tales cualidades, sino en el de que las mismas “hayan sido decisivas para el contrayente que erró sobre ellas”, ALBALADEJO GARCÍA, M: *Curso*, cit., pp. 100-101.

unión. Esta postura se justificaría en la necesidad de mantener unas relaciones armónicas entre ambos ordenamientos (civil y canónico), y en la necesidad, de evitar choques frontales entre ambas legislaciones.

Otros supuestos que también en tiempos anteriores tuvieron cierta importancia como supuestos de error en la identidad, pueden presentar problemas en la actualidad. Es el caso del error sobre la circunstancia de que el otro contrayente hubiere recibido órdenes sagradas, y posterior obtención en su caso de una reducción al estado laical. Desaparecidos del CC los impedimentos de orden sagrado y profesión religiosa solemne, no es difícil entender que el yerro sobre tales circunstancias concurrentes en el otro pueda configurarse como error en la identidad, o, más concretamente, como error en cualidad personal, redundante en error en la identidad del otro contrayente.

Con todo lo anterior, en la doctrina española no faltan pareceres autorizados (PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS)⁵²⁵, que, con apoyo en el respeto a la libertad religiosa de la persona (que la CE ampara en su art. 16 como un derecho fundamental), otorgan relevancia al error sobre aquellas cualidades que, según las propias creencias, puedan considerarse como determinantes del consentimiento (por ejemplo, en el matrimonio celebrado canónicamente, ignorar que el otro contrayente está ordenado *in sacris*, o es profeso de una Orden religiosa y no ha obtenido la correspondiente dispensa canónica, o el indulto de secularización).

En cualquier caso, considero que dichas posibilidades han de trasladarse al error en “la identidad” del otro contrayente, porque aun no recayendo sobre la persona “física” de aquél, alteran sustancialmente esa misma “identidad”, desde la perspectiva de la contraparte, que, conocida la realidad, creará encontrarse ante una persona “distinta” a la que conocía. Para aquella, esa persona ya no será la misma.

En consecuencia, se tratará de supuestos de error obstativo, impeditivos del consentimiento, aunque dirigibles en cuanto a su régimen de efectos a los de error-vicio, régimen de efectos que no alteraría la naturaleza de los supuestos a que se ha hecho referencia, impeditivos del consentimiento.

No se ignora que los supuestos a que se ha hecho referencia no son fáciles de encajar en un contexto social como el actual, por lo que, en caso de producirse aquellos, su encuadramiento se dirigiría al error en cualidad determinante de la prestación del consentimiento. Y, aun así, tampoco estarían exentos de problemas (entidad “objetiva” o “subjetiva “de la cualidad), problemas que desaparecerían si se optare por una concepción “subjetiva” del error matrimonial en la que lo primordial es que la cualidad de que se trate “haya sido decisiva” asimismo” para el contrayente que erró sobre ella” (ALBALADEJO GARCÍA).

Supuestos de error en la identidad, fuera de la simple equivocación de personas, o de error sobre la identidad física⁵²⁶, y diferenciables del recayente sobre cualidades personales de

⁵²⁵ PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de familia*, cit., p. 58.

⁵²⁶ Creo que será error sobre la identidad física del otro, el recayente sobre la condición de transexual de éste, cuyo sexo morfológico no coincide con su sexo cromosómico. No me parece adecuado tratar de reconducir tal hipótesis

entidad “determinantes de la prestación del consentimiento”; los hay, y la misma realidad social lo demuestra (por ejemplo, si pensamos en la circunstancia de que uno de los contrayentes lleve una doble vida, y cuente con una familia paralela que resultó de una unión de hecho iniciada quizá muchos años antes, realidad totalmente desconocida del otro). ¿No podríamos hablar aquí de error en cualidad personal de entidad?, y aun suponiendo que fuere posible dicho encuadramiento, lo que no creo así, ¿podríamos desechar el argumento del contrayente que yerra acerca de que, para él, el otro ha dejado de ser el que era, y que se encuentra ahora ante una persona “distinta”?

Tratándose de transexualidad, el error recayente sobre ella puede ser susceptible de varios enfoques. Por un lado, podríamos entender que se trata de un error recayente sobre la “identidad física” del otro contrayente, aunque en contra de la relevancia del error por esta vía, se podría afirmar que realmente, el error no estaría recayendo sobre el otro contrayente físicamente considerado, puesto que el conocimiento que de él tuvo el contrayente que padece el vicio, antes de desvelarse el error, lo fue ya de esa misma identidad física (es decir, con su nuevo sexo morfológico, no cromosómico). Por ello, entender que el error sufrido sería un error recayente sobre la “identidad física” del otro, no parece muy exacto. Se entendería, más bien, que el error sufrido recaería sobre “cualidad personal” del otro contrayente, aunque redundante en error sobre su “identidad”.

Se trataría de un supuesto no previsto por el legislador de 1981, pero que demuestra la imposibilidad de reducir el “error en la identidad” del inciso inicial del número 4º art. 73 CC, al recayente sobre la persona “física” del otro contrayente.

Menos sentido tiene el intento de trasladar el supuesto a que acaba de hacerse referencia, al ámbito del error “en cualidades personales que, por su entidad”, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento”, al tratarse de una cualidad “conformadora” de la propia “identidad del individuo”.

Puestos a pensar en la posibilidad de error “en la identidad de la persona del otro contrayente”, habría que tener en cuenta el supuesto en el que lo que se ignore sea que el otro contrayente está canónicamente vinculado con otra persona, cuando trate posteriormente de contraerlo civil con quien sufre el error. El supuesto es muy posible en países cuyo sistema matrimonial sea de forma civil única, y consecuentemente, se nieguen efectos civiles a la unión canónica. Quien contraiga matrimonio canónico carece de efectos civiles ante el ordenamiento civil, por lo que no se crearía vínculo alguno entre los contrayentes, y, nada impedirá que cualquiera de ellos pudiera hacerlo después civilmente con persona distinta, que sería la que sufriría el error recayente sobre la “identidad” del otro. La inexistencia de vínculo civilmente válido impediría dirigir el supuesto al tipo penal de bigamia.

La dificultad de determinación a que acaba de hacerse referencia vendría de la circunstancia de que se estaría haciendo referencia a cualidades identificadoras, el error

al marco del error “en cualidad personal de entidad”, y es que la inherencia al sujeto de tal condición, lo convierte en otra persona físicamente hablando.

sobre las cuales se llevaría al error sobre la “identidad”, pero distinguiéndolas de un lado, de los simples medios de identificación de la persona, y, de otro, de aquellas otras cualidades que, aun siendo relevantes para la cualificación de la persona, e incluso determinantes⁵²⁷ en cuanto a la prestación del consentimiento por parte del contrayente que padece el vicio, no puedan considerarse “identificadoras” de aquella.

El interrogante que podríamos plantear sería el siguiente: la existencia de error sobre cualidad redundante en error sobre la persona misma, ¿requeriría, en todo caso, que la cualidad sobre la que se proyecta el error fuere especialísima y exclusiva de esa persona, excluyéndose en otro caso tal redundancia?

La respuesta de la canonística es negativa. La tesis según la cual serían necesarios dos elementos para considerar existente el error invalidante a que se hace referencia (que el contrayente que padece el error no tuviere otro medio de identificar al otro, y que la cualidad considerada, fuere absolutamente individual de tal sujeto, careciendo de generalidad, y diferenciándola ,así, de cualquier otra persona), es resultado de una injustificada interpretación restrictiva de un texto de SANTO TOMÁS DE AQUINO por parte de la canonística posterior, y contenida dicha interpretación en la obra de TH. SANCHEZ⁵²⁸, de gran influencia en la literatura canónica desde la primera mitad del XVII hasta la actualidad.

En el mismo marco de la legislación canónica, la figura del llamado *error redundans* había de sufrir una profunda evolución, que la acabó alejando de su primera concepción. Esa interpretación rígida y estricta (cualidad individual), sufrió un cambio radical a partir de la famosa sentencia rotal Coram Canals 21 abril 1970, en la que se adoptó un concepto más subjetivo y menos objetivo de la cualidad o cualidades objeto del error. A partir de ese momento, bajo el concepto de error redundante, se comprendieron una amplia cantidad de supuestos de error sobre cualidades comunes e implícitamente de errores dolosos.⁵²⁹

Desde esta perspectiva, la propia concepción del “error en cualidad redundante” no parece coincidir con la sostenida por autorizada doctrina civil⁵³⁰, puesto que, en tal caso, no habría añadido nada el legislador de 1981 respecto a la posibilidad de error ya contemplada con anterioridad (el recayente sobre la identidad “física” del otro contrayente).

Y, de otra parte, si la figura canónica del denominado *error redundans* guió los pasos del legislador del CC de 1981, en cuanto al inciso inicial del 73. 4º CC, puede que también lo

⁵²⁷ A estas segundas son a las que se refiere el legislador con la expresión “cualidades personales que, por su entidad” hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento”.

⁵²⁸ TH SANCHEZ, DE S: *Matrimonii Sacramento Disputationes*, Lugduni, 1625, Lib. VII, disp. XVII, N.27.

⁵²⁹ F. AZNAR: “Comentario a los cánones 1097-1098”, en AA. VV: *Código de Derecho Canónico*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2001, p. 575.

⁵³⁰ Así, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., p. 114, quien refiriéndose a la figura del *error redundans*, exige la concurrencia de tres requisitos: “a) Los contrayentes no deben conocerse física o personalmente con anterioridad a la celebración del matrimonio; b) la referencia cualitativa ha de tener “virtualidad diferenciadora”, es decir, debe permitir individualizar a una persona, en modo similar a la individualización que se logra a través de la personalidad corporal o física. En consecuencia, se exige que se trate de una cualidad especialísima y exclusiva de una persona; c) la cualidad, finalmente, no debe ser un mero motivo determinante del consentimiento matrimonial”.

hiciera en la dimensión que aquella había recibido ya en la propia jurisprudencia rotal, alejada de aquella interpretación rígida y estricta (cualidad individual).

De otra parte, incluso quienes defienden una concepción sumamente restringida⁵³¹ del *error redundans* concluyen admitiendo una ampliación de tal concepción, a través de la relevancia, en su caso, del error sobre el estado civil del sujeto, y de la posible reconducción de éste al ámbito del error redundante en la identidad de la persona física (DE VERDA Y BEAMONTE).⁵³²

En definitiva, el error “en la identidad” no puede entenderse siempre y en todo caso como recayente sobre la persona física del otro contrayente. Se dará, también, cuando, aun no recayendo sobre la propia realidad física del otro, lo haga sobre circunstancias conformadoras de su identidad. El error sobre estas daría lugar, de la misma manera, a un error “en la identidad” (*error redundans*).

Resulta claro que las “cualidades personales de entidad” a que se refiere el segundo inciso del número 4º art. 73 CC, no se confundirían ni se situarían en el mismo plano de aquellas otras “conformadoras” de la “identidad” del individuo.

El problema no sería cómo trazar una línea divisoria entre, de un lado, esas circunstancias “conformadoras” de la identidad del sujeto, y, de otro, aquellas “cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento”, y que, no obstante, carecieran de esa capacidad “conformadora”.

X. EL ERROR RECAYENTE EN CUALIDADES PERSONALES DEL OTRO CONTRAYENTE

1. Preliminar

⁵³¹ “En mi opinión, afirma DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, el error en cualidad redundante es radialmente distinto del ordinario error-vicio en cualidad personal, porque se trata de un supuesto en el que la cualidad funciona como medio de individualización de la persona del otro contrayente. Por lo tanto, el *error redundans* es un auténtico *error in personam*, si bien con la particularidad de que, no conociéndose previamente los contrayentes, uno de ellos individualiza al otro por una referencia cualitativa especialísima diversa de su personalidad corporal”, *El error*, cit., pp. 115-116.

Creo en que el error en cualidad redundante es totalmente distinto del error-vicio recayente sobre cualidad personal, pero no veo que quepa totalmente en esa identificación del *error redundans* con una concepción tan estrecha y rígida del mismo (“referencia cualitativa especialísima diversa de su personalidad corporal”), ampliada por la propia jurisprudencia rotal en 1970. Sin ignorar las sustanciales diferencias entre ordenamientos (el propio del CC y el del Derecho canónico), podría pensarse que si el legislador de 1981, tuvo en cuenta de alguna manera la figura del *error redundans* canónica, e intentó proyectarla de alguna forma en esa nueva redacción del número 4º del art. 73 CC, inciso inicial, podrá concluirse que la noción “de cualidad redundante” debería ser más amplia, sin ese carácter especialísimo, singular e individualizador propio de la concepción originaria del *error redundans* propio de la legislación canónica.

⁵³² “Tras la reforma del 81, afirma DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, la noción de “error en la identidad civil” tiene escasa justificación: el error sobre el estado civil deberá ser reconducido, bien al error redundante en la identidad de la persona física, bien al error en cualidades personales del otro contrayente”; *El error*, cit., p. 145. El problema no parece pase de ser meramente terminológico, se admita o no el llamado “error en la identidad civil” sino que parece terminar por admitirse la hipótesis del error sobre el estado civil del individuo, y la posible reconducción, en su caso, de tal hipótesis al ámbito del error redundante en la identidad de la persona física.

Tal como se señaló anteriormente, el peso específico (dentro del número 4º del art. 73 CC) del error recayente sobre cualidades personales del otro contrayente es, sin duda, muy superior al propio del error en la identidad de la persona.

La mayor frecuencia estadística de los supuestos de error en cualidad sobre aquellos otros que lo son sobre la identidad, la complejidad interpretativa de los mismos para el operador jurídico, su elevado grado de conexión con los criterios sociales imperantes, así como su casi absoluta dependencia de tales criterios según algunas opiniones, convierten al recayente sobre ella, en el núcleo mismo del precepto referido al error en el negocio jurídico matrimonial.

A lo anterior se une, una mayor incidencia del error en cualidad por lo que respecta a esa conexión entre negocio matrimonial y libre desarrollo de la personalidad. El error en cualidad personal y la admisión de su relevancia por el legislador fue un paso enorme en ese deseo legislativo de considerar al matrimonio como cauce para el libre desarrollo de la personalidad de aquellos que decidan celebrarlo. A ello me he referido ya con anterioridad, si bien, creo que se ha de destacar que la relevancia del error en cualidad personal supone admitir una concepción del negocio matrimonial no moldeable por los individuos, puesto que el legislador respeta y atribuye consecuencias jurídicas a un matrimonio querido y configurado, en función de las opciones personales de quién o de quienes lo contraen.

La relevancia jurídica de esas cualidades personales se producirá “en cuanto queridas” por el contrayente que erró sobre ellas, que celebró el matrimonio en la creencia falsa de que esa/s cualidad/es concurría/n en la persona del otro, y que, habría desistido del mismo (del matrimonio) de no haber padecido el error.

No se trata de cualidades o circunstancias sin las cuales el propio legislador no conciba la existencia del negocio matrimonial. El legislador entiende que el matrimonio puede existir sin ellas, es decir que, aunque no tengan lugar, esa unión matrimonial civil podrá seguir siendo calificada de matrimonio.

En consecuencia, esa toma en consideración de cualidades o circunstancias que, aun no siendo indispensables en la configuración misma del negocio para la legislación civil, pasan a serlo por la voluntad de los sujetos, no puede entenderse, sino como consecuencia, desde mi punto de vista, de la conexión entre negocio matrimonial y libre desarrollo de la personalidad.

2. La gran novedad del apartado segundo del art. 73. 4º CC

Esta absoluta novedad no era exigible, de la misma manera, al inciso inicial de ese número 4º del art. 73 CC. Aunque la expresión error “en la identidad” se apartaba de su antecedente inmediato, el art. 101.2 (redacción originaria), contemplaba la nulidad del matrimonio contraído por “error en la persona”. La fórmula surgida en 1981 no era totalmente coincidente con la hasta entonces vigente, pero a pesar de ello, existía una conexión, aunque parcial entre “error en la persona” y “error en la identidad de la persona”. Si bien, respecto del inciso segundo de ese número 4º, el planteamiento legislativo era totalmente diferente. Se introducía una norma nueva, carente de precedente en la legislación matrimonial del Estado y en la que no se daba conexión alguna con la

legislación anterior. Se trataba de un precepto novedoso que se encontraba al servicio de ese deseo del legislador de entender el negocio matrimonial civil como cauce para el libre desarrollo de la personalidad de quienes lo contraigan.

XI. REQUISITOS DE LA CAUSA DE NULIDAD PREVISTA EN EL NÚMERO 4º, APARTADO SEGUNDO DEL ART. 73 CC

1. Preliminar

Como se apuntó con anterioridad, sigo el tratamiento que lleva a cabo DE VERDA Y BEAMONTE en su obra *El error en el matrimonio*⁵³³.

La causa de nulidad ante la que nos encontramos exige tres requisitos, que serán objeto de una mayor atención posteriormente:

- 1º) El error ha de recaer sobre “cualidades personales” del otro contrayente.
- 2º) La cualidad personal sobre la que se yerra debe ser de “entidad”.
- 3º) El error ha de ser esencial o determinante de la prestación del consentimiento.

2. El precepto no contiene una enumeración cerrada de cualidades personales.

Señala DE VERDA Y BEAMONTE, que el legislador español, a diferencia de otros ordenamientos, no estableció una enumeración tasada de cualidades personales susceptibles de originar un error relevante, sino que optó por establecer una formulación abierta del capítulo de nulidad contemplado en el art. 73. 4º CC, remitiendo a la apreciación del juzgado, la determinación de las cualidades personales de entidad que pueden ser incluidas en el ámbito de aplicación del precepto⁵³⁴. En consecuencia, la determinación de del concepto de “cualidad personal”, partirá del mismo tenor del art. 73-4º CC, así como del análisis de la jurisprudencia del TS y de las AAPP.⁵³⁵

Aun coincidiendo con dicho punto de vista, creo que la falta de esa enumeración tasada de cualidades personales responde al deseo legislativo que estuvo detrás de ese inciso segundo del número 4º del art. 73 CC, y que, se reconduciría a esa idea a la que me referí con anterioridad como es la concepción del matrimonio como cauce al libre desarrollo de la personalidad. En este contexto, el error sobre cualidades personales del otro contrayente

⁵³³ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., pp. 148 y ss. Se trata de una obra de referencia y por ello indispensable para el tratamiento del error en el negocio matrimonial.

⁵³⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., p. 149.

⁵³⁵ Aun sin restar importancia a la jurisprudencia en la cuestión que nos ocupa, es necesario señalar que los planteamientos jurisprudenciales no pueden agotar el tema interpretativo del precepto, puesto que se ocupan y resuelven los supuestos concretos enjuiciados, y por ello, al margen de cualesquiera otros susceptibles asimismo de plantearse en la realidad, y respecto de los que siempre cabrá la duda de cuál sería la respuesta jurisprudencial en caso de que, efectivamente, se hubieren planteado.

se presenta como una figura sin la que esa concepción del negocio matrimonial resultaría inalcanzable, al chocar con el deseo del legislador al que anteriormente se hizo referencia⁵³⁶

No se trataría de que los contrayentes pudieran “moldear” su unión matrimonial, pero sí de que partiendo de un esquema matrimonial “de mínimos” (recogido en el CC) puedan decidirse a celebrarlo introduciendo elementos o circunstancias que “conformarían” su matrimonio. Por tanto, esa “conformación” no sería uniforme para toda persona, ya que el “esquema básico” no cambia, pero la “conformación” sí puede cambiar y no ha de ser necesariamente la misma para toda persona.

Si a lo anterior se añade, que “la entidad” de las cualidades personales en las que se yerra no ha de ser entendida (al menos de forma exclusiva) en el sentido de “importancia objetiva” de tales cualidades, sino en el de que las mismas “hayan sido decisivas para el contrayente que erró sobre ellas” (ALBALADEJO GARCÍA), se comprende, aún más, esa carencia de una enumeración tasada⁵³⁷.

En cualquier caso, no cabe compartir el punto de vista recogido por GARCÍA CANTERO en el sentido de observar en esta fórmula legal (“cualidades que, por su entidad...”) una recepción de la doctrina canónica del *error qualitatis redundans in errorem personae*. Y ello con base al argumento de que, tratándose de error sobre cualidad personal redundante en error sobre la persona, el encuadramiento del supuesto no parece ser el propio del error sobre “cualidad personal de entidad”, sino más bien el de error “sobre la identidad de la persona del otro contrayente”

Creo en consecuencia, que las figuras del *error redundans*, de un lado, y del “error en cualidad personal que por su entidad...” operaran en distintos planos, dirigiéndose la primera al marco del “error en la identidad de la persona”. Por el contrario, tratándose del “error en cualidad personal” presupone una identidad del individuo respecto de la cual no podría apreciarse existencia de vicio alguno, de lo que se deduce que, el error sobre “cualidad

⁵³⁶ Entendiendo acertadamente que esa falta de enumeración de cualidades personales responde, en definitiva, al designio legislativo de “personalización” del matrimonio, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “De un lado, porque se ajusta en mayor medida a la consideración del matrimonio como un cauce al servicio del libre desarrollo de la personalidad de los contrayentes, los cuales sólo deben quedar vinculados en la medida en que verdaderamente lo quieran (lo que exige una exquisita protección de la integridad del consentimiento nupcial). De otro, porque está exenta del riesgo de fosilización inherente a una contemplación del matrimonio como un instituto abstracto substraído a criterios de verificación histórica”, *El error*, cit., p. 202.

⁵³⁷ Coincidiendo totalmente con este punto de vista, GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al art. 73”, cit., p. 225: “Parece, en todo caso, que cualquier cualidad personal puede ser esencial si ha determinado la prestación del consentimiento por la otra parte”. De las consideraciones que el autor citado expone a continuación se desprende un punto de vista orientado a defender que la “entidad” misma de la cualidad personal de que se trate, debe enfocarse en unos casos con criterios “objetivos” y en otros “subjetivos”. “Ello ha de ser objeto de rigurosa prueba (la de que el error de que se trate haya determinado la prestación del consentimiento), si bien no siempre será preciso que se encuentre expresamente formulado. Hay que pensar que la capacidad para la unión sexual se sobreentiende en los casos normales (no así la capacidad para engendrar), pero no en los matrimonios de ancianos”. Hasta aquí la referencia parece hacerse a cualidades que presentan entidad “objetiva”. “En determinados ámbitos sociales el ocultamiento de la cualidad sacerdotal, o de religioso profeso, puede inducir un error esencial, y algo parecido se diga de la virginidad”. Se estaría aquí ante cualidades cuya “entidad” podríamos calificar de exclusivamente, “subjetiva”, y respecto de las que negar, en su caso, su hipotética relevancia como causa de nulidad del negocio matrimonial chocaría con ese deseo legislativo de “personalización” del negocio jurídico matrimonial, o lo que es lo mismo, su propia configuración como cauce al libre desarrollo de la personalidad de quienes lo celebren.

personal, de entidad”, se encuadraría en otro plano, no confundible con el propio de la “identidad” misma del individuo.

Esa falta de enumeración se debe, quizá, a la idea equivocada de identificar, exclusivamente, esas cualidades y el error sobre ellas recayente, con aquellas cualidades que “comprometan “objetivamente” la posibilidad de esa especial comunidad de vida que con el matrimonio se quiere iniciar”.

Aunque el problema se tratará posteriormente, creo que, si para uno de los contrayentes una cualidad determinada “ha sido decisiva”, el yerro padecido sobre ella comprometerá “objetivamente” la facilidad de esa comunidad de vida que con el matrimonio se quiere construir.

No puede pensarse en una viabilidad “objetiva” de esa comunidad de vida matrimonial, aun en el caso de recaer el error del contrayente sobre una cualidad personal del otro que, para él, tenga “entidad”, y en consecuencia haya sido “decisiva” para la prestación del consentimiento, aun no siéndolo para la opinión general.

Por tanto, la posibilidad “objetiva” de esa comunidad de vida es inseparable de las propias concepciones de los contrayentes (de uno o de ambos). La rigidez “objetiva” en lo que respecta a la “entidad” misma de la cualidad sobre la que se yerra, no cuadra bien con el propósito legislativo de configurar un modelo matrimonial civil que sirva de cauce al libre desarrollo de la personalidad de quienes lo celebren (art. 32.1, en relación con el art. 10.1 CE)⁵³⁸.

3. Significado de la expresión “cualidades personales” en el art. 73. 4º CC⁵³⁹

Como señala DE VERDA Y BEAMONTE, “Afirmada la especificidad del art. 73. 4º CC respecto de las normas de Derecho comparado (en especial, ordenamientos francés, alemán e italiano), el método más adecuado para conocer el sentido de la regulación contenida en aquel precepto es acudir directamente al propio texto legal para deducir de él, sin apriorismos, el sistema realmente querido por el legislador español”⁵⁴⁰.

A) Concepto de “cualidad personal”

El concepto de “cualidad personal” ha de ser precisado (al menos, en una primera aproximación) por exclusión. “En mi opinión, no son “cualidades personales” las

⁵³⁸ Recientemente, inclinándose, parece ser, por la prevalencia de un criterio “subjetivo” a la hora de determinar la “entidad” de la cualidad sobre la que recae el vicio, COBACHO GÓMEZ, J.A: “El error en las cualidades”, cit., p. 447, cuando recoge (aunque con referencia al antiguo art. 101.2 CC) los pareceres de PUIG PEÑA, PÉREZ GONZÁLEZ Y CASTÁN TOBEÑAS (“cualidades de la persona que puedan considerarse esenciales, “dentro de la estimación dominante en la esfera social de los contrayentes”).

⁵³⁹ Para un profundo análisis de la evolución de la noción del error en cualidad personal como causa de nulidad matrimonial, así como sobre la originalidad del Derecho español respecto de otros ordenamientos, Derecho francés, alemán e italiano, cfr, el exhaustivo tratamiento realizado por DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., pp. 149-204.

⁵⁴⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., p. 204.

exclusivamente patrimoniales; como tampoco aquellos accidentes de carácter puramente transitorio o pasajero” (DE VERDA Y BEAMONTE).

El empleo por el legislador de 1981 del término “cualidades personales” excluye, sin duda, la consideración de las de carácter patrimonial como referentes del error determinante de la nulidad del negocio matrimonial.

“Sería, así, irrelevante el error sobre la cuantía del patrimonio o de las rentas del otro contrayente, o la ignorancia de su situación de quiebra o concurso” (DE VERDA BEAMONTE).

Señala el autor citado que la exclusión de la relevancia del llamado “error de fortuna” no suscita dudas en la doctrina española y tampoco en la extranjera, alegando que una solución contraria, la de admitir su relevancia, chocaría frontalmente, de un parte con la propia naturaleza del negocio matrimonial entendido como una plena comunidad de existencia entre los cónyuges, y en la que la unión de personas desplaza a un plano distinto los elementos patrimoniales o económicos y ,de otra, con una injustificada patrimonialización de la relación jurídico-matrimonial⁵⁴¹.

Procediendo también por exclusión, el concepto de “cualidad personal” debe ser predicado, exclusivamente, respecto de señas o accidentes, innatos o adquiridos, que concurren a caracterizar a una persona” (DE VERDA Y BEAMONTE), aunque en mi opinión sin llegar a alcanzar “virtualidad individualizadora”. Es decir, “caracterizan” al individuo, pero no lo “individualizan”. Así, “caracterización” e “individualización” juegan en planos diferentes, uno más genérico, el de la “caracterización” y otro menos, el de la “individualización”. Desde esta perspectiva, la orientación sexual (por ejemplo) caracterizaría al sujeto y su condición de transexual debería reconducirse al ámbito de su “identidad.”

La exigencia a la que acabamos de referirnos se movería entre dos extremos. De un lado, no se precisaría que esas señas fueran intrínsecas, connaturales u originarias, pero, de otro, tampoco podrían serlo meramente ocasionales o transitorias⁵⁴².

Con todo ello, cuando se hace referencia a la no exigencia de que esas señas sean intrínsecas, connaturales u originarias, se está diciendo que la circunstancia de que hayan

⁵⁴¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., p. 206. No obstante, lo anterior, señala el autor que “un error sobre la situación patrimonial del otro contrayente podría llegar a ser relevante ex art. 73. 4º CC, no como error de fortuna, sino como un error sobre cualidades morales, para el caso de que dicho error proviniera de un engaño doloso, expresión de una gravísima propensión a la mentira por parte de quien lo comete”. En dicho caso, el elemento económico o patrimonial pasaría a constituir una mera manifestación de una cualidad moral, y, en consecuencia, de naturaleza diferente de la puramente patrimonial. Lo patrimonial no sería más que un “vehículo de manifestación” de una cualidad moral del sujeto, claramente reprochable; y, en consecuencia, el término de referencia del error no lo sería el patrimonio sino la cualidad antedicha.

⁵⁴² Esta doble exigencia, la precisa el citado autor con las siguientes consideraciones: “Un accidente puede caracterizar a una persona en cuanto la acompañe de manera permanente o, al menos, con cierto carácter estable o duradero”. De acuerdo con tal consideración, el autor excluye del ámbito de aplicación del art. 73. 4º CC “el error sobre aquellos accidentes que, siendo meramente pasajeros o accidentales, no son aptos para caracterizar a la persona. Es el caso de las enfermedades de carácter transitorio, susceptibles de ser curadas a través de un tratamiento médico u operación quirúrgica, o de una condena aislada por un delito no doloso, seguido de una posterior rehabilitación del condenado”, *El error*, cit., pp. 206-207.

sido adquiridas, o sobrevenidas, no impediría la relevancia, en su caso, por la vía del error en “cualidad personal de entidad” (individuo que pierde la aptitud para mantener relaciones sexuales a consecuencia de un accidente ocurrido con anterioridad a la celebración del matrimonio). Lógicamente, se estaría ante una circunstancia no originaria, pero sobre la que podría recaer un error en cualidad personal por parte del otro contrayente. Si bien, esto no tiene nada que ver con la posible existencia de circunstancias no originarias o connaturales, sino adquiridas, que, sin embargo, parecen llevarse a un ámbito distinto de aquél que es propio de las “cualidades personales de entidad”, precisamente, porque afectarían a la “identidad” del individuo (condición de transexual).

Siguiendo en esta línea de acotar lo que haya de entenderse por “cualidades personales”, quedan, claramente, fuera de este ámbito, de un lado, las cualidades personales que puedan referirse a terceras personas, y no a alguno de los contrayentes. Ello, con toda lógica, porque se trata de personas que quedan fuera del ámbito de la relación jurídico matrimonial. El error en cualidad que importa es el que se refiere a cualidades personales de alguno/ o de ambos, contrayentes, que son los sujetos de la relación jurídico-matrimonial, con exclusión total de aquellas que se refieran a terceras personas que no son parte de la relación (por ejemplo, error padecido por el varón sobre la circunstancia de que el padre de su esposa es miembro de una banda mafiosa).

Asimismo, se excluye el error recayente sobre cualidades, originarias, o no, pero inexistentes al tiempo de la celebración del matrimonio. Y ello, por el propio funcionamiento de la nulidad y de sus causas, que han de referirse siempre al momento mismo en el que el matrimonio se celebra. Esto excluye, por tanto, aquellas causas que podríamos llamar “sobrevenidas, por acaecer después de la celebración, y cuyas consecuencias jurídicas deberán encauzarse por el contrayente a través de otras figuras (disolución por divorcio, separación conyugal), pero en ningún caso, a través de la nulidad de matrimonio.

Situación distinta a la anterior es la que tiene que ver con la cualidad personal existente ya al tiempo de la celebración del matrimonio y que se encuentra en una situación de “latencia”, “virtualidad” o “no manifestación”, siempre que tuviere un desarrollo posterior, desarrollo que, de alguna forma, se identificaría con su plena manifestación.

Ante esta posibilidad, puede que debamos inclinarnos por la existencia de causa de nulidad por error en “cualidad personal”. En definitiva, la existencia de la causa ha de referirse al tiempo de la celebración, y su fase de “latencia” no es obstáculo alguno para que pueda

afirmarse que existía aquella en el momento que jurídicamente importa⁵⁴³: aquél en el que tuvo lugar la unión matrimonial⁵⁴⁴.

La “existencia” de la causa”, de un lado, y “manifestación” o “desarrollo” de aquella, de otro, son planos diferentes y no confundibles. Lo importante desde un punto de vista jurídico es la existencia de aquella al tiempo de la celebración.

En definitiva, si el contrayente que padece el vicio hubiere conocido la existencia de la causa, aún en fase de latencia, cuando se celebró el matrimonio, previsiblemente hubiere desistido de celebrarlo.

B) Hacia un intento de enumeración

Uno de los campos de batalla del error recayente sobre cualidades personales del otro contrayente es el referido al intento de enumerar, aunque fuere aproximadamente, cuales serían esas cualidades que, en su caso, darían lugar a la nulidad del matrimonio en el caso de error recayente sobre ellas⁵⁴⁵.

La dificultad que este intento presenta deriva, de un lado, de la inexistencia de enumeración alguna de aquellas por parte del propio legislador, que se limita a hablar de “cualidades personales, que por su entidad...”. Esta falta de enumeración parece responder a ese propósito al que se hizo referencia anteriormente, el de “personalización” del matrimonio, reconociendo así la relevancia jurídica (por la vía del error “en cualidad personal”) de las concretas finalidades perseguidas por cada contrayente. El tipo matrimonial “básico” es único, pero las “conformaciones” de ese mismo tipo dependen de las cualidades que presenten “entidad” para los propios contrayentes. La “personalización” del instituto es clara, ya que los fines o propósitos que para una determinada pareja son relevantes, pueden no serlo para otra.

⁵⁴³ En este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: *El error*, cit., p. 209. “La conclusión sobre su existencia (de la cualidad) al tiempo de la celebración de las nupcias puede deducirse de circunstancias que sólo se manifiestan posteriormente”. Considero que este punto de vista coincide con lo expresado en el texto, acerca del posible carácter “latente” de la cualidad de que se trate al tiempo en el que el matrimonio se celebró, entendiéndose, no obstante, que existía en ese tiempo, por desarrollo o manifestaciones posteriores de aquella.

⁵⁴⁴ Sobre el tema, concretamente referido a la cualidad de travesti del esposo, cfr. CARRIÓN OLMOS, S: “En torno al art. 76.2 del CC. Comentario a la SAP Barcelona 15 enero 2020 (21/2020)” *Revista Boliviana de Derecho*, 2021, núm. 31, pp. 598 y ss. Más recientemente, se ocupa de esta misma cuestión, COBACHO GÓMEZ, J.A: “El error en las cualidades”, cit., pp. 452 y ss.

⁵⁴⁵ Una completa enumeración de las distintas posturas doctrinales acerca de las cualidades personales, en su caso, relevantes para la nulidad del matrimonio ex art. 73-4ª CC, en COBACHO GÓMEZ, J.A: “El error en las cualidades”, cit., pp. 447-451.

Por su parte, el autor al que nos acabamos de referir mantiene desde 1986 un criterio que podríamos calificar de “mixto” en cuanto a las cualidades personales relevantes, en su caso, para instar la nulidad del matrimonio. Alude a la necesidad de “buscar criterios objetivos, atendiendo a las cualidades que se requieren para el cumplimiento de los fines matrimoniales más esenciales, pero sin perjuicio de tener en cuenta asimismo aquellas cualidades que hubieran sido buscadas principalmente por el otro cónyuge”. En conclusión, parece intentar unir un criterio que podríamos llamar “objetivo” con otro “subjetivo”. Desde este punto de vista, cualidades como la profesión, la inteligencia o la belleza física, deberían venir excluidas; en tanto que el (error) recayente sobre enfermedad sexual importante, condena penal por delito o cualquier otra circunstancia que impida el cumplimiento de los fines matrimoniales más característicos” debería poder fundamentar una demanda de nulidad, “El error”, cit., p. 37.

Es necesario señalar que cuando me refiero a cualidades personales “de entidad” para los contrayentes, o para alguno de ellos, me posiciono a favor de un criterio “subjetivo” en lo relativo a la determinación de la “entidad”, sin atribuir relevancia jurídica alguna a propósitos caprichosos o arbitrarios, que aquellos pretendieran perseguir. No se trata de plantearnos la “entidad” misma de la “cualidad personal” sobre la que haya recaído el error, sino de cuestionar que la apreciación de esa “entidad” sólo pueda realizarse desde criterios meramente “objetivos”, entendiendo como tales los del sentir social común.

Entiendo que la “entidad” de la “cualidad personal” existirá siempre, al ser difícil pensar en la relevancia jurídica de una cualidad personal carente de “entidad”, tanto si se escoge un criterio “objetivo” como “subjetivo” para la apreciación de esa “entidad”. Es decir, aunque se defienda un criterio totalmente “subjetivo” a efectos de determinar la “entidad” de la “cualidad personal” de que se trate, esa “entidad” deberá existir.

La defensa de un criterio “subjetivo” en la determinación de la “entidad” de la “cualidad personal” significa que esa “entidad” se le atribuye por el que padeció el error, pero no que se fundamente únicamente en valoraciones meramente subjetivas, caprichosas o arbitrarias de aquél. Si fuera así, no se podría afirmar la “entidad” de esa pretendida cualidad, porque dicha “entidad” no existiría.

Este precepto no se refiere a los denominados “criterios de enfoque” de la “entidad” de la cualidad. El legislador en el tenor literal del artículo se limita a hacer referencia a “cualidades personales que, por su entidad...” de lo que se deduce, que la cualidad personal de que se trate siempre deberá tener “entidad.”, con independencia de que se opte por un criterio “subjetivo u objetivo” a la hora de enfocar la cuestión. El legislador no habla de criterios de enfoque, ni establece la prevalencia de uno sobre otro, sino que se refiere a “cualidades personales, que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento”.

Por tanto, si la cualidad personal carece de “entidad”, no puede hablarse de causa de nulidad. La “entidad” de la cualidad se predica de esta y es previa a cualquier enfoque “objetivo” o “subjetivo”, que, en todo caso, deberá tener como punto de partida esa “entidad” de la cualidad.

Es lógico, por ello, que, presupuesta la “entidad” de la cualidad, la aplicación de criterios objetivos, o subjetivos para su apreciación, nunca podrán llevar a la negación de la “entidad”, pero sí a la circunstancia de que esa “entidad” no sea compartida por la opinión social dominante, lo que es diferente totalmente de que carezca de “entidad”.

Creo que el criterio del legislador es otro, puesto que considerar que la “entidad” de la cualidad depende de criterios objetivos, reconociéndola sólo en este caso, y negándola en otro, implicaría una reducción arbitraria del alcance del propio término “entidad”, que el legislador se limita a exigir de cualesquiera “cualidades personales” que pretendieran invocarse como causa de nulidad del negocio matrimonial.

Aunque el enfoque sea “subjetivo”, la cualidad sobre la que se proyecta el error deberá tener “entidad”. Si no la tuviere, se estaría fuera del marco del número 4º del art. 73 CC. No se estaría ante “cualidad personal” alguna relevante jurídicamente. En el precepto “cualidad personal y entidad de aquella” se reclaman recíprocamente: “la entidad” se afirma de “cualidades personales”, y a su vez, si la “cualidad personal” careciera de “entidad” no podría encajarse en el precepto. La “entidad” de la cualidad ha de darse en todo caso y así, la referencia legislativa no puede entenderse hecha a “cualidades personales” que carezcan de ella porque ello supondría atribuir relevancia a simples caprichos. Por ello, los criterios objetivos, subjetivos, así como, la relevancia o irrelevancia de la “cualidad personal” de que se trate, parten siempre de la “entidad” de aquella.

La exigencia de que la “entidad” de la cualidad personal ha de existir siempre se deduce del tenor literal de la norma (“cualidades personales que, por su “entidad”, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento”). Por tanto, es la “entidad” de la cualidad la que “explica” y “determina” la prestación del consentimiento.

La “entidad” está presente en la propia descripción de la figura del error en cualidad personal. Que hay “entidad” siempre, lo demuestra la circunstancia de que, en todo caso, (tratándose de una “cualidad personal”) determinó la prestación del consentimiento.

El legislador parte del error sobre una “cualidad personal de entidad” y, por tanto, la “entidad” de la cualidad forma parte de ese mismo presupuesto normativo, adquiriendo un papel determinante en lo relativo a la prestación del consentimiento matrimonial.

Esta finalidad del legislador de 1981 no concordaría bien con una enumeración de “cualidades personales”, ya que, de producirse, obstaculizaría ese deseo legislativo de “esquema matrimonial básico”, pero “conformable” de alguna forma por los contrayentes, y al que nos referimos ya previamente.

Este sería el primero de los obstáculos a una pretendida enumeración de las “cualidades personales”, si bien, no el único porque el segundo consistiría en la relevancia que se atribuya a la/s cualidad/es de que se trate, lo que se resolvería con el término “entidad” referido a la “cualidad personal” de que se trate.

No cabe duda de que la referencia legislativa a la “entidad” misma de la “cualidad personal”, determinante de la prestación del consentimiento por parte del contrayente que padece el vicio, hay que entenderla como sinónima de “importancia”. La cualidad “personal” tiene “entidad” porque es una cualidad “importante”. No cabe puede atribuirse otro alcance al empleo por el legislador del término “entidad,” si bien, el alcance de esa “importancia”, es decir, el intento de precisar esa “importancia” o esa “entidad”, dista mucho de entenderse indubitado. Por tanto, nos hacemos la siguiente pregunta: ¿“Entidad” objetiva (según el sentir común), “entidad subjetiva”, (la que en cada caso le sea atribuida por el contrayente que padeció el vicio), o ambas, (objetiva y subjetiva al mismo tiempo)?

Si optamos por la primera de las respuestas, se gana en seguridad jurídica, pero pierde fuerza ese deseo legislativo de “personalización” del matrimonio, básico en la reforma de 1981 y materializado en la relevancia jurídica del error en “cualidad personal de entidad”.

Si optarse por la segunda, corremos el riesgo de irnos al extremo opuesto, denunciado por PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS: “Es mucho lo que se entrega en el matrimonio para que, después, su eficacia dependa del error de un contrayente”⁵⁴⁶, que quiere decir que esa eficacia dependería del capricho o de la arbitrariedad de un contrayente voluble.

Lo que quizá deberíamos preguntarnos es si, con la aplicación de criterios puramente “objetivos” en lo que se refiere al error en “cualidad personal”, ¿sería previsible esa posibilidad de especial comunidad de vida que se quiere iniciar con el matrimonio?⁵⁴⁷. Opto por la negativa, pero, además, deberíamos realizarnos la siguiente pregunta ¿concordaría tal aplicación con ese deseo de “personalización” del matrimonio al que se ha hecho referencia varias veces?⁵⁴⁸

Por último, el tercero de los obstáculos es la inexistencia de acuerdo generalizado a la hora de llevar a cabo esa pretendida enumeración, la cual cuando se lleva a cabo agrupa

⁵⁴⁶ PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de familia*, cit., p. 57, nota 57 bis. Consecuente con este punto de partida, el autor se inclina por limitar la relevancia del error al recayente sobre cualidades personales “que comprometan “objetivamente” la viabilidad de la especial comunidad de vida que con el matrimonio se quiere iniciar. Por ejemplo; ignorar que el otro contrayente tenía una grave enfermedad mental, o una grave enfermedad de transmisión sexual, o una vida ignominiosa, etc.”. Desde esta perspectiva claramente “objetiva”, que, en mi opinión, parece desconocer ese deseo legislativo de “personalización” del matrimonio, el autor se pregunta si se podría invocar como relevante “el error sobre la fertilidad del cónyuge”. Prescindiendo de cualquier consideración de carácter “subjetivo”, es decir, desconociendo la circunstancia de que, para alguno de los contrayentes, o para los dos, el tener hijos sea determinante de su decisión de contraer matrimonio, adopta un planteamiento “objetivo”: “Cabe la comunidad plena de vida entre los cónyuges, aunque no haya hijos. Estimo por eso, que, en sí, la fertilidad no es, “por su entidad objetiva”, materia de error invocable como vicio del matrimonio”, loc. cit., p. 57, nota 58. Este planteamiento “objetivo” cede, “subjetivizándose,” aunque al amparo de un derecho fundamental, como el de libertad religiosa, otorgando así relevancia al “error sobre aquellas cualidades que, según las propias creencias, puedan objetivamente considerarse como determinantes del consentimiento; por ejemplo, en el matrimonio celebrado canónicamente, ignorar que el otro contrayente está ordenado *in sacris*, o es profeso de una orden religiosa y que no ha obtenido la correspondiente dispensa canónica, o ignorar que está canónicamente vinculado con otra persona”. Aunque puede que tampoco en los supuestos a que se acaba de hacer referencia se habría abandonado el planteamiento “objetivo”. Y es que la “importancia” “subjetiva”, para el contrayente que padece el vicio, derivaría al fin y al cabo de un planteamiento “objetivo” (el derecho fundamental de libertad en materia religiosa reconocido en la CE, art. 16).

⁵⁴⁷ Se inclina por una respuesta afirmativa, que no comparto, DE PABLO CONTRERAS, P: “Hace falta que la cualidad personal del otro contrayente sea de “entidad” y que su consideración hubiera sido “determinante” para consentir. Esa imprescindible “entidad” de las cualidades personales remite a su importancia objetiva, suficiente para constituir un elemento integrante de la personalidad según la conciencia social y a la que ésta atribuye por su naturaleza una inequívoca incidencia en la convivencia conyugal; y que sea “determinante” del consentimiento prestado significa que el contrayente que padece el error la elevó a la categoría de “presupuesto”, de modo que accedió a contraer el matrimonio porque dio por segura su existencia y no lo hubiera celebrado de haber sabido su inexistencia”, “El matrimonio”, cit., p. 128.

⁵⁴⁸ Un ejemplo llamativo de las inconsecuencias a las que conduce la aplicación de criterios simplemente “objetivos” en esta materia, lo ofrece el argumento de PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS. Se pregunta este autor acerca de si “Cabe la comunidad plena de vida entre los cónyuges, aunque no haya hijos”. Su respuesta es afirmativa. Cabe, en su opinión, tal comunidad de vida. Su respuesta es la siguiente: “Estimo por eso que, en sí, la fertilidad no es, “por su entidad objetiva”, materia de error invocable como vicio del matrimonio”, *Derecho de familia*, cit., p. 57, nota 58. Tal punto de vista supone hacer tabla rasa del propósito legislativo que guio la reforma de 1981, por cuanto a la “personalización” del matrimonio se refiere, y afirmar que se sigue estando ante un tipo de matrimonio cuyo contenido se impone a los que lo contraen, sin que sea posible por parte de estos “conformación” alguna de ese contenido. La “personalización” desaparece simple y llanamente.

circunstancias que constituyen “cualidades personales “separables” de la “identidad” misma del sujeto (vgr. impotencia, esterilidad o fertilidad), con otras que inciden sobre esta última (“identidad de la persona”). Por ejemplo, la profesión religiosa, el orden sacerdotal, o el vínculo canónico precedente. ¿Se podría afirmar, sin duda alguna, que dichas circunstancias no afectan a la “identidad” del individuo, y que, en consecuencia, deberían dirigirse al ámbito del error “en cualidad personal”? Y ¿qué podríamos decir de la condición de transexual? ¿También podría considerarse que se trataría de un error en “cualidad personal de entidad”, de un error sobre la “identidad física” del otro contrayente, o más bien, de error “en la identidad de la persona” aunque no, sobre la identidad física de aquella?

Todo lo anterior convierte en acertado el criterio legislativo de 1981 de omitir todo tipo de enumeración de las cualidades, remitiéndose, de esta manera, al prudente criterio del juzgador en cada caso concreto⁵⁴⁹.

C) “Entidad” de la cualidad

El problema de la “entidad” de la “cualidad personal” sobre la que el error se proyecta como causa de nulidad matrimonial se solapa, de alguna manera, con el referido a la cualidad personal en sí.

Es difícil referirse a lo que se haya de entenderse por “entidad” de la cualidad personal con separación total de las consideraciones anteriores sobre las “cualidades personales” en sí mismas. No es posible realizar un tratamiento independiente de aquello que haya de entenderse por “cualidades personales”, de una parte, y de la “entidad” de esas cualidades, de otra, puesto que ambos tratamientos se reclaman de forma recíproca.

Por ello, cuando en la doctrina intenta realizar una enumeración de “cualidades personales”, respecto de las que el error recayente sobre ellas daría lugar a la nulidad, implícitamente se está exigiendo la “entidad” de aquellas para llegar a ese resultado. Nos encontramos en el ámbito de la nulidad matrimonial, por lo que, en consecuencia, establecer la categoría de la nulidad respecto de errores sobre cualidades personales de otros contrayentes carentes de “entidad” sería absurdo, ya que implicaría confiar la existencia del propio vínculo al capricho o a la arbitrariedad del contrayente o contrayentes, quienes podrían alegar los motivos más insignificantes que se pudieran imaginar para liberarse de un vínculo con el que habrían estado jugado caprichosamente.

Desde esta perspectiva, podríamos decir que “cualidad personal y entidad de la cualidad” formarían parte del mismo objeto de análisis y que, la “esencialidad o el carácter determinante” del error padecido (exteriorizado en la emisión del consentimiento por el

⁵⁴⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, sin ánimo exhaustivo, y sin prejuzgar su respectiva entidad, enumera las siguientes cualidades personales: “a) cualidades físicas (impotencia, esterilidad, embarazo, edad); b) enfermedades físicas y mentales; ; c) cualidades relativas a la orientación sexual de los contrayentes (homosexualidad, ninfomanía); d) cualidades relativas al estado civil de las personas (nombre, condición de divorciado, nacionalidad); e) cualidades de carácter confesional (profesión religiosa, orden sacerdotal, credo religioso, vínculo canónico precedente); f) cualidades morales (condena penal, virginidad, grave propensión a la mentira); g) profesión; h) transexualidad. *El error*, cit., p. 213.

contrayente que padece el vicio) se presentan como consecuencia de la “identidad de la cualidad personal” de la que en cada caso se trate.

Todo lo anterior nos dirige a una idea básica y es la “entidad” misma de la “cualidad personal” sobre la que ese error se proyecta. Cuestión distinta sería que parámetros utilizar para determinar la “entidad” misma de la cualidad, si “objetivos” o “subjetivos”.

D) Alcance del término “entidad” cuando de “cualidades personales” relevantes ex art. 73. 4º CC se trata

Resulta claro que el significado del término “entidad” cuando éste se refiere a una cualidad personal tiene que ver con la importancia que se atribuya a la cualidad de la que se trate. En definitiva, la cualidad tiene “entidad” porque es “importante”. El término empleado, por el legislador coincidiría en cuanto a su significado y alcance con el que a este se le atribuye en el lenguaje corriente. Así, cuando se dice que cualquier realidad tiene “entidad”, se quiere decir que presenta “importancia”.

Si llevamos la consideración anterior al precepto que nos interesa, nos encontraríamos ante una repetición. La cualidad personal de que se trate en cada caso tiene “entidad” y la tiene porque es “importante”, pero el problema no se encuentra en el adjetivo, sino en cómo determinar esa “importancia”, es decir, qué parámetros aplicar para fijar esa “importancia”.

La “entidad” no puede determinarse de modo exacto sin acudir a criterios valorativos, objetivos, subjetivos, o mixtos, que son los que, en todo caso, permitirán llegar a un resultado más o menos seguro acerca de la “entidad”, o de carencia de tal, de la cualidad de la que se trate en cada supuesto.

El problema se desplaza, por ello, a un ámbito diferente, que es el de las consecuencias que se derivarán de optar por uno de esos criterios valorativos: Y es que la elección de criterios objetivos, como se señaló anteriormente, favorecerá la seguridad jurídica, pero perjudicará la denominada “personalización” del matrimonio, olvidando que “cada pareja de contrayentes es un mundo” y, que los propósitos que cada una de ellas persigue no tienen por qué coincidir con los que pretenda conseguir una pareja diferente de la anterior. La identificación de la “entidad” de la cualidad con criterios objetivos supone olvidar completamente la idea esencial de la reforma de 1981, la de un esquema matrimonial “básico”, o “de mínimos”, pero “conformable”, o “modulable”, mediante “adiciones”, por la voluntad de los contrayentes, o de alguno de ellos.

Se trata de un matrimonio concreto, y es ese marco determinado el que exige el análisis del error sobre “cualidad personal de entidad”.

Si, por el contrario, se opta por atender en lo relativo a esa “entidad” a un criterio subjetivo, el resultado será el contrario, es decir, la relativización del negocio matrimonial, haciendo depender su validez del capricho o de la arbitrariedad del/os contrayente/s.

¿Sería la solución la de admitir un criterio “mixto”?⁵⁵⁰

E) Prevalencia del criterio “subjetivo” en cuanto a lo que haya de entenderse por “entidad” de la cualidad personal de que se trate

Desde mi punto de vista, la prevalencia del criterio “subjetivo” es difícil de cuestionar. “El error en las cualidades personales, escribía, ALBALADEJO GARCÍA, debe tomarse en sentido “subjetivo”, es decir, el error que cuenta es en el de aquellas cualidades la creencia errónea en cuya existencia o falta decidió a casarse a quien yerra, aunque en sí no sea de los errores que en el común sentir son decisivos”.

“La entidad de las cualidades personales en las que se yerra, no debe ser tomada en el sentido de “importancia objetiva” de tales cualidades, sino en el de que las mismas “hayan sido decisivas para el contrayente que erró sobre ellas”⁵⁵¹.

Este punto de vista tiene a su favor, de un lado, su adecuación a ese deseo de “personalización” del matrimonio que constituye uno de los principios informadores de la reforma de 1981, y, de otro, que el derecho al matrimonio (art. 32.1 CE) es un derecho de los ciudadanos con una doble vertiente, derecho a casarse y derecho a no hacerlo. Se trata, en consecuencia, de un acto de autonomía privada que los individuos pueden llevar a cabo o no. Todo ello chocaría con la opción de un modelo rígido y meramente “objetivo”, por lo que respecta a la apreciación de la “entidad” de la cualidad sobre la que se yerra. ¿Dónde quedaría, en ese caso, esa posibilidad de “conformación”, o de “adición” de circunstancias, que los contrayentes valoran, cuya existencia presuponen al tiempo de la celebración, y por las que se deciden a contraerlo, “complementando”, de esta forma, ese esquema “básico”, o “de mínimos”, al que acabo de referirme?

F) El criterio “subjetivo”, “adecuadamente entendido”, no conduce a relativizar el negocio matrimonial

El problema requiere adoptar planteamiento siguiente: en la mayoría de los supuestos que presente la realidad, la nulidad por error en cualidad se instará por yerro sobre cualidad cuya “entidad” no se presente dudosa (ni objetiva ni subjetivamente). Es decir, cuándo la presenta para la opinión común y, a la vez, para el contrayente que erró sobre ella, supuesto sin duda alguna, más frecuente.

Cuando, por el contrario, la cualidad sobre la que se yerra no lo es de aquellas a las que la opinión común atribuye “entidad”, pero sí la presenta para el contrayente que erró, una concepción personalista del negocio matrimonial permite concluir que, probado ese carácter esencial para aquél, procederá, asimismo, la nulidad. Una postura contraria, en base a razones de seguridad jurídica y estabilidad de la relación, supondría una contravención de ese deseo legislativo informador (esquema matrimonial “básico”, único imperativo e inderogable por la voluntad de los particulares, pero con posibilidad por parte

⁵⁵⁰ Este parece que sea el parecer de COBACHO GÓMEZ, J.A: “El error”, cit., p. 35. “Parece oportuno pensar que la relevancia del error habrá de concretarse aunando la importancia objetiva de tal cualidad según la conciencia social, y las circunstancias subjetivas de la persona que padece el error”.

⁵⁵¹ ALBALADEJO GARCÍA, M: *Curso*, cit., pp. 100-101.

de estos de introducir elementos o circunstancias situadas fuera de tal esquema, pero, sin embargo, decisivas, para ellos).

G) La intensificación de la carga de la prueba

Cuando el error recaiga sobre cualidad cuya “entidad”, según la opinión común, no presente duda, el contrayente que lo padeció no queda relevado de la prueba sobre el carácter esencial del error sufrido, y es que aun habiendo recaído sobre una cualidad cuya “entidad” se presenta indudable según la opinión común, podría probarse que no lo fue para el contrayente que erró, lo que evitaría ejercicio por este de la acción de nulidad.

La entrada en juego de criterios “objetivos” aligerará la carga de la prueba para el contrayente que insta la nulidad, ocurriendo lo contrario cuando la “entidad” de la cualidad no sea encuadrable en esa opinión común. La intensificación de la carga de la prueba para el contrayente que erró resultará de la necesidad de probar que, para él, la cualidad sobre la que erró tiene “entidad”, y que el error padecido sobre ella fue determinante para su decisión de celebrar el matrimonio.

H) La inclinación, en todo caso, hacia un criterio “subjetivo”

Por lo que respecta a esta cuestión, parece que el criterio “subjetivo” es el que deberá prevalecer. Ello por una serie de razones: de una parte, porque aún en el supuesto del que el error recayere sobre una “cualidad personal de entidad” según la opinión común, el error será relevante en tanto en cuanto esa “entidad” le sea atribuida también por el contrayente que padeció el yerro (por ejemplo, el supuesto en que el error recae sobre la ineptitud del otro contrayente para mantener relaciones sexuales cuando el que padece el vicio no le atribuya importancia a tal circunstancia, caso en que, una vez probado, no sería posible el ejercicio de la acción de nulidad. En dicho supuesto, se trata de una cualidad que (según la opinión común) presenta “entidad” (objetiva), pero no la presenta, sin embargo, para el contrayente que padeció el vicio, porque para éste, esa circunstancia carece de “entidad”. Celebró el matrimonio sin tener conocimiento de ello, pero una vez conocida la realidad, le es indiferente. No atribuye importancia a esa ineptitud del otro en cuanto a la sexualidad. En tal caso, la entidad “objetiva” de la cualidad choca con la circunstancia de que, para el sujeto que padeció el error, carece de ella, es decir, ha entrado a formar parte del “esquema matrimonial” de este último. Podríamos decir que esa importancia “objetiva” de la cualidad no se superpone sobre la concepción que del matrimonio tiene el sujeto afectado por el error, todo lo que permite afirmar que lo que prevalece es el criterio “subjetivo”. Lo que tiene “entidad” para la generalidad, no la tiene, sin embargo, para mí y por ello, en el ámbito de mi matrimonio, no es relevante el sexo. No se trata, de una circunstancia que se imponga en ese esquema matrimonial “básico”, o “de mínimos”, diseñado por el legislador, por lo que tal circunstancia, tendrá “importancia” o “entidad”, si yo (contrayente que erró) se la atribuyo, pero no en otro caso. Yo, podré “añadirla” a ese esquema “básico”, en cuyo caso será relevante, o no hacerlo, y en tal supuesto, la entidad “objetiva”, “importante” según la opinión común, pero no “adicionada” por mí a ese esquema “básico”, no incidirá, de ninguna forma, en lo relativo a la validez del matrimonio.

¿Qué podremos decir, entonces, cuando estemos ante una cualidad personal que, según esa opinión común, carezca, sin embargo, de “entidad”? ¿Prevalecerá, también, el criterio “subjetivo”?

Considero que la respuesta es afirmativa, pero excluyendo que esa prevalencia del criterio “subjetivo” pudiera identificarse con “insignificantes caprichos⁵⁵²”. El elemento “subjetivo” no puede identificarse con la arbitrariedad, ni con el abuso del derecho porque ello supondría confiar la posibilidad de obtener una nulidad matrimonial a la pura arbitrariedad de alguno de los contrayentes.

Por tanto, la prevalencia del criterio “subjetivo” exige, igualmente, “importancia” o “entidad” de la cualidad sobre la que se yerra, aunque esa “entidad” no se identifique con la que, en su caso, se le atribuya por el sentir social común. La cualidad tendrá, por ello, “entidad” o “importancia” porque se la atribuye el sujeto que padece el vicio. Es decir, él se la atribuye y decide celebrar el matrimonio porque creyó erróneamente que aquella concurría en el otro contrayente.

Se trata de su matrimonio, de un matrimonio concreto y determinado, que el sujeto es libre para celebrar o no, y que decide hacerlo porque cree erróneamente en la existencia o inexistencia de esa cualidad, determinante para la emisión del consentimiento.

De la misma manera que se “conforma” con ese esquema matrimonial “básico”, cuando dejan de incorporarse al mismo circunstancias consideradas “importantes” por las creencias sociales predominantes, pero que no lo son para el/los contrayentes/s, se entiende que se “conforma”, también, tal esquema cuando se realizan “adiciones” de circunstancias que, aun no siendo relevantes según los criterios sociales mayoritarios, lo son, para el contrayente que las “incorporó” al mismo, sin más límite que la mera arbitrariedad caprichosa, constitutiva de abuso del derecho.

Se observa cierta confusión en algunos planteamientos doctrinales relacionados con esta cuestión, en los que se olvida la “personalización” del matrimonio y se exige un modelo uniforme, con una “conformación” invariable, con independencia de cuál sea la voluntad de quienes lo celebran⁵⁵³: “elemento integrante de la personalidad según la conciencia social, y a la que ésta atribuye por su naturaleza una inequívoca incidencia en la convivencia conyugal” (DE PABLO CONTRERAS) ¿El tratar de determinar qué incide y qué no en la convivencia conyugal se puede fijar en abstracto, dejando a un lado las finalidades perseguidas por contrayentes concretos y determinados? ¿Dónde queda, en este caso, la “personalización” del matrimonio?⁵⁵⁴.

⁵⁵² La referencia es de LÓPEZ ALARCÓN, M Y NAVARRO VALLS, R: “Comentario al art. 73”, cit., p. 713.

⁵⁵³ Un ejemplo de lo que se acaba de decir, en DE PABLO CONTRERAS, P: “El matrimonio”, cit., p. 128: “Esa imprescindible “entidad” de las cualidades personales remite a su importancia objetiva, suficiente para constituir un elemento integrante de la personalidad según la conciencia social y a la que ésta atribuye por su naturaleza una inequívoca incidencia en la convivencia conyugal”.

⁵⁵⁴ “Muchas cualidades personales pueden estimarse como susceptibles de ser decisivas en casos, para que su existencia o falta impela o disuada del matrimonio. Que en el matrimonio concreto de que se trate, lo haya sido o no, es precisamente lo que se ha de discutir”. La certera argumentación de ALBALADEJO GARCÍA, M, la concluye el autor haciendo referencia a cualidades que, a su juicio, podrían impulsar o no a la celebración del matrimonio:

Los parámetros no pueden ser rígidamente “objetivos”, porque aquellos que deciden celebrar matrimonio “no están todos cortados con un mismo patrón”. Por ello, y en favor de la “personalización” del negocio jurídico matrimonial, el legislador de 1981 aminoró su contenido, fijándolo “de mínimos” y atribuyendo relevancia, en su caso, a “incorporaciones” o “adiciones” del contrayente o contrayentes. Sólo así puede hablarse de “personalización”, y sólo puede entenderse como “adecuación” del matrimonio a los propósitos queridos por quienes lo celebran.

En consecuencia, la solución del problema se encuentra en un punto de equilibrio entre el criterio “objetivo” y el “subjetivo”. La importancia “objetiva” de la cualidad de que se trate, cualquiera que sea ese grado de “entidad”, no dará lugar a la nulidad si, para el contrayente que erró sobre ella, careciere de esta, y de otro lado, si el contrayente erró sobre cualidad que presenta “entidad” para él, “determinante de la prestación del consentimiento”, y con inequívoca incidencia en la convivencia conyugal de ese matrimonio⁵⁵⁵, es decir, de su matrimonio, procederá la declaración de nulidad⁵⁵⁶. Como se afirmó previamente, la atribución de relevancia al criterio “subjetivo”, así entendido, no implica concedérsela a “insignificantes caprichos”⁵⁵⁷, ya que ello vulneraría principios generales, como el de buena fe en el ejercicio de los derechos y el de prohibición del abuso del derecho.

No hay que olvidar que cuando se habla de “cualidades de entidad”, esa “entidad” no puede exigirse en abstracto, sino que siempre se referirá a un matrimonio concreto, y ello porque cuando se hace referencia a la “entidad” de la cualidad, esa referencia se realiza a un matrimonio determinado (la de A con B). Así, se abandona el ámbito de lo “abstracto” y se pasa al de lo “concreto”, representado por ese matrimonio y no por cualquier otro. Desde esta perspectiva, optar por criterios “objetivos” a la hora de valorar la “entidad” de la cualidad de que se trate, implica ignorar la “personalización” del matrimonio, y más en concreto la famosa frase de que “cada matrimonio es un mundo”.

“impotencia que el otro cónyuge ignore o en otros defectos sexuales o de cualquier otro tipo, o en la falta de virginidad, o en profesar religión, tener nacionalidad, etc. distintas de las creídas”, *Curso*, cit., p. 100.

⁵⁵⁵ Un buen ejemplo de ello el contemplado por la STS 11 julio 1987 (STS 468/1987) acerca de la fidelidad sexual, negándole a la misma “entidad objetiva” según los criterios sociales actuales, si bien no cabe duda de que si esa cualidad tuviera como la tenía, entidad “objetiva” para el contrayente que padeció el vicio su incidencia sobre la vida conyugal de “ese” matrimonio sería indudable.

⁵⁵⁶ Como se señaló anteriormente, ninguna duda cabe respecto a que el problema de la prueba acerca de la “entidad” de la cualidad sobre la que se erró, se hace más fuerte cuando se trata de una cualidad que careciendo de esa “entidad” objetiva, la tiene, sin embargo “subjetiva” para el contrayente que erró sobre ella (por ejemplo, la diversidad religiosa, o en la condición de religioso profesado no dispensado, cuando el que contrayente que padece el error sea a su vez persona de arraigadas creencias religiosas, que inevitablemente hagan prever con un margen de seguridad más que notable que, conocida la realidad acerca del otro contrayente, tenga esta una inequívoca incidencia en la convivencia conyugal).

⁵⁵⁷ Como afirman LÓPEZ ALARCÓN, M Y NAVARRO VALLS, R: “Las cualidades se predicen de la persona considerada no solamente en su configuración física, sino también cultural, social, ética, profesional, etc. Por ello, la casuística es amplia y abarca enfermedades somáticas o psíquicas crónicas, anomalías o desviaciones sexuales, grave condena penal por delito, enfermedad crónica, impotencia, esterilidad, virginidad, embarazo *ab alio*, condición sacerdotal y otras”, “Comentario al art. 73”, cit., pp. 712-713.

XII. EL ENFOQUE JURISPRUDENCIAL⁵⁵⁸

1. Preliminar

El análisis de la jurisprudencia exige partir de un conjunto de ideas a las que se ha hecho referencia con anterioridad: la mayor frecuencia del error en cualidad personal que el recayente sobre la identidad del otro contrayente; que el error habrá de serlo sobre cualidades personales del otro (no sobre las propias de quien lo alega), que quien alegue el error deberá probarlo (SAP Barcelona 22 enero 2010⁵⁵⁹ y SAP Pontevedra 30 marzo 2012⁵⁶⁰ y que no son cualidades personales las meramente patrimoniales, ni tampoco las que, aun siendo personales, tengan carácter simplemente pasajero.

Lo anterior limita el enfoque de la jurisprudencia a aquellas circunstancias no patrimoniales, de carácter físico, psíquico o jurídico, que sirven para caracterizar a la persona del otro contrayente, de modo permanente o estable, y que, existiendo al tiempo de la celebración del matrimonio, actúan como motivo determinante de la prestación del consentimiento matrimonial de una de las partes.

Para que el error sea relevante ha de ser esencial (STS 1 julio 1987⁵⁶¹ y SAP Albacete 13 junio 1994⁵⁶²), es decir, ha de recaer sobre una cualidad personal, de tal importancia para quien se equivoca, que, de haber sabido que el otro contrayente no la poseía, no se habría casado con él (por ejemplo, se ignoraba que carecía de capacidad para el mantenimiento de relaciones sexuales). Pero, además, el art. 73.4 CC exige se trate de una cualidad de “entidad”, en sentido “objetivo”, es decir, conforme al sistema de valores generalmente aceptados en la sociedad o en el concreto círculo social de los contrayentes⁵⁶³.

Afirma DE VERDA Y BEAMONTE que “la exigencia de que el error sea esencial y recaiga sobre la una cualidad personal de entidad es suficiente para poder pedir la nulidad del matrimonio, sin que deba exigirse, además, el requisito de que el error sea excusable. La exigencia de tal requisito adicional en el ámbito del negocio matrimonial añade el autor, no parece adecuada, pues supondría debilitar en exceso el principio de tutela del consentimiento en favor del principio de responsabilidad”⁵⁶⁴.

Comparto su punto de vista en atención a esa diferente naturaleza existente entre el negocio jurídico matrimonial y los contratos patrimoniales.

La jurisprudencia ha considerado como cualidades personales de “entidad”, cuya ignorancia es susceptible de dar lugar a la nulidad del matrimonio, la enfermedad psíquica

⁵⁵⁸ La exposición que sigue la recojo íntegramente del artículo de DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “El error en el matrimonio”, *Tribuna*, 1 diciembre 2020, Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE), dada la exhaustividad del análisis jurisprudencial que contiene.

⁵⁵⁹ SAP Barcelona 22 enero 2010⁵⁵⁹ (Tol 1809467)

⁵⁶⁰ SAP Pontevedra 30 marzo 2012⁵⁶⁰ (Tol 2530215)

⁵⁶¹ STS 1 julio 1987(JC 1987, 468)

⁵⁶² SAP Albacete 13 junio 1994⁵⁶² (Act. Civ. 1994, 2506)

⁵⁶³ Con todo ello, la referencia al “concreto círculo social de los contrayentes”, parece situar el estudio de la “entidad” de la cualidad en criterios no ya rigurosamente objetivos, encaminándose, de alguna manera, a la posible relevancia de la “entidad” subjetiva de la cualidad de que se trate.

⁵⁶⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “El error”, cit.

grave (STS 18 septiembre 1989⁵⁶⁵), la impotencia (SAT Valencia 9 mayo 1984)⁵⁶⁶, la esterilidad (SAT Palma de Mallorca 23 febrero 1987⁵⁶⁷) la errónea creencia de que el hijo que la novia esperaba era propio (SAT Cáceres 18 julio 1987)⁵⁶⁸, SAP Álava 27 febrero 1995⁵⁶⁹, SAP Toledo 14 noviembre 2001⁵⁷⁰ y SAP Madrid 24 mayo 2019⁵⁷¹, la condena penal (SAT Granada 14 diciembre 1987⁵⁷²), la toxicomanía (SAP Palma de Mallorca 18 enero 1993),⁵⁷³ la inesperada orientación sexual del otro contrayente (SAP Islas Baleares 5 junio 2006),⁵⁷⁴ la irrelevancia de la homosexualidad como causa de nulidad cuándo no incide en el normal desenvolvimiento de la relación conyugal (SAP Valencia 21 julio 2021)⁵⁷⁵ la existencia de un vínculo matrimonial anterior (SAP Cádiz-Ceuta 4 diciembre 2006),⁵⁷⁶ tener los anticuerpos del SIDA (SAP Madrid 10 julio 2007)⁵⁷⁷, la pedofilia (SAP Zamora 25 mayo 2018)⁵⁷⁸ o el travestismo arraigado (SAP Barcelona 15 enero 2020).⁵⁷⁹

El listado anterior no es, en modo alguno, cerrado, ya que la propia realidad social puede atribuir “entidad” a cualidades personales que, en el momento actual, carezcan de ella.

⁵⁶⁵ STS 18 septiembre 1989 (Tol 1732436)

⁵⁶⁶ SAT Valencia 9 mayo 1984 (RGD 1984, p. 2455)

⁵⁶⁷ SAT Palma de Mallorca 23 febrero 1987 (RGD 1988, p. 625)

⁵⁶⁸ SAT Cáceres 18 julio 1987 (RGD 1988, 6541)

⁵⁶⁹ SAP Álava 27 febrero 1995 (AC 1995, 858)

⁵⁷⁰ SAP Toledo 14 noviembre 2001 (Tol 140686)

⁵⁷¹ SAP Madrid 24 mayo 2019 (Tol 7388024)

⁵⁷² SAT Granada 14 diciembre 1987 (RGD 1988, p. 7468)

⁵⁷³ SAP Palma de Mallorca 18 enero 1993 (RGD 1993, p. 2582)

⁵⁷⁴ SAP Islas Baleares 5 junio 2006 (JUR 2006, 253511)

⁵⁷⁵ SAP Valencia 21 julio 2021 (SAP Valencia 388/2021). El interés del fallo de esta sentencia radica en que “desvincula” la homosexualidad del otro contrayente del ámbito de la nulidad matrimonial cuando, aun existiendo tal orientación sexual, esta haya carecido de incidencia alguna en el desenvolvimiento de la relación matrimonial y, más concretamente, en orden al mantenimiento de relaciones sexuales con la esposa. “Si la condición homosexual de la persona impide los fines esenciales del matrimonio buscados por la persona, siempre que tales cualidades sean tan importantes ya porque imposibiliten al afectado la asunción de las cargas matrimoniales o ya porque supongan para el otro cónyuge la asunción de unas obligaciones personales, o imposibiliten el cumplimiento de los fines que son los buscados en la generalidad de las personas y en el caso concreto en un matrimonio heterosexual, se debe declarar la nulidad del matrimonio. Sin embargo, la ocultación de prácticas homosexuales sin más como dice la sentencia de instancia no debe determinar *per se* la nulidad del matrimonio. No se ha probado si por supuestamente haber realizado prácticas homosexuales y haberlas ocultado ello ya imposibilitaba al apelante a cumplir los fines esenciales buscados en el mismo por la apelada”.

En definitiva, la homosexualidad en sí misma no dará lugar a la nulidad cuando, aun existiendo, no haya sido obstáculo en orden al mantenimiento de las relaciones sexuales propias de un matrimonio heterosexual.

⁵⁷⁶ SAP Cádiz-Ceuta 4 diciembre 2006 (AC 2007, 1026)

⁵⁷⁷ SAP Madrid 10 julio 2007 (Tol 2039407)

⁵⁷⁸ SAP Zamora 25 mayo 2018 (Tol 6701850)

⁵⁷⁹ SAP Barcelona 15 enero 2020 (Tol 7740945)

Para el caso de que el error haya sido inducido por la conducta dolosa del otro contrayente (“error doloso”)⁵⁸⁰, si ha habido convivencia⁵⁸¹, podrá pedirse la indemnización ex art. 98 CC, además del resarcimiento por los daños causados al resultar inútiles los gastos y obligaciones contraídos en atención al matrimonio proyectado, e, incluso, la reparación del daño moral causado (al amparo, en opinión de DE VERDA Y BEAMONTE, del art. 1902 CC)⁵⁸².

XIII. LA COACCIÓN Y EL MIEDO GRAVE

1. Preliminar

El número 5º del art. 73 CC cierra la enumeración de los vicios del consentimiento matrimonial estableciendo:

“Es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: el matrimonio contraído por coacción o miedo grave”⁵⁸³.

Llama la atención la ambivalencia con la que el legislador emplea a lo largo de todo el artículo los términos “celebrado” y “contraído”, a los que parece atribuir el mismo contenido, aun no siendo así. Mientras el primero (“celebrado”) hace referencia a la dimensión formal del negocio matrimonial, el segundo (“contraído”) parece referirse a la validez misma de la unión.

⁵⁸⁰ El error doloso en materia matrimonial se presenta como una realidad de gran importancia, como se puede comprobar en la vida real, y es que en un buen número de supuestos de error acerca de una cualidad personal del otro contrayente, el contrayente que padece el vicio fue inducido a ello por una conducta calificable como dolosa desplegada por el otro, y materializada en reticencias o dolo omisivo (así, silenciar que se padece una impotencia *coeundi* de la que el afectado tiene pleno conocimiento, o asimismo el engaño acerca de su orientación sexual; supuesto este al que, de algún modo, habría que reconducir también otro similar: el de la existencia de dudas fundadas acerca de la orientación sexual por parte de uno de los contrayentes y que, sin embargo, este no pone en conocimiento del otro con anterioridad a la celebración. Así, SAP Baleares 5 junio 2006 (JUR 2006, 253511).

Con todo lo anterior, el ámbito en el que actualmente se desenvuelven las relaciones sociales, y en el que el mantenimiento de relaciones sexuales aparece desligado del matrimonio y, por ende, de la misma estabilidad de la relación, hará muy improbable el desconocimiento por la otra parte de tales circunstancias, con lo que la alegación en su caso del error padecido previsiblemente carecería de todo fundamento.

El juego del dolo omisivo, de las reticencias dolosas, del callar aquello que se conoce y se debió manifestar al otro, sólo puede imaginarse tratándose de otros supuestos de error, como los referidos a la salud, a la existencia de antecedentes poco edificantes, existencia de hijos, e incluso, en lo relativo a la cualificación profesional.

⁵⁸¹ La circunstancia de la existencia de convivencia entiendo será desde luego relevante a los efectos del art. 98 CC, pero en el caso de que esa convivencia no haya existido, ello no cerraría la posibilidad de instar el resarcimiento por daños y la reparación del daño moral.

⁵⁸² DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “El error”, cit.

⁵⁸³ Resulta obvia la circunstancia que, además se desprende con claridad del precepto, de la esencialidad de ambos vicios del consentimiento para que constituyan causa de nulidad matrimonial (“matrimonio contraído “por” coacción o miedo grave”). Por no concurrir ese carácter determinante para la prestación del consentimiento la SAP Madrid 26 mayo 1998 (AC 1998, 1066), que recogen DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad”(Las Crisis Familiares) ,cit., p. 90, desestimó la demanda de nulidad del matrimonio contraído por un contrayente de edad avanzada con una mujer más joven, alegando que “la amenaza, no acreditada, de ser abandonado por la demandada “si no contraían matrimonio lo antes posible”, pudiera dar lugar a la nulidad por la vía del art. 73.5º CC, al no tener una influencia decisiva en orden a la prestación del consentimiento matrimonial, ya que los cuidados que aquella le prestaba “podían ser desempeñados por otras personas en régimen de arrendamiento de servicios”.

Dicha ambivalencia se muestra caprichosa por cuanto se refiere a su utilización, ya que en tanto que en los números 1º, 2º y 4º del art. 73 CC, el legislador se refiere al matrimonio “celebrado”, en los apartados 3º y 5º del mismo opta por el término “contraído”.

Esa alternancia parece responder a razones estilísticas. Para no repetir un mismo término, se acude a la alternancia de aquellos, si bien, esta carece de fundamento, puesto que en todos los números del art. 73 CC un criterio técnico exigiría el empleo en todos ellos de la expresión matrimonio “celebrado”, y no de la de matrimonio “contraído”. Ello porque en unos casos no cabe convalidación, y en otros, aun siendo posible aquella, no puede hablarse propiamente de matrimonio “contraído”, sino después de caducar la acción de impugnación y sanarse el negocio.

Podemos pensar que la explicación a lo anterior se encuentre en que esa alternancia se refiera a la posibilidad o no de convalidación del negocio. Así, cuando esa convalidación no fuera posible, se optaría por la expresión “matrimonio celebrado”, y, al contrario, cuando sí lo fuera, por la de “matrimonio contraído”. Este planteamiento, sin embargo, se rompe en el número 4º (error en la identidad del otro o en cualidades personales de entidad determinantes de la prestación del consentimiento), en el que cabe la convalidación (ex art. 76.2 CC), y en el que, pese a ello, la expresión utilizada es la de “matrimonio celebrado”. A la inversa, se habla de matrimonio “contraído” en el número 3º, cuando debería hacerse de “celebrado”, ya que, en principio, no cabe la convalidación.

En cuanto al número 2º, la propia excepcionalidad de la dispensa justificaría la expresión “celebrado”, y, sin duda, procedería también su empleo para el número 1º del art. 73 CC.

Sea lo que fuere, tratándose de los supuestos de coacción y miedo grave, el legislador habla de matrimonio “contraído” por coacción o miedo grave”.

2. Antecedentes

Como ya se manifestó anteriormente, en lo relativo a la coacción y al miedo, el precepto que surge de la reforma de 1981 no se aleja de sus precedentes inmediatos. Las dos grandes novedades del art. 73 CC se encuentran, por un lado, en su número 1º y en su apartado 4º, por otro.

Se entiende que, tratándose de la coacción o del miedo, el legislador de 1981 no tuviera la necesidad de alterar los precedentes⁵⁸⁴ e introducir una regulación nueva que se apartare de la anterior. A ello se añade, la gran diferencia cuantitativa existente en la realidad social, entre los supuestos de error en cualidad personal y aquellos otros en los que podría apreciarse la existencia de un consentimiento viciado por coacción o miedo grave.

La propia evolución de la realidad social española aumentó los casos de error de un contrayente sobre cualidad personal del otro, así como de los llamados matrimonios “de

⁵⁸⁴ Aludiendo a la subsistencia en la norma de 1981 de esa misma brevedad normativa anterior a la modificación, en cuanto a las circunstancias de este vicio, que deberán precisarse por la jurisprudencia en su función complementadora del ordenamiento jurídico, GARCÍA CANTERO, G: recogiendo el punto de vista de ESPÍN CÁNOVAS: “Comentario al art. 73”, cit., pp. 225-226.

conveniencia” y a la vez, disminuyó los supuestos de consentimiento viciado por coacción o miedo grave.

La coacción y el miedo grave en materia matrimonial son posibles fuera del ámbito familiar (producidos por terceros), pero ello no es obstáculo para afirmar que en un modelo de familia patriarcal de respeto y sumisión absoluta de los hijos a los padres, el temor de estos a desagradarles e incluso, a las consecuencias económicas que ello podría ocasionar al hijo o hija, sobre todo en zonas rurales, constituyen un contexto propicio para la existencia de matrimonios afectados por alguno de estos vicios.

Dicho de otra forma, el cambio en el modelo de familia y, consiguientemente, en las relaciones entre padres e hijos que se produce en el periodo post constitucional, convirtieron en muy raros estos casos de matrimonios celebrados mediando alguno de estos vicios producidos no ya por terceras personas, sino también, por personas allegadas al contrayente (padres, hermanos...)

En definitiva, esa mayor libertad y autonomía de los sujetos propias del tiempo postconstitucional, el cambio de modelos familiares y, más concretamente, la desaparición de modelos autoritarios en las relaciones de padres e hijos, chocan con la posibilidad de matrimonios celebrados mediando coacción o miedo⁵⁸⁵, al menos cuando “la fuerza o la causa del miedo” (art. 76.2 CC) provienen de padres u otros familiares próximos al sujeto que padece el vicio.

De otro lado, la elevación de la edad para contraer matrimonio y la misma realidad social demostrativa de que la edad media a las que las personas se casan supera con creces la edad legal, hacen mucho más improbables estos supuestos.

Lo anterior no convierte la norma en superflua no sólo por lo que respecta a nuestra realidad social, sino en relación a la horrible práctica de los llamados “matrimonios forzados”⁵⁸⁶ en otros ámbitos y culturas, inaceptables en España por ser contrarios al orden público y lesionar la libertad, valor superior del ordenamiento jurídico español (art. 1.1 CE), el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el derecho a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), que, como afirman el art. 16.2 de la DUDH y el art. 23.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes (DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS).

⁵⁸⁵ Pensemos por ejemplo en el supuesto del llamado “temor reverencial”, presente todavía en el último párrafo del art. 1267 CC. Véase al respecto nota 109 del presente capítulo. Aunque la gran transformación experimentada en los modelos familiares de nuestro tiempo hace pensar en la escasa frecuencia con la que se plantearan supuestos encuadrables en la tradicional figura del temor reverencial, no puede ignorarse la posibilidad de que aquella se presente en ámbitos distintos de los familiares, por ejemplo, en el de las relaciones laborales.

⁵⁸⁶ Recientemente, y poniendo de manifiesto la necesidad de poner en conexión el número 5º del art. 73 con la prohibición de los matrimonios forzados, que, aunque son admisibles en la cultura islámica (que comprende a numerosos inmigrantes llegados actualmente a nuestro país) no pueden ser aceptables en España, por ser contrarios al orden público, al lesionar la libertad, valor superior del ordenamiento jurídico español (art. 1.1 CE), el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el derecho a contraer matrimonio, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO, MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las crisis familiares*), cit., pp. 88-89.

La utilidad de la norma es clara, aunque se aplicara más a las realidades anteriores, que a las manifestadas en la sociedad española actual.

Ese carácter meramente residual del supuesto en 1981 explicaría que el legislador (el de 1981) mantuviera la continuidad con el de 1889⁵⁸⁷. No se quiebra con el modelo anterior, sino que, por el contrario, se continuaría con este, a diferencia de lo que ocurrió con el error, como expusimos con anterioridad.

3. El art. 101. 2º CC en su redacción originaria

La mención de la coacción y del miedo grave se contenía en el número 2º del art. 101 CC en su redacción de 1889, redactado en los siguientes términos:

“Son nulos:

2º El (matrimonio) contraído por error en la persona, o por coacción o miedo grave que vicie el consentimiento”.

El precepto comprendía en un mismo párrafo error, coacción y miedo grave. La nueva y distinta consideración del error en la reforma de 1981, rompió dicha enumeración trimembre y situó el error en un apartado propio (73. 4º CC), dejando así la coacción y el miedo en el párrafo 5º del precepto vigente.

La especial naturaleza del sistema matrimonial vigente en aquel momento y explicativa de todas las particularidades de la legislación matrimonial española de la época, justificaban la poca atención que se dedicó a ese apartado 2º del art. 101 originario por parte de la civilística: referencias a que la gravedad exigida para que el miedo o la coacción invaliden el matrimonio deberá estimarse como cuestión de hecho por los Tribunales, pero en función de las condiciones subjetivas del que padeciere el miedo o la coacción, y asimismo el carácter esencial o determinante del vicio (“El matrimonio se contrae, precisamente, a causa del miedo o de la coacción padecidos” (SANCHO REBULLIDA)⁵⁸⁸).

Si bien, puede observarse en el precepto originario una mayor exactitud en lo relativo a la calificación jurídica ya que denomina expresamente a la coacción y al miedo como “vicios

⁵⁸⁷ La denominada *Propuesta de Código Civil* elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC), 2018, Madrid, Tecnos, p. 369, contiene alguna novedad en la materia que se trata. El art. 216.1, que contempla las causas de nulidad matrimonial, en su apartado f), viene redactado en los siguientes términos: “Es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: f) El matrimonio celebrado por un contrayente que ha sido intimidado para prestar su consentimiento, en los términos previstos en el artículo 527-8”.

Por su parte, el art. 527-8 establece: “Puede anular el contrato la parte que haya sido intimidada para prestar su consentimiento, con una amenaza injusta, que provoque un temor racional y fundado de un mal inminente y grave, de acuerdo con las circunstancias, incluidas la edad y condición de la persona, siempre y cuando no haya tenido una alternativa razonable a la perfección del contrato”.

Se pretende huir de la dualidad (“coacción o miedo grave”) contenida en el vigente art. 73. 5º CC, y de los problemas de diferenciación que aquella presenta, y se opta por una sola figura (la de la intimidación que provoca el temor racional y fundado de un mal inminente y grave).

⁵⁸⁸ SANCHO REBULLIDA, F, DE A: “Comentario al art. 101”, cit., p. 323.

del consentimiento”, referencia que desaparece en la redacción de 1981 que optó por mantener sin cambios el término (matrimonio) “contraído”.

4. La Coacción

A) Problemas de delimitación de la figura

Las figuras de coacción y el miedo como vicios del consentimiento matrimonial han arrastrado desde antaño problemas de configuración y delimitación que, además, no atraían la atención de la doctrina ni de la jurisprudencia debido a la naturaleza y caracteres del sistema matrimonial. Se entendía que las diferenciaciones eran más de la canonística que de los estudiosos del Derecho civil. Tampoco la jurisprudencia tuvo ocasión para abordar esta temática por el carácter residual del matrimonio civil en la realidad social española con anterioridad a la entrada en vigor de la CE.

Dichos problemas de delimitación permitieron replantear la coacción y el miedo grave en el matrimonio con referencia a los contratos patrimoniales, puesto que, a falta de otras especificaciones, el recurso a los arts. 1267-1268 CC, aparecía como una vía adecuada.

A pesar de ello, los problemas de delimitación continuaban. Mientras que, en materia de contratos, el CC se refiere a la violencia, a la intimidación (comprensiva del miedo, como resultado de aquella), e incluso, al llamado “temor reverencial”, el art. 101.2 originario y, después, el 73. 5º, emplean diferente terminología. Omiten toda referencia a la “violencia”, haciéndola sólo a la “coacción” y, además, no contienen ninguna referencia en el marco de los vicios del consentimiento matrimonial al denominado “temor reverencial”, cuya irrelevancia en el ámbito contractual se afirma, sin duda alguna, por el art. 1267, inciso final, CC)⁵⁸⁹.

B) “Coacción o miedo grave, frente a “Coacción y miedo grave”: ¿una misma causa o dos causas de nulidad diferenciadas?

Lo anterior nos lleva a un panorama confuso, a lo que se añade la defectuosa manera en que el legislador de 1889 se expresa, así como también el de 1981, por cuanto a la enumeración de estos vicios se refiere: “por coacción o miedo grave”. Puede que esa “o”, hubiere debido ser sustituida por una “y” (“por coacción y miedo grave”), y así quedaría más claro que se está ante dos vicios del consentimiento distintos, “coacción”, de un lado, y “miedo grave”, de otro⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ No faltan quienes defienden un total paralelismo entre la terminología del art. 73. 5º CC y las figuras de la violencia y la intimidación de que habla el CC en materia de contratos, así GARCÍA VARELA, R: “Comentario al artículo 73 del CC”, en AA. VV: *Comentario del Código Civil* (coord. por I. SIERRA GIL DE LA CUESTA,), T. I, Arts.1-89, Bosch, Barcelona, 2006, p. 520. Llama la atención que, incluso, refiriéndose a la “fuerza irresistible” que integra el concepto de “violencia” en el art. 1267 CC, no se haga referencia a la necesaria reconducción del supuesto al ámbito del número 1º del art. 73 CC, y no al propio del art. 76 CC.

⁵⁹⁰ En contra de este punto de vista, LÓPEZ ALARCÓN, M Y NAVARRO VALLS R: “Comentario al art. 73”, cit., pp. 713-715, para quienes la conjunción “o” se emplea en función de equivalencia y no disyuntiva. Recogiendo el parecer según el cual se estaría ante dos causas de nulidad, describen este punto de vista (que rechazan) del siguiente modo: “La coacción, que se identificaría con la violencia o *vis absoluta* y el miedo o *vis compulsiva*”. La defensa del empleo de la conjunción “o” en función de equivalencia, la alegan afirmando que “la violencia física como capítulo de nulidad tiene su asiento legal en otros textos que la describen con más propiedad y exactitud (art. 1267. 1 CC);

El empleo de la expresión “coacción o miedo grave”, no lleva a una identificación de ambos, como si se tratara de un único vicio, pero no puede negarse, tampoco, que presenta menor claridad que si se hubiere empleado la señalada anteriormente (“coacción y miedo grave”).

¿Tiene sentido que el legislador describa una única causa de nulidad “descomponiéndola” en causa y resultado? Por otro lado, la dicción literal del art. 76.2 CC se refiere, de una parte, a la cesación de “la fuerza” y, de otra, a la de “la causa del miedo”, con lo que no parece que se esté contemplado una misma causa⁵⁹¹.

Quienes defienden que se trata de un único vicio, y que la conjunción “o” se emplea en función de equivalencia y no de disyuntiva (DE PABLO CONTRERAS⁵⁹², LÓPEZ ALARCÓN- NAVARRO VALLS), alegan, con base en precedentes canónicos, que la coacción o intimidación y el miedo son elementos necesarios para que se configure este complejo vicio del consentimiento⁵⁹³. Parece claro que el propósito del legislador de 1981 fue otro: en lugar de identificar coacción e intimidación y de dirigir la primera a la violencia o *vis absoluta*, le atribuye un contenido propio y distinto del de la “fuerza irresistible” a que se refiere el párrafo primero del 1267 CC, cuya delimitación exacta (no exenta de polémica) guarda quizá relación con el término “fuerza” del art. 76.2 CC.

De otro lado, partiendo de que el empleo de la “coacción” engendra miedo o temor en quien la sufre, no puede, sin embargo, identificarse este miedo con el “miedo grave” al que el legislador se refiere a continuación, y al que configura como una causa de anulabilidad del negocio matrimonial distinta de la coacción, cuya causa generadora será la intimidación (con el alcance y en los términos recogidos para los contratos por el párrafo segundo del art. 1267 CC)

En conclusión, ni la coacción puede identificarse con la “fuerza irresistible” del 1267 CC, ni el miedo que aquella genere en quien la sufre con el “miedo grave” del número 5º del art. 73 CC. La causa generadora de este último deberá buscarse en una conducta intimidatoria, en los términos previstos en el párrafo segundo del citado art. 1267CC.

Por otra parte, aun entendiéndose que el legislador esté haciendo referencia a dos vicios del consentimiento diferenciados, quedaría en el aire la que, en su caso, sería “causa determinante” del “miedo grave”. Y es que el “miedo grave” es consecuencia de la causa que lo genera, pero ¿cuál sería esa causa generadora del miedo al que el legislador exige su

por otro lado, la coacción o intimidación, como la denomina el art. 1267.2 y el miedo son elementos necesarios para que se configure este complejo vicio del consentimiento”.

⁵⁹¹ A favor de la existencia de dos causas distintas y diferenciadas de nulidad, SAP Barcelona 13 enero 2004 (JUR 2004, 52639), que recogen DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad (*Las Crisis Familiares*), cit., p. 89, que consideró que no existieron la coacción ni el miedo grave que adujo la demandante como causa de nulidad, al faltar “aquella presión psicológica inmediata o continuada y sin posibilidad de respuesta en la actora, que limase su verdadera voluntad”.

⁵⁹² DE PABLO CONTRERAS, P: “Comentario al art. 76 CC”, en AA. VV: *Código Civil Comentado*, Vol. 1º (dir. por A. CAÑIZARES LAZO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO Y, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2011, cit., p. 458

⁵⁹³ LÓPEZ ALARCÓN, M Y NAVARRO VALLS: R: “Comentario al art. 73”, cit., p. 713.

cualificación como “grave” para la anulación del matrimonio? Si se entiende que esa causa es la “coacción” que genera ese “miedo grave”, se negaría cualquier tipo de autonomía a este último (“al miedo grave”) como vicio del consentimiento, puesto que el mismo no sería más que consecuencia de la “coacción” y no merecería un tratamiento independiente⁵⁹⁴. Sería suficiente, por tanto, con hablar de “coacción”.

De entenderse, por el contrario, que el “miedo grave” es para el legislador un vicio del consentimiento distinto del de la “coacción”, surgiría la cuestión de determinar la/s causa/s productora/s del “miedo”. Es decir, el legislador estaría haciendo referencia a un efecto o consecuencia, cuya concurrencia sería la de viciar el consentimiento, pero cuya/s causa/s el legislador no determina.

La autonomía del “miedo grave” implicaría, por ello, su separación de la “coacción”. En caso contrario, es decir, si se le presenta como efecto de la “coacción”⁵⁹⁵, no tendría ningún sentido esa mención separada ya que se englobaría en aquella.

Los problemas de delimitación no terminan aquí y se refieren también a la exacta delimitación de la “coacción” ex art. 73. 5º CC. ¿Sería posible la “violencia” en el ámbito de la “coacción”?, ¿cabría la “intimidación” en ese mismo ámbito? El primero de los interrogantes se ha de responder negativamente, puesto que la definición de la “violencia” contenida en el art. 1267.1 CC la excluye, de forma clara, del ámbito de la “coacción”.

C) La “fuerza irresistible” del art. 1267. 1 CC no encaja en el ámbito de la “coacción” del núm. 5º del art. 73 CC

En caso de emplearse “una fuerza irresistible para arrancar el consentimiento”, no hay duda alguna, ya que el supuesto se reconduciría necesariamente al número 1º del art. 73 CC (inexistencia de consentimiento) (DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS).

Señalan acertadamente los dos autores citados anteriormente, que “dada la forma que acompaña la celebración del matrimonio, es un supuesto que raramente se dará en la práctica”⁵⁹⁶.

Partiendo de que la “violencia” no cabe en la “coacción”⁵⁹⁷, ¿cabría, sin embargo, la “intimidación”? Una respuesta afirmativa chocaría con la consideración separada del

⁵⁹⁴ Un buen ejemplo de lo que se acaba de decir, el del art. 1267, párrafo segundo, del CC: “Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave...” El temor es la consecuencia de la intimidación. Es la intimidación la que “genera” el temor. No tendría sentido considerar separadamente al temor, con independencia de la intimidación.

⁵⁹⁵ Sin perjuicio de admitir que la “coacción” engendra “miedo”, es claro, que cuando el legislador se refiere al “miedo grave” en el número 5º del art. 73 CC, no lo está haciendo al miedo que la “coacción” genera, sino a una causa de anulabilidad distinta de la “coacción”.

⁵⁹⁶ El ejemplo que los autores anteriores recogen es el siguiente: “el padre de la novia, ante la pregunta del celebrante de si quiere contraer matrimonio y, sin que éste lo advierta, le mueve la cabeza para que haga una señal de asentimiento”. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., p. 89.

⁵⁹⁷ Un punto de vista diferente es el de GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al art. 73”, cit., p. 226, para quien la coacción o *vis absoluta* debería ser una causa de inexistencia del matrimonio por ausencia total de consentimiento, con lo que se estaría ante un “no acto” cuyo adecuado cauce de impugnación sería el número 1º del art. 73. “Pero

“miedo grave” que hace el legislador en el número 5º del art. 73 CC, y que sólo tiene sentido si se le considera como “efecto” o “consecuencia” de la “intimidación”. Es la existencia de “intimidación” la que se producirá como consecuencia del “miedo grave”. Cuando el legislador se refiere al “miedo grave” (“temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave”), presupone, necesariamente, la causa de aquél: la “intimidación”. Esta afirmación parece confirmada por el legislador en el párrafo segundo del art. 76 CC, en el que se hace referencia a “la causa del miedo”, la cual no puede ser otra que la “intimidación” que lo produce (DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS).

Los autores a que se nos acabamos de referir definen la intimidación como “una amenaza, objetivamente seria, de sufrir un daño inminente y grave⁵⁹⁸ en la persona o bienes de quien lo sufre o en los de sus allegados. Se trata de una conducta que provoca un estado de

la paridad de tratamiento con el miedo inclina a la doctrina a dar de la violencia aquí contemplada un concepto amplio, de modo que en la práctica, siempre que se ejerza una amenaza violenta, gravísima y simultánea o cuasi simultánea al momento de contraer y realizable inmediatamente a la negativa del matrimonio, cabe hablar de violencia, porque aunque queda una posibilidad de elección, el matrimonio, o sufrir la realización de aquella violencia, dicha posibilidad se presenta tan desproporcionada que puede considerarse una forma de arrancar el consentimiento”.

⁵⁹⁸ Es claro que la gravedad se exige no solamente en el supuesto de que la amenaza se dirija contra la persona o bienes materiales o morales del amenazado, sino también contra la persona o bienes de sus descendientes o ascendientes, si bien, la fuerza intimidatoria de las amenazas a parientes tendrá que valorarse en función del afecto y de las relaciones que tenga con aquéllos el contrayente, y, por lo que respecta a las amenazas contra los bienes, habrá que calificarlas teniendo en cuenta, bien el aprecio de aquéllos por parte del *patiens*, bien, la situación patrimonial a que se vería abocado si la amenaza llegara a cumplirse.

De otra parte, la gravedad se ha de medir atendiendo al criterio objetivo de que racional y fundadamente la coacción intimide a personas sensatas que por su normal constitución conocen sus posibilidades de resistir a las amenazas atendiendo tanto a la propia naturaleza de la amenaza, como al carácter más o menos decidido del que la causa y los recursos defensivos de que dispone el que padece el miedo, según su edad, sexo y condición, como expresa el art. 1267.3 CC.

Por último, la gravedad del miedo está en función, como dispone el párrafo 2º del mismo art, de que el mal amenazado sea inminente, lo que no ha de interpretarse en sentido literal como acaecimiento inmediato, ya que hay males de ejecución futura que pueden afectar gravemente al que sufre el miedo dentro de los criterios de racionalidad, objetividad y subjetividad antes expresados, LÓPEZ ALARCÓN, Y NAVARRO VALLS, R: “Comentario al art. 73”, cit., p. 714.

Dentro de este ámbito de gravedad del daño se podrían incluir otras cuestiones como, por ejemplo, la referida al llamado “miedo reverencial”. En opinión de LÓPEZ ALARCÓN, M Y NAVARRO VALLS, R: “Comentario al art 73.”, cit., p. 714, la cual comparto, el criterio negativo por lo que respecta a su relevancia recogido en el apartado 4º del art. 1267 CC, requiere ser matizado. Y es que, aun faltando el elemento externo de la coacción o amenaza, como regla general, y en la que se fundamenta su irrelevancia, sin embargo, “cuando ésta existe, aunque no sea de gran fuerza intimidatoria, como insistentes presiones, gestos desabridos, acciones hostiles, reiteradas muestras de contrariedad, etc. puede agravarse dicha fuerza intimidatoria por la situación de reverencia o subordinación en que se encuentra el sujeto amenazado, cuya inferioridad respecto del *incutiens* resalta con entidad bastante las notas de gravedad y exterioridad suficientes para producir el temor causativo del miedo invalidante. A fin de cuentas, el temor reverencial es el mismo miedo común, en el que los comportamientos en que consiste la amenaza, leve en sí, se agrava por la situación dependiente del amenazado y el temor a caer en la indignación duradera e insoportable del superior al prolongarse una relación difícil para ambas partes que puede acabar cuando cede la parte más débil en favor de las pretensiones de la más fuerte”.

temor, que, si bien no excluye la voluntad, no obstante, impide que esta se forme libremente”⁵⁹⁹.

¿Qué se puede decir, entonces, de la “coacción”? De “coacción” hablaba el art. 101.2 CC originario y de “coacción” habla, asimismo, el número 5º del art. 73 CC, sin embargo, en el ámbito de los vicios del consentimiento contractual se echa de menos dicho término.

Si optamos por la improcedencia de incluir la “intimidación” en el ámbito de la “coacción”, por entender que la misma estaría incluida en el ámbito del efecto mismo que genera (“miedo grave”), se debería determinar en qué consiste la “coacción”, es decir, cuál es su contenido, dada esa imposibilidad de identificarla con la “intimidación”.

La “intimidación” no solamente no se identificaría con la “coacción”, sino que tampoco podría comprenderse en esta última.

Podría concluirse que el contenido de la “coacción” como vicio del consentimiento se integraría por comportamientos o conductas que no podrían dirigirse a lo que el legislador entiende por “violencia” ex art. 1267.1 CC, de un lado, ni a la descripción que realiza de la “intimidación” ex art. 1267.2 CC, de otro.

Se entendería, entonces, que cuando el legislador se refiere a “la fuerza” (“haber cesado la fuerza”) en el párrafo segundo del art. 76 CC, lo está haciendo a esa realidad que denomina “coacción” en el número 5º del art. 73 CC, realidad que, como se acaba de decir, no podría dirigirse ni a la “violencia”, ni a la “intimidación”.

No es posible compartir la opinión de aquellos que consideran que el legislador se está refiriendo en ese número 5º del art. 73 CC con el término “coacción” a “un concepto amplio de la violencia” que acaba por identificarse con la intimidación.

Se pretende que, sin renunciar a admitir la “violencia” dentro de la figura, por entenderse esta de forma amplia, lo que la convertiría en una “intimidación violenta”, podría encuadrarse, de esta forma, en el ámbito de la anulabilidad, evitando, así, dirigirla al supuesto de inexistencia del consentimiento ex art. 73. 1 CC (MARTINELL GISPERT-SAUCH Y GARCÍA CANTERO).

Para este punto de vista, estaríamos ante un problema de “encuadramiento” de las figuras. Si la coacción a la que se refiere el precepto se identificase con la *vis absoluta*, el encaje desaparecería al tratarse de un supuesto de inexistencia del consentimiento. Por ello, se entiende que el número 5ª contendría dos supuestos de diferente naturaleza: uno de *vis absoluta* (coacción), dirigible al número 1 del art. 73 CC, y, por tanto, de inexistencia del consentimiento, y otro (miedo grave) que sería de consentimiento viciado y que, por tanto, seguiría encajando en el párrafo segundo del art. 76 CC.

Al respecto, entiendo que se trataría de una interpretación forzada del precepto ya que supone prescindir de la terminología empleada por el propio legislador. Así, mientras que en el ámbito de los contratos patrimoniales el legislador se refiere a la “violencia” y a la

⁵⁹⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., p. 89.

“intimidación”, como figuras diferentes, en el del negocio matrimonial, art. 73. 5º CC, lo hace a la “coacción” y al “miedo grave”.

El alcance del término “coacción” no puede completarse recurriendo al de “intimidación” ni aun en sentido amplio (es decir, configurándola como una “amenaza violenta, y gravísima”), porque en dicho caso estaríamos en la que el art. 76 CC denomina “la causa del miedo”. Mas bien, habría que acudir a lo que el precepto anterior denomina “la fuerza”.

Y es que, si por “causa del miedo” entendemos la intimidación, el contenido de lo que el legislador denomina “la fuerza” en el citado art. 76.2 CC sería otro, sin que pudiera servir a este fin, la referencia a la violencia comprendida en el párrafo primero del art. 1267 CC, en sede de contratos.

Este último punto de vista tiene la ventaja de no producir ninguna alteración de las figuras. No existe ninguna referencia a la “violencia” en el art. 73 CC, pero sí en el párrafo primero del 1267 CC. Así, la presencia de la “violencia” por cuanto respecta al consentimiento matrimonial, excluye este completamente, de ahí que, de darse tal posibilidad (cosa bastante improbable), el supuesto se encuadraría en el número 1º del art. 73 CC.

No existe tampoco referencia alguna a la “intimidación” en ese número 5º del art.73 CC, pero sí al “miedo grave”, por lo que, en consecuencia, el legislador está contemplando la “intimidación” (aunque sin nombrarla) como “causa del miedo” (art. 76.2 CC). Respecto a aquello que haya de entenderse por “intimidación”, el legislador lo resuelve remitiendo a lo establecido para los contratos (1267.2 CC).

La “coacción”, cuyo contenido no se integraría ni por la “violencia” del 1267. 1 CC, ni por la “intimidación” del 1267. 2 CC, se referiría a esa realidad que el legislador denomina “fuerza” en el apartado segundo del art. 76 CC, y cuya delimitación no resulta en nada fácil.

En cualquier caso, el efecto psicológico de la “coacción” es igualmente el de generar miedo o temor, aunque la causa generadora de ese miedo no sea la “intimidación”, sino otra distinta a la que el legislador denomina “fuerza”.

5. El miedo grave

Para que el miedo constituya, en su caso, vicio del consentimiento matrimonial, el legislador de 1981 (como anteriormente el de 1889) exige que sea “grave”⁶⁰⁰.

A) Exteriorización de la amenaza

⁶⁰⁰ Aludiendo a los requisitos del miedo como vicio del consentimiento matrimonial, sin desarrollarlos y apoyándolos en la jurisprudencia de los tribunales eclesiásticos GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al art. 73”, cit., p. 226.

No cabe duda de que ese miedo ha de ser inspirado por otro, bien por el otro contrayente, o bien, por un tercero, lo que es igual que decir que no podrá encontrar su causa en el propio sujeto que lo padece (miedo a la soledad, miedo a las estrecheces económicas)⁶⁰¹.

B) Destinatarios de aquella

Una cuestión interesante, y que suele eludirse a la hora de tratar la figura, es la relativa a la de si la intimidación o amenaza generadora del miedo (a “la causa del miedo”, se refiere el párrafo 2º del art. 76 CC), ha de tener, necesariamente, como destinatarios a los sujetos mencionados en el art. 1267.2º CC (en sede de contratos), o por el contrario, ha de entenderse que existiría también cuando se refiera a otras personas no incluidas en aquella enumeración (vgr. un amigo al que el amenazado profese un afecto entrañable, sea o no pariente). A favor de este punto de vista, se encontraría de un lado, la personalización del negocio matrimonial (que justificaría extender el ámbito de aplicación más allá del círculo de personas enumeradas en el 1267.2 CC, precepto propio de los contratos patrimoniales), y de otro, que “lo importante es que se cause un temor que constriña de forma “grave” la voluntad de quien formalmente consiente” (DE PABLO CONTRERAS)⁶⁰².

C) Gravedad del miedo

Esa “gravedad” del miedo plantea la duda de si hay que entenderla referida a la causa misma que lo provoca, es decir, a la intimidación, o, por el contrario, al miedo en sí mismo. Es decir, ¿es la intimidación la que ha de ser “grave”, o, por el contrario, la “gravedad” se exigiría del miedo en sí, de su misma intensidad?

Parece que haya de optarse por la segunda de las alternativas ya que hacerlo por la primera, y referir la “gravedad” a la causa del miedo, es decir, a la intimidación, no tendría sentido, puesto que la gravedad de la intimidación se encuentra comprendida en la definición que de aquella nos ofrece el legislador en el párrafo segundo del art. 1267 CC (la amenaza lo ha de ser de un “mal inminente y grave”). Por ello, referir la “gravedad” a la causa del miedo supondría una total redundancia.

De esta forma, aquella se refiere al carácter esencial o determinante del miedo padecido: de no haber existido la intimidación, el matrimonio no hubiere llegado a celebrarse.

D) Miedo grave y maquinación dolosa

Cuando en materia de vicios del consentimiento matrimonial se hace referencia al dolo, suele circunscribirse este al ámbito del error en cualidad personal de entidad. Se trata de un error sufrido por el contrayente que padece el vicio, pero provocado o inducido por el

⁶⁰¹ Lo que la doctrina denomina “exterioridad de la amenaza”. Consecuentemente, se insiste en que carecerán de relevancia los hechos naturales que puedan impresionar a las personas, como tempestades, seísmos y otros fenómenos, ni tampoco los temores que puedan tener un origen puramente interno y que se llaman sospechas de miedo, tanto de orden natural como sobrenatural. En este sentido, LÓPEZ ALARCÓN, M Y NAVARRO VALLS, R: “Comentario al art. 73”, cit., pp. 714-715. Con todo ello, los autores citados afirman que “aun en supuestos de un temor predominantemente subjetivo, si hay una conexión razonable con una circunstancia externa, adquiere el miedo la suficiente dosis de exterioridad, como las amenazas de suicidio de un sujeto, que pueden inducir en otro un grave temor a la propia responsabilidad si llegara a consumarse la amenaza y que puede ser suficiente para impelerle por ese temor a la celebración del matrimonio”, “Comentario al art. 73”, cit., pp. 714-715.

⁶⁰² DE PABLO CONTRERAS, P: “Comentario al art. 76 CC”, cit., p. 458.

comportamiento doloso del otro (art. 1269 CC, comprensivo del denominado “dolo omisivo”).

Sin embargo, cabría la posibilidad de que el resultado de la maquinación fuese la producción del miedo en el ánimo de aquél que, a consecuencia de ello, consentiría la celebración de matrimonio.

Se estará ante supuestos en los cuales la que el CC llama “causa del miedo”, carecerá de existencia real y no irá más allá de una mera ficción, pero que tendrá, no obstante, entidad suficiente para considerarse como real por el sujeto que padece el vicio y podrá considerarse como determinante, siempre que desemboque en la celebración del matrimonio.

E) Miedo injusto

Es lógico que el legislador no se refiera a que ese miedo haya de ser injusto, puesto que presupone dicha circunstancia.

La injusticia no se requiere del miedo en sí, sino de la intimidación que, en su caso, lo genere. El miedo ha de ser injusto, porque habrá de serlo la causa generadora (de “causa del miedo”, aunque refiriéndose al cese de esa causa, habla el párrafo segundo del art. 76 CC).

En este sentido, no sería causante de la nulidad del matrimonio el temor que se pudiere irrogar a uno de los contrayentes cuando se le anunciara el ejercicio ante los tribunales o autoridades, en su caso, competentes de un derecho que pueda causarle un mal o privarle de un bien⁶⁰³.

La afirmación anterior requiere, en todo caso, de alguna puntualización, puntualización que hay que relacionar con la condicionalidad que se establezca entre el ejercicio de la acción y la celebración del matrimonio⁶⁰⁴; subordinando de esta forma su interposición, al hecho de la celebración de la unión.

Lo que se acaba de afirmar es ,claramente, una idea general, que se sujetará necesariamente ,por cuanto se refiere a su precisa determinación , a las circunstancias del caso (naturaleza de la acción a ejercitar (penal, civil), consecuencias en caso de que aquella prosperase, privación de libertad, embargo de bienes, pérdida de un puesto de trabajo, etc.), circunstancias todas ellas que serán las valoradas por el sujeto intimidado y, que pueden llevarle a “elegir” la celebración del matrimonio como “mal menor”.

Si se lleva a cabo esta “opción” (la de celebrarlo) y ello, conforme a la vigente legislación matrimonial española, se ha de tener en cuenta la gran facilidad de “desligarse” después

⁶⁰³ Se trata de un parecer común en el ámbito de la doctrina. El punto de vista contrario, en caso de defenderse, carecería de todo fundamento. En este sentido unánime: LÓPEZ ALARCÓN, M Y NAVARRO VALLS, R: “Comentario al art. 73”, cit., p. 715.

⁶⁰⁴ En este sentido, reflejando el parecer común, LÓPEZ ALARCÓN, M Y NAVARRO VALLS, R: “Comentario al art. 73”, cit., p. 715.

de ese “matrimonio” que se “celebró”, para evitar consecuencias mucho más graves, lo que contribuye, sin duda alguna, a considerar la “elección” del matrimonio como “mal menor”.

F) El denominado “miedo indirecto”

En el ámbito del miedo como vicio del consentimiento matrimonial, un sector de la doctrina se ha referido (aunque para considerarlo irrelevante) al llamado “miedo indirecto”, que, en realidad, no es más que un simple caso de error por parte del sujeto que sufre la intimidación acerca de la finalidad y alcance de la intimidación misma.

El sujeto intimidado cree erróneamente que la intimidación sufrida va dirigida a que contraiga matrimonio, cuando es otro el fin perseguido por el sujeto que despliega aquella.

CAPÍTULO VI

RESPONSABILIDAD CIVIL Y NULIDAD MATRIMONIAL

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil hasta tiempos recientes era una institución extraña al ámbito familiar “lo cual encontraba sentido en el marco de una familia de tipo patriarcal, donde el padre y marido ostentaban la jefatura de esta, por lo que la injerencia del Estado en ella era mínima.

Sin embargo, a medida que la familia evoluciona y el modelo patriarcal⁶⁰⁵ se sustituye por otro, basado en el principio de igualdad de los cónyuges y en el de titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad, la intervención de los Tribunales para asegurar la efectividad de dicho principio, así como el respeto de los derechos fundamentales e intereses legítimos de los miembros de la familia, parece inevitable”⁶⁰⁶.

Ya en un lejano 2006, constataba DE VERDA Y BEAMONTE que la circunstancia de que los jueces comenzaran a conocer demandas de responsabilidad civil, “inimaginables hasta hace pocos años. Empieza, incluso, a considerarse que la condición de miembro de familia no sólo no exime de responder de los daños causados en el seno de esta, sino que, por el contrario, sujeta a una responsabilidad más estricta”⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ Respecto de dicho modelo, y excluyendo cualquier pretensión generalizadora, son de interés las consideraciones de la socióloga estadounidense STEPHANIE COONTZ, *Historia*, cit., pp. 316 y ss. “El problema de los maridos golpeadores rara vez se trataba seriamente. La banalización de la violencia familiar aparece claramente condensada en un informe de 1954 del comisario jefe de Scotland Yard en el que se lee: “En Londres hay aproximadamente veinte asesinatos al año y no todos son graves; en algunos casos solo se trata de maridos que matan a sus esposas. Una familia de la década de 1950 que tuviera la apariencia de funcionar perfectamente podía ocultar secretos terribles”.

También respecto del horrible problema del incesto en las relaciones familiares, “Los “expertos” en familia de la época afirmaban que el incesto era algo que ocurría “una vez en un millón” y muchos psiquiatras afirmaban que la joven que acusaba a su padre de incesto sencillamente estaba expresando sus propias fantasías edípicas”.

⁶⁰⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R: “La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares”, en AA. VV: *Persona y Familia. Escritos Selectos. Estudios de Derecho Comparado* (dir. por C. LEPÍN MOLINA,), Hammurabi, Chile, 2018, pp. 187 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R: “La responsabilità civile nell’ambito delle relazioni familiari en Spagna”, en *Persona umana e comunità familiare nell’esperienza giuridica spagnola*, Il diritto d famiglia e delle persone, GIUFFRÈ, Milano, 2020, pp. 113 y ss., DE VERDA Y BEAMONTE, J. R: “Prólogo”, en AA. VV: *Daños en el Derecho de Familia* (coord. por J.R DE VERDA Y BEAMONTE) ,Monografías de la *Revista de Derecho Patrimonial*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 17-18, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Daños morales derivados de la causación dolosa o negligente de la nulidad matrimonial”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (IDIBE), febrero 2020, núm. 12º, pp. 660-675, y, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (IDIBE), julio 2016, núm. 4º, pp. 219-259.

⁶⁰⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Prólogo”, cit., p. 17. Con todo ello, el autor advertía ya en esa fecha de los riesgos que de ello podrían derivar, y que sintetizaba fundamentalmente en los siguientes: “de un lado, una excesiva injerencia del Estado en un ámbito íntimo de la persona, lo que puede dar lugar a una desmesurada judicialización de la familia; de otro, un riesgo de proliferación de demandas de responsabilidad civil por daños morales”.

Asimismo, el autor citado, recoge el criterio de la jurisprudencia italiana, criterio que constataría un “tránsito de la “familia institución” a la “familia comunidad”, configurada, no ya, como un lugar de compresión y mortificación de derechos irrenunciables , sino como sede de autorrealización y desarrollo personal, marcada por el recíproco respeto e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito sus componentes conservan sus connotaciones

Con base, además, en la jurisprudencia constitucional española, claramente afirmativa de la conexión entre libertad nupcial y principio del libre desarrollo de la personalidad, y de las Leyes 13 y 15 de 2005 así como de sus respectivas exposiciones de motivos, el autor concluía con una rotunda afirmación: “la condición de miembro de una familia no puede servir como criterio de exención de responsabilidad de los daños causados en la misma, lo que nos parece especialmente evidente en el caso de los cónyuges, desde el momento en que la legislación actual acentúa la consideración del matrimonio como un medio al servicio del desarrollo de la personalidad de los contrayentes”⁶⁰⁸.

Desde esta perspectiva, escribiendo en abril de 2018, el autor constataba que, de forma lenta, pero progresiva, el principio de responsabilidad civil iba impregnando el ordenamiento jurídico español en los distintos ámbitos familiares.⁶⁰⁹

II. DELIMITACIÓN

Con todo ello, el tema de la responsabilidad civil en el marco de las relaciones familiares no se presenta exenta de toda controversia. Las propias imprecisiones respecto de su delimitación y ámbito contribuyen en gran medida al problema suscitado respecto a las relaciones entre Derecho de daños y Derecho de familia.

Entre quienes se ocupan del problema, no hay acuerdo en lo que podríamos denominar una sistematización de los distintos grupos de casos. La revisión y sistematización de esos grupos “constituye un paso previo para acercarse al problema y valorar hasta qué punto la doctrina que aquí se comenta es o no apropiada”⁶¹⁰. Llama la atención la constatación de diferencias significativas entre unos y otros autores, nada menos que respecto de los supuestos a los que hay referir la cuestión: mientras algunos no albergan dudas respecto a la inclusión en ese marco de figuras como la promesa de matrimonio o la nulidad matrimonial, otros dejan fuera de su consideración las dos anteriores, centrando exclusivamente el análisis en dos grandes áreas temáticas: a) daños en relaciones entre cónyuges, y b) daños en relaciones paterno- filiales, con lo que puede concluirse que, mientras para algunos, la existencia de lazos familiares constituía el fundamento de la responsabilidad, para otros, la no existencia de esos lazos, no sería obstáculo para la entrada en juego de las reglas sobre responsabilidad civil.

1. Promesa de matrimonio y nulidad matrimonial

En principio, ambas figuras deberían quedar fuera del marco propio y estricto de los Daños en Derecho de familia. Ni en una ni en otra existen lazos familiares propiamente

esenciales y reciben reconocimiento y tutela, antes que como cónyuges, como personas. Y se añade, por tanto, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de un derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, no pudiendo considerarse, claramente, que los derechos definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un contexto familiar”, “La responsabilidad civil”, cit., p. 188.

⁶⁰⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “La responsabilidad”, cit., pp. 188-190.

⁶⁰⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “La responsabilidad”, cit., cit., p. 190.

⁶¹⁰ En este sentido, MARTÍN CASALS, M Y RIBOT IGUALADA, J: “Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 64º, nº 2, 2011, pp. 503 y ss.

dichos. Ambas apuntan a la constitución de una relación familiar, que ninguna de las dos constituye *per se*. En el caso de la promesa (arts. 42-43 CC), es obvio que, si no fuere seguida de matrimonio, no cabe apreciar lazo familiar alguno entre aquellos que celebraron esponsales. Tratándose de la figura de la nulidad matrimonial es también evidente que, por su propia naturaleza, al concurrir una causa de nulidad, la relación jurídico matrimonial carece de existencia, ya que no llega a nacer como tal.

Parece, por tanto, que la inclusión de ambas en el ámbito de los “Daños en Derecho de familia”, tenga que ver más con el que ha venido siendo, tradicional y acertadamente, su tratamiento sistemático (en el marco del Derecho de familia) que con la realidad propiamente familiar existente en ambas figuras.

2. Ni en la nulidad matrimonial, ni en la promesa de matrimonio, el vínculo familiar constituye fundamento de la responsabilidad

Los deberes indemnizatorios contenidos en los arts. 43 y 98 CC⁶¹¹, no presuponen ni se fundamentan en la existencia de vínculo familiar alguno, justamente al revés de lo que ocurre en aquellos supuestos que un sector doctrinal ha venido encuadrando en el ámbito de los “Daños en Derecho de familia”.

El matrimonio nulo, como acto ilícito, si ha existido convivencia conyugal, genera un deber de indemnizar al contrayente inocente, y a cargo del de mala fe, conforme a lo dispuesto en el art. 98 CC, y, en cualquier caso, deberá indemnizarle (con apoyo en el art. 1902 CC) los gastos hechos y las obligaciones contraídas en atención al matrimonio, los cuales quedan inutilizados a consecuencia de la nulidad de este (DE VERDA Y BEAMONTE-CHAPARRO MATAMOROS). Más dudosa se presenta la indemnización, además, por daño moral, que, según la jurisprudencia, “se origina con la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida” (STS 28 noviembre 1985),⁶¹² fundamentalmente porque en caso de admitirse vaciaría de contenido la propia previsión del art. 98 CC, en cuyo alcance y función parece que haya de entenderse comprendido ese daño moral. Es decir, si la indemnización por daño moral quedase fuera del ámbito del art. 98 CC ¿qué quedaría como contenido propio de éste?

Si hubiere existido convivencia conyugal, el daño moral estaría comprendido en el ámbito propio del art. 98 CC, y, consiguientemente, fuera del art. 1902 CC.

La inclusión entonces del resarcimiento del daño moral al amparo del art. 1902 CC presupondría, en mi opinión, la inexistencia de convivencia conyugal. Al no jugar entonces la indemnización ex art. 98, la inclusión del daño moral (cuya existencia no cabe excluir con apoyo en la circunstancia de la inexistencia de convivencia conyugal) discurriría por el cauce del art. 1902 CC.

⁶¹¹ Para un tratamiento general del resarcimiento derivado de la declaración de nulidad matrimonial, REYES LÓPEZ, M. J: “El resarcimiento derivado de la declaración de nulidad matrimonial”, en AA. VV: *Daños en el Derecho de Familia*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 203 y ss.

⁶¹² STS 28 noviembre 1985 (JC 1985, 707). A favor de este punto de vista, en la doctrina más reciente, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R Y CHAPARRO MATAMOROS: P: “La nulidad”, cit., p. 93.

Tratándose de la promesa de matrimonio, el planteamiento es totalmente distinto. Cualquier motivo para no contraer matrimonio es jurídicamente respetable, y la ley exige únicamente una especial motivación en el autor de la ruptura de la promesa para evitar la imputación del detrimento causado por los gastos y obligaciones contraídas⁶¹³.⁶¹⁴

Se está así, en presencia de supuestos en que existe responsabilidad, y precisamente entre personas sin vínculos familiares. De ningún modo, los lazos familiares (inexistentes) constituyen aquí el fundamento de esa responsabilidad, aunque se dirijan a la constitución de un vínculo familiar frustrado finalmente.

Hablar entonces de “Daños en Derecho de Familia no deja de presentarse como una denominación que quizá no encuentre más justificación, que ese encuadramiento sistemático tradicional, de la nulidad matrimonial y de la promesa de matrimonio en el ámbito del Derecho de familia.

3. El Derecho de daños como subsidiario de las normas especiales fijadas en cada rama del Derecho privado

La idea de la que hay que partir, por cuanto se refiere a la función misma del Derecho de daños, es la de que el remedio que ofrece se presenta como subsidiario de las normas especiales fijadas en cada rama del Derecho privado. Y ello, en un doble sentido: a) se aplica sólo en defecto de reglas específicas dentro de cada sector; b) sólo puede aplicarse en la medida en que los remedios indemnizatorios no contradigan los principios de esa rama del Derecho, ni los objetivos que ésta persigue⁶¹⁵.

4. Aplicabilidad de la premisa anterior por cuanto se refiere al Derecho de familia. Referencia a la promesa de matrimonio y a la nulidad matrimonial

De un lado, es evidente que las reglas resarcitorias del daño moral no son propias del Derecho de familia sino del Derecho de daños. Se está, por tanto, con concreta referencia al Derecho de familia, ante un defecto de reglas específicas en este sector del ordenamiento. La aplicabilidad, por ello, del Derecho de daños hallaría su fundamento en esa carencia a la que acaba de hacerse referencia. De otro lado, esa aplicabilidad del Derecho de daños ha de venir subordinada a que esos remedios indemnizatorios no se presenten en contradicción con los principios del Derecho de familia, ni con los objetivos perseguidos por este en cada caso⁶¹⁶.

No se trata de emplear la responsabilidad civil “como complemento de las reglas del Derecho de familia allí donde el autor o autora considera que existe un déficit de protección del miembro de la familia afectado” (MARTÍN CASALS Y RIBOT IGUALADA).

⁶¹³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., pp. 29-30.

⁶¹⁴ En este sentido, MARTÍN CASALS, M Y RIBOT IGUALADA, J: “Daños”, cit., p. 528.

⁶¹⁵ MARTÍN CASALS, M Y RIBOT IGUALADA, J: “Daños”, cit., p. 528.

⁶¹⁶ Seguimos la argumentación de MARTÍN CASALS, M Y RIBOT IGUALADA, J: “Daños”, cit., p. 528.

Un uso injusto del Derecho de daños en el ámbito del Derecho de familia sería el de entender que “cuando el Derecho de familia no proporciona una regulación específica”, existiría una laguna que debería “integrarse indiscriminadamente mediante las reglas de la responsabilidad civil”⁶¹⁷.

A) La promesa de matrimonio

La figura de la promesa de matrimonio (antiguamente, esponsales), arts. 42-43 CC, constituye un buen ejemplo por cuanto se refiere a la inaplicabilidad del Derecho de daños en un supuesto en el que, su aplicabilidad, entraría en contradicción con los objetivos perseguidos por el legislador.

La tutela del principio de libertad matrimonial excluye cualquier pretensión de recurrir a las reglas del Derecho de daños para tratar de justificar cualquier pretensión indemnizatoria por ruptura de la promesa que pretenda ir más allá de las previstas en el art. 43 CC. La locución “sólo producirá”, es suficientemente explicativa de ese “cierre” legislativo a cualquier intento encaminado a sobrepasar ese montante indemnizatorio descrito por el propio legislador, y ello con apoyo en ese “déficit de protección” al que se ha hecho referencia, por no cubrir el pretendido daño moral que la ruptura de la promesa pueda haber causado, en su caso, al otro promitente.

Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de que puedan darse casos en los cuales “el incumplimiento de la promesa, concurriendo ciertas circunstancias, pueda ocasionar un daño moral resarcible en virtud del art. 1902 CC, o a través del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (por vulneración del derecho al honor)”⁶¹⁸. Posibilidad está que no resta nada de importancia a lo dicho acerca de la exclusión de la resarcibilidad del daño moral en el marco de la promesa de matrimonio.

B) La nulidad matrimonial

a) Preliminar

Tratándose de nulidad de matrimonio, los parámetros a tener en cuenta son otros. De un lado, las especificidades del sistema matrimonial vigente en nuestro país son de notable entidad en lo relativo a la figura de la nulidad de matrimonio. Si bien no cabe afirmar desde un punto de vista estrictamente técnico (art. 63.2 CC) que existan dos legislaciones matrimoniales aplicándose paralelamente (civil una, canónica otra), si puede hacerse respecto a la existencia de dos jurisdicciones con competencia en materia de nulidad matrimonial, con la importantísima peculiaridad de que, tratándose de contrayentes que celebraron matrimonio canónico, y opten asimismo por tramitar el proceso de nulidad ante tribunales eclesiásticos, esa elección procesal llevará aparejada importantes consecuencias en el plano sustantivo por cuanto la jurisdicción eclesiástica aplicará el

⁶¹⁷ Consecuencia de lo anterior sería “llevar a compensar con daños morales (e incluso patrimoniales) las decepciones o el malestar sufrido por maridos, esposas o hijos, a manos de esposas, maridos o padres, a quienes se imputaría un ilícito civil en casos en que, en realidad, aquéllos no habrían hecho otra cosa que ejercer el derecho a la autonomía que el Derecho de familia vigente les reconoce y garantiza”; MARTÍN CASALS, M Y RIBOT IGUALADA, J: “Daños”, cit., p. 527.

⁶¹⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “La responsabilidad”, cit. p. 203.

Derecho canónico, en tanto que si optaren por la jurisdicción civil el Derecho aplicable será el contenido en los arts. 73 y ss. CC.

A lo anterior se añade, que los fallos dictados por la jurisdicción eclesiástica tienen eficacia en el orden civil al amparo del art. 80 CC, aunque subordinada al cumplimiento de ciertos requisitos, cuya consideración no es de este lugar.

Por ello, aunque no puede afirmarse la existencia de dos legislaciones matrimoniales aplicables paralelamente en la respectiva integridad de cada una de ellas, sí puede hacerse por cuanto se refiere a la reglamentación (sustantiva o material) que de la nulidad se contiene en cada una de aquellas.

Esta limitación en cuanto a los aspectos sustantivos de la nulidad en cada legislación permite concluir que, excepción hecha de la causa misma de nulidad, y de la buena o mala fe de cada uno de los contrayentes⁶¹⁹, la competencia para conocer de los demás aspectos o consecuencias (fijación de la indemnización si hubiere existido convivencia conyugal, daños morales, en su caso) corresponderá a los órganos jurisdiccionales civiles.

b) Subsidiariedad del Derecho de daños

¿Cabe afirmar que, tratándose de nulidad de matrimonio, el remedio que proporciona el Derecho de daños sea subsidiario en ese doble sentido al que se ha hecho referencia?

En mi opinión, la respuesta ha de ser afirmativa: de un lado, ese remedio se aplica sólo en defecto de reglas específicas dentro de cada sector; de otro, dicha aplicación sólo será posible en la medida en que esos remedios indemnizatorios no se presenten en contradicción con los principios del Derecho de familia, ni con los objetivos que ésta persiga.

c) Defecto de reglas específicas

Ese defecto de reglas específicas se ha de referir al ámbito de la nulidad matrimonial civil. No cabe afirmar que existan dichas normas específicas en el bloque normativo contenido en los arts. 73 a 80 CC, bajo la rúbrica general “De la nulidad del matrimonio, Capítulo VI, y en el de los arts. 90-101 CC, “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, Capítulo IX, Libro I del CC. En este segundo bloque normativo, hay que reparar en dos normas: de un lado, el art. 95.2 CC y, de otro, el art. 98 CC.

La cuestión a formular guarda relación, por tanto, con la naturaleza misma que haya de atribuirse a las normas a que se ha hecho referencia.

⁶¹⁹ Haciéndose eco de los problemas que las peculiaridades del sistema matrimonial español presentan también respecto de la cuestión que nos ocupa, REYES LÓPEZ, M.J: “El resarcimiento”, cit., p. 205, presuponiendo que, tratándose de matrimonio en la forma canónica, la determinación de la buena o mala fe los contrayentes en orden a los efectos indemnizatorios previstos en el art. 98 CC, corresponderá a la jurisdicción canónica. No cabe más que estar de acuerdo con este punto de vista.

En lo relativo al párrafo segundo del art.95 CC⁶²⁰, autorizada doctrina (ROCA TRÍAS) señaló en su momento que "nos hallamos ante una norma de liquidación, consiguiente a la previa declaración de extinción del régimen y que realmente no puede aplicarse en todos los supuestos de nulidad de matrimonio con buena fe de uno de los cónyuges, puesto que la aplicabilidad del precepto presupone un régimen de gananciales o cualquier otro tipo de comunidad voluntariamente establecida por los interesados en capitulaciones"⁶²¹.

Se trata, por tanto, de una norma liquidatoria subordinada, además, para su aplicación, a la circunstancia de que el matrimonio declarado nulo con mala fe de uno de los cónyuges se viniera rigiendo por un régimen de comunidad, o por otro distinto. A ello hago referencia en otro lugar del presente capítulo.

La conexión entonces entre ese párrafo segundo del art. 95 CC y el art. 98 CC que reconoce el derecho a una indemnización al contrayente de buena fe "si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el art. 97", no resulta clara, por cuanto la aplicabilidad de ambos en un mismo supuesto es insegura, máxime si se tiene en cuenta el notable incremento del número de matrimonios que optan por un régimen de separación para regir sus relaciones económicas, circunstancia esta que, seguramente, no era la predominante al tiempo de la reforma de 1981⁶²².

Mayor interés presenta el art. 98 CC. El planteamiento general de este precepto se ha llevado a cabo, certeramente en mi opinión, por DE VERDA Y BEAMONTE, quien afirma se trata de "un precepto "extraño", en el que quizá subyace la idea última de evitar que un cónyuge "culpable" pudiera escapar al pago de la pensión compensatoria (suponiendo que éste debiera satisfacerla), instando la nulidad, en vez de acudir al divorcio, y que plantea un problema de coordinación con el art. 1902 CC. Es, desde luego, difícil delimitar, con contornos nítidos y precisos, el exacto ámbito de aplicación del art. 98 y de su relación con el art. 1902"⁶²³.

No cabe duda, por tanto, de esa subsidiariedad del Derecho de daños en materia de nulidad de matrimonio ante esa ausencia de reglas específicas.

Pero ¿cabe hablar de ese defecto de reglas específicas aun contando con el art. 98 CC? La respuesta a esta interrogante exige plantearse, primero de todo, cual es la naturaleza de la norma que se recoge en ese art. 98 CC.

⁶²⁰ "Si la sentencia de nulidad declarara la mala fe de uno de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte"

⁶²¹ ROCA TRÍAS, E: "Comentario al art. 95" en AA. VV: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia* (coord. por M. AMORÓS GUARDIOLA), Vol. 1º, Tecnos, Madrid, 1984, p. 606.

⁶²² La afirmación de ROCA TRÍAS en el sentido que aun en el supuesto de que, cuando por las razones apuntadas en texto no fuera posible la aplicación del art. 95.2, ello no implicaría un perjuicio al cónyuge de buena fe, "puesto que en este caso seguramente verá ampliada la cuantía económica de la indemnización a que tiene derecho de acuerdo con el art. 98", parece se limite a barruntar una simple posibilidad que, como tal, podrá o no darse; ROCA TRÍAS, E: "Comentario al art. 95", cit., p. 606.

⁶²³ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: "La responsabilidad", cit. p. 208.

¿Se trata de una norma resarcitoria o, por el contrario, sancionadora? ¿Exclusivamente resarcitoria, o exclusivamente sancionadora?; ¿Cabría afirmar quizá, que se trata de una norma mixta (resarcitoria y sancionadora a un tiempo)?⁶²⁴

Algo que puede afirmarse casi con absoluta certeza es que la regla albergada en el art. 98 CC no puede desplazar por completo la aplicabilidad en el campo de la nulidad matrimonial del art. 1902 CC. Estaríamos ante una norma con doble carácter o carácter mixto: resarcitorio y sancionador.

Si partimos de lo anterior, no es posible asignar al art. 98 CC una función exclusivamente sancionadora (como afirma ROCA TRÍAS quien excluye por completo del 98 CC toda función resarcitoria, atribuyéndole en exclusiva una función sancionadora. “Y ello porque la indemnización tiene un contenido tasado, por referencia a lo dispuesto en el art. 97 CC, y no tiene en cuenta los daños que haya podido sufrir el cónyuge de buena fe, sino sólo su buena fe”⁶²⁵), sino que se le ha de atribuir, también, una resarcitoria. Pero esa función resarcitoria aparece incompleta. La entrada en juego aquí del Derecho de daños no responde tanto a la inexistencia absoluta de reglas específicas en materia de responsabilidad en el campo de la nulidad matrimonial, sino, más bien, a la notoria insuficiencia de esas reglas, que sólo cubren parcialmente los supuestos de responsabilidad.

Comparto, por ello, el punto de vista de DE VERDA Y BEAMONTE, al que me he referido, aunque parcialmente con anterioridad, para quien “el art. 98 cubre los daños que, directamente, derivan de la convivencia *more uxorio* con una persona, a la que se reputaba estar unido en un matrimonio, que, a la postre, resultó ser inválido: se trata fundamentalmente, (aunque no sólo) de un daño moral que tiene su origen en una intromisión de un “extraño” en la propia intimidad personal y familiar. Por lo tanto, la convivencia (verdadera *ratio* de la indemnización) desempeña, en relación con el art. 98, una doble función, de un lado, es presupuesto del nacimiento del derecho a la indemnización; y, de otro, delimita el ámbito del daño resarcible a través del precepto”.

“En cambio, el art. 1902 permite resarcir aquellos daños que no tienen causa directa e inmediata en la convivencia, sino que derivan, más estrictamente, de la circunstancia de la celebración de un matrimonio nulo. Es, sobre todo, el daño moral consistente en la frustración del propósito de formar una familia fundada en el matrimonio (con las consiguientes secuelas psíquicas), el cual tiene lugar, con independencia de que haya existido, o no, convivencia entre los contrayentes; y, asimismo, los gastos hechos y las

⁶²⁴ Un análisis de la distintas posiciones al respecto, en REYES LÓPEZ, M.J: “El resarcimiento”, cit., p. 211, para quien el carácter resarcitorio y el sancionador son compatibles: “La finalidad primordial del legislador fue la de establecer una medida equiparable a la establecida en el art. 97 con el fin de remediar situaciones de perjuicio económico a las que, por las razones técnicas apuntadas, no se les puede reconocer la naturaleza de pensión. Ahora bien, como la referencia al cónyuge de mala fe enturbia esta posición, su interpretación induce a no olvidar los resquicios que ha dejado la institución del matrimonio putativo”.

⁶²⁵ ROCA TRÍAS, E: “Comentario al art. 98”, en AA. VV: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia* (coord. por M. AMORÓS GUARDIOLA), Vol. 1º, Tecnos, Madrid, 1984, p. 630.

obligaciones contraídas en consideración al matrimonio nulo, los cuales pierden su utilidad, tras su declaración de invalidez, por lo que también han de ser indemnizados”⁶²⁶.

En definitiva, el resarcimiento del daño moral, en caso de existir convivencia conyugal, vendría contenido en el art. 98 CC. En cambio, no existiendo esta y, por ende, no procediendo indemnización, encontraría fundamento en el art. 1902 CC.

Los daños patrimoniales causados por la declaración de nulidad no parecen estar cubiertos por el art. 98, lo que me lleva a pensar que, esa falta de cobertura existe tanto en caso de existir “convivencia conyugal”, como en caso de faltar esta.

Esta es la posición seguida por DE VERDA Y BEAMONTE. La cuestión, por ello, no es la de si el art. 98 CC cubre los daños que directamente derivan de la convivencia *more uxorio* ya que esto no presenta duda alguna puesto que dichos daños se identifican exclusivamente con esa “intromisión de un “extraño” en la propia intimidad personal y familiar” a lo que se refiere el citado autor, sino la de si cabría o no incluir en el ámbito del art. 98 CC daños patrimoniales.

A este respecto, DE VERDA Y BEAMONTE deja un margen de duda (“se trata fundamentalmente (aunque no sólo) de un daño moral”), con lo que no parece cerrar la puerta a la idea de que el art. 98 CC comprenda, además, daños de carácter patrimonial.

A favor de este punto de vista, el de que el art. 98 CC abarcaría fundamentalmente, aunque no exclusivamente, daños morales, contribuye, claramente, la remisión al art. 97 respecto a la fijación del montante de la indemnización. Con todo ello, podría contraargumentarse que la aplicabilidad real y efectiva del 97 CC para la fijación de la indemnización del art. 98 es relativa. Son pocas las circunstancias del 97 CC que resultan aplicables en el marco del 98 CC, y es que el art. 97 CC contempla figuras (separación y divorcio) distintas de la de la nulidad matrimonial.

d) Inexistencia de contradicción con los principios del Derecho de familia, ni con los objetivos que éste persigue

Es evidente que esa entrada de normas propias del Derecho de daños (en concreto, la contenida en el art. 1902 CC) en el ámbito de la nulidad matrimonial, ni contradice los principios de la figura, ni los objetivos que esta misma figura persigue. Al contrario, hacen posible su consecución.

Y ello porque no conduce “a compensar con daños morales (e incluso patrimoniales) las decepciones o el malestar sufrido por maridos, esposas o hijos, a manos de esposas, maridos o padres, a quienes se imputaría un ilícito civil en casos en que, en realidad, aquéllos no habrían hecho otra cosa que ejercer el derecho a la autonomía que el Derecho de familia vigente les reconoce y garantiza” (MARTÍN CASALS Y RIBOT IGUALADA).

No hay ejercicio de derecho alguno a la autonomía que el Derecho de familia reconoce por parte del sujeto que con mala fe celebra un matrimonio nulo por reserva mental, o

⁶²⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “La responsabilidad”, cit., pp. 208-209.

induce dolosamente al otro contrayente a celebrarlo con error en una cualidad personal de entidad determinante de la prestación del consentimiento de la contraparte.

Y no lo hay tampoco cuando, aun no existiendo dolo, concurra culpa o negligencia excluyente, asimismo, de la buena fe por omisión del deber de diligencia exigible.

Estamos ante ilícitos civiles en estado puro, no ante “decepciones” o “simples situaciones de malestar” que encuentren su justificación última en el ejercicio de derechos legalmente reconocidos por la contraparte.

Al contrario, la reforma de la nulidad matrimonial realizada en 1981 presenta como denominador común, el servir de cauce a la realización del principio de libre desarrollo de la personalidad. Y es que la reforma de la nulidad no cabe comprenderla ni entenderla, literalmente hablando, sino partiendo de dicho parámetro fundamental.

El art. 45 CC, por un lado, (supuestos de simulación y reserva mental), y el 73.4 CC, por otro (error en cualidad personal de entidad, determinante de la prestación del consentimiento), reclaman necesariamente la entrada en juego de normas de Derecho de daños, dado que, de optarse por la solución contraria, la eficacia de las normas anteriores quedaría claramente mermada.

III. LA INSUFICIENCIA DEL ART. 98 CC

1. Breve consideración inicial

En las líneas precedentes, ya he hecho referencia al art. 98 CC siguiendo el parecer autorizado DE VERDA Y BEAMONTE, pero me gustaría hacer hincapié en la que podríamos denominar “insuficiencia” del art. 98 CC a la hora de cubrir las consecuencias de la nulidad matrimonial.

2. Arts. 98 y 73 CC: normas poco armónicas

Cuando el estudiante, centra su atención en la nulidad matrimonial civil, y repara consecuentemente en los arts. a que se hace referencia, tiene la impresión de que recibieron redacciones desconectadas completamente la una de la otra. No son en nada armónicas a pesar de tratarse de dos preceptos pertenecientes a la misma área temática: la de la nulidad matrimonial.

No es este el momento, ni el lugar, para buscar alguna explicación más o menos convincente para lo que se acaba de señalar y tampoco resolvería nada encontrarla. Por un lado, influyeron las prisas legislativas, y, por otro, aunque la figura de la nulidad fue objeto en aquella reforma de una profunda modificación, puede que se siguiera pensando que el verdadero núcleo de la reforma era la introducción de la disolución del matrimonio por divorcio, en tanto que las nulidades matrimoniales seguirían discurriendo mayoritariamente a través del cauce de la jurisdicción canónica. Dicho de otra forma, en 1981 no se pensaba que el cambio en la naturaleza del sistema matrimonial determinaría con el tiempo un incremento tan notable de los matrimonios civiles respecto de los

canónicos, y que, consiguientemente, de optarse por la nulidad quienes celebraron un matrimonio civil, acudirían necesariamente a la jurisdicción civil (única competente).

A) El art. 98 CC se redactó sin conexión con el art. 73 CC

Utilizo la expresión “sin conexión” para tratar de poner de relieve su insuficiencia respecto al contenido del art. 73 CC.

Si se parte de la idea, que comparto, de que el art. 98 CC alberga un contenido resarcitorio (DE VERDA Y BEAMONTE, REYES LÓPEZ), lo que supone afirmar que no es posible asignarle en exclusiva una función sancionadora, el núcleo del problema se traslada a tratar de determinar la “complitud” o no de esa función resarcitoria que, indudablemente, contiene el precepto.

El art. 98 CC, presupuesta la buena fe de uno de los contrayentes, y la mala fe del otro, se refiere genéricamente a una “declaración de nulidad”, sin más precisiones. En consecuencia, resulta indiferente que esa nulidad declarada encuentre su causa en un defecto de capacidad, se refiera a la forma de la celebración, o se impute a inexistencia de consentimiento o a falta de integridad de este.

En definitiva, un amplio abanico de posibilidades que choca con esa respuesta demasiado simple del legislador: derecho a una indemnización, atendidas las circunstancias del art. 97 CC, si hubiere existido convivencia conyugal (convivencia respecto de la cual tampoco se precisa duración de esta, ni circunstancia alguna adicional).

a) Remisión a la noción de buena fe

El tema no es de este lugar, pero creo que es importante partir de una noción de buena fe para la argumentación: la falta de voluntad consciente de contraer matrimonio nulo (GARCÍA CANTERO, BARBER CÁRCAMO, REYES LÓPEZ). Consecuentemente, si esa voluntad consciente existe es claro que, podrá referirse a la capacidad nupcial, a la forma de celebración o al consentimiento.

Es obvio que la noción misma de la buena fe no experimenta alteración alguna en cuanto a qué deba entenderse por ella cuando se trata de la nulidad matrimonial. Consiguientemente, no deja de aplicarse para la apreciación de su existencia, el canon de diligencia exigido para la buena fe contractual

Y es que la importancia misma de la relación jurídica matrimonial hace exigible ese canon de diligencia propio de la buena fe contractual si el matrimonio fuere nulo por una circunstancia que el sujeto afectado por ella no conocía, pero cuyo conocimiento hubiere sido posible desplegando una diligencia media (por ejemplo, un análisis de esperma, en orden a conocer si es o no estéril, constándole además el interés de la contraparte por tener descendencia).

Ahora bien, ¿se presentan en un mismo plano estos tres aspectos de la nulidad matrimonial? ¿deberá ser similar la consecuencia cuando esa voluntad consciente (dolosa o culposa) venga referida, por ejemplo, a la falta de competencia del funcionario o ministro religioso autorizante de la celebración, o a la existencia de parentesco en grado no

dispensable, que cuando sea consecuencia de la existencia de reserva mental o de error en cualidad personal causado dolosamente?

La respuesta parece ser afirmativa: donde el legislador no distingue, no debe hacerlo el intérprete. La nulidad procederá en los tres casos y en los tres procederá la indemnización (presupuesta haya existido convivencia conyugal), y al margen ahora de la cuantía de esta que dependerá mucho, de una parte, de la duración de la convivencia y, de otra, de la circunstancia de que la conducta del contrayente culpable sea imputable a dolo o a culpa o negligencia, impensable esta última en supuestos como reserva mental o error causado dolosamente).

Sin embargo, existen diferencias. Primero porque la frecuencia estadística de supuestos de nulidad matrimonial civil por un defecto de capacidad nupcial o referido a la forma de celebración son escasísimos, por no decir prácticamente inexistentes. La alta improbabilidad de los primeros por el mejor funcionamiento del RC hace extremadamente difícil que pueda llegar a celebrarse un matrimonio civil entre parientes consanguíneos en línea recta o hasta grado tercero en la colateral. La de los segundos por el juego de los art. 53 y 78 CC, dado que el supuesto del número 3º del art. 73 CC (único insubsanable) es casi de laboratorio (“sin la intervención”) y prácticamente inconcebible.

Se concluye, por ello, que los supuestos de nulidad matrimonial civil que se presenten en la práctica se encuadrarán (en su totalidad) en el marco del consentimiento matrimonial, y, a su vez, excluida la buena fe de uno solo de los contrayentes en el supuesto de simulación (presupuesta la necesidad en ella de un acuerdo simulatorio), la mala fe de uno de los contrayentes se resolverá frecuentemente, bien, en supuestos de reserva mental (rigurosamente unilateral, desembocando en simulación si aquella fuera conocida del otro contrayente), bien, en supuestos de error dolosamente causado sobre cualidad personal de entidad determinante de la prestación del consentimiento por la contraparte.

b) Inexistencia de buena fe por culpa o negligencia del contrayente al que sea imputable el error

Aun reiterando alguna idea aludida ya, y aun tratándose de supuestos poco frecuentes, no cabe excluir que el contrayente de mala fe no lo sea por dolo, sino por omisión de un deber de diligencia excluyente de la buena fe, y que de haberse desplegado le hubiere permitido conocer la causa de la nulidad, y, consiguientemente, su puesta en conocimiento de la contraparte, lo que hubiere conducido a esta a optar entre la celebración o no de la unión (padecimiento de enfermedades, esterilidad, impotencia *coeundi* (sumamente improbable su desconocimiento por el sujeto que la padece), trastornos depresivos, utilización más o menos habitual de ansiolíticos, bruscas alteraciones de carácter, con la consiguiente incidencia en una convivencia conyugal normal, etc.).

Aquí la frontera entre la mala fe dolosa y la conducta culposa o negligente que excluye asimismo la buena fe, no siempre se presentará con nitidez. Pueden existir determinadas enfermedades, algunas en fase incipiente, y ser por completo desconocidas por el sujeto que las padece al carecer de cualquier tipo de manifestación. La solución sería la de

someterse a un chequeo médico previo a la unión con la finalidad de detectar cualquier anomalía, lo que resulta excesivo, y conduce, además, a estimar que no existe mala fe.

Más improbable es apreciar buena fe en cuanto a la esterilidad, detectable quizá con un simple análisis, cuya realización habría que entender comprendido en ese deber de diligencia cuando la contraparte quiera tener hijos, o incluso, en el caso de que no se tenga plena seguridad de que no los desea.

La ignorancia acerca de la incapacidad para el mantenimiento de relaciones sexuales quizá no pueda nunca apreciarse como un supuesto de culpa o negligencia, y, en consecuencia, se reconducirá siempre a la mala fe dolosa.

Podrían suscitarse dudas en otros supuestos, como el de las alteraciones bruscas de conducta cuando aquel a quien afectan haya omitido ponerlas en conocimiento del otro contrayente. Supuestos estos en los que parece más seguro entender que, existiendo conocimiento por aquel a quien afectan, la no comunicación a la contraparte engendra al menos una conducta culposa o negligente, excluyente de la buena fe.

B) La función del art. 98 CC

El art. 98 CC exige dos presupuestos esenciales e indispensables para su aplicación: de un lado, buena fe de uno de los contrayentes, de otro, la existencia de convivencia conyugal.

Presupuesta la concurrencia de ambos, surge el derecho a la indemnización a favor del contrayente que lo fue de buena fe.

En cuanto a los presupuestos, no es de este lugar realizar consideración alguna sobre lo que haya de entenderse por “convivencia conyugal”. Si bien, me gustaría apuntar solamente que, en mi opinión, el legislador exige existencia de *affectio maritalis*; es decir que, durante esa convivencia, que se califica como “conyugal”, los sujetos se hayan comportado como cónyuges⁶²⁷. El mantenimiento de relaciones sexuales⁶²⁸ se presenta como decisivo. A pesar de la dificultad de su prueba, la exclusión por los contrayentes de dichas relaciones impediría hablar de “convivencia conyugal”.

Respecto de la buena fe, parece presuponerse la noción habitual de esta, lo que conduce necesariamente a sostener la no concurrencia de buena fe cuando el sujeto no conocía, pero pudo haber conocido (empleando una diligencia media) la existencia de la causa⁶²⁹

⁶²⁷ De interés en la materia, SAP Barcelona 15 enero 2020, (SAP B 145/2020).

⁶²⁸ “No se reconduciría la apreciación de la convivencia al mantenimiento de relaciones sexuales (no acreditadas y aun impropias de vida marital si son ocasionales y con ánimo reconciliatorio por parte del marido), pues aun existiendo éstas si no son *more uxorio* no son tales”, SAP Barcelona 15 enero 2020, fundamento de derecho segundo.

⁶²⁹ En relación con esta importante cuestión, el planteamiento de un autorizado sector de la doctrina (DE VERDA Y BEAMONTE) no deja de suscitar alguna duda, en cuanto parece presuponerse que la mala fe a que se refiere el art. 98 CC deba ser en todo caso imputable a dolo. “Cuando no sea posible afirmar que el demandado conocía la causa de nulidad del matrimonio y no la comunicó al otro contrayente”. Tal afirmación del autor deja en la duda el problema de si ese desconocimiento por el demandado de la causa de nulidad es, o no, culposo o negligente. Sin embargo, de la argumentación subsiguiente parece deducirse que la mala fe culposa o negligente no tendría cabida en el marco del art. 98 CC, por cuanto la única mala fe contemplada en el precepto sería la imputable al dolo.

(por ejemplo, si se tiene alguna sospecha de padecer una enfermedad con incidencia en la relación, someterse quizá, a un chequeo médico, en el supuesto de esterilidad a un análisis de espermatozoides, o en caso de uso habitual de ansiolíticos por síntomas de depresión, recabar un informe de algún especialista, sobre el alcance y posible proyección futura de tales circunstancias, y poner, lógicamente tales informaciones en conocimiento del otro contratante).

A este respecto, no importa tanto el punto de vista que el sujeto tenga acerca de estas circunstancias, a las que puede no atribuirles importancia o entidad como para que deban ser conocidas del otro futuro contratante, sino el parecer de especialistas. Es ese parecer el que deberá ponerse en conocimiento de la contraparte.

a) Función resarcitoria de la indemnización

El alcance y contenido de la indemnización presenta dudas. En mi opinión, parece claro que con ella el legislador de 1981 pretendió la reparación del daño moral sufrido por el contratante de buena fe, pero, presuponiendo que se quiere reparar el daño moral, ¿hasta dónde hay que entender alcanza esa reparación?; ¿se pretende la reparación de este daño en su integridad o totalidad?

La cuestión presenta importancia desde varios ángulos, uno de ellos tiene que ver con la idea expuesta anteriormente, y que comparto, según la cual el remedio que proporciona el Derecho de daños es subsidiario de las normas especiales fijadas en cada rama del Derecho privado, lo que implica que las normas de Derecho de daños sólo se aplicarán en defecto de reglas específicas dentro de cada sector, como también se señaló con anterioridad.

El hilo argumental a que se acaba de hacer referencia lo emplea el autor para defender los dos planos de resarcimiento del daño causado al contratante que lo es de buena fe por la nulidad matrimonial. Pero la conveniencia de esa armonización entre los arts. 98 y 1902 CC la argumenta el autor con la idea que se transcribe a continuación: “Pero, sobre todo, cuando no sea posible afirmar que el demandado conocía la causa de nulidad del matrimonio y no la comunicó al otro contratante, ya que, en este caso, no concurre mala fe, en el sentido que habitualmente se entiende dicha expresión en relación con el art. 98 CC. En cambio, la aplicación del art. 1902 CC no plantea ningún problema, cuando la reticencia del demandado no pueda ser calificada como dolosa, pero sí, por lo menos, de negligente, pues el criterio de imputación de responsabilidad en el que se basa el precepto es el dolo o la culpa” DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “La responsabilidad”, cit., pp. 209-210.

Parece excluirse del marco del art. 98 CC la ignorancia culposa o negligente, cuya concurrencia no excluiría la buena fe del sujeto. Éste lo sería de buena fe no solo cuando esa ignorancia acerca de la celebración de un matrimonio nulo hubiere ido precedida del despliegue de la diligencia debida, sino también cuando ese despliegue no hubiere tenido lugar. En ambos casos habría buena fe, por cuanto la única mala fe contemplada en el artículo sería la imputable al dolo.

Aun coincidiendo en esa armonización de los arts. 98 y 1902 CC, creo que el juego de ambos será posible, tanto en el supuesto de que la mala fe sea imputable a dolo, como si lo es a culpa o negligencia. No dándose convivencia conyugal, el resarcimiento de la totalidad de los daños (morales y patrimoniales) deberá discurrir por la vía del art. 1902 CC, dándose la convivencia. El resarcimiento del daño moral estrictamente derivado del hecho mismo de la convivencia discurrirá por la vía del art. 98 CC, y ello tanto si la mala fe de uno de los contratantes fuere imputable a dolo o a culpa o negligencia. En cuanto al resarcimiento de los restantes daños (morales y patrimoniales, en su caso), el cauce para aquél será el del art. 1902 CC.

La cuestión para dilucidar aquí no es la inexistencia de una regla específica. Existe una regla específica (el propio art. 98 CC), sino más bien la “complitud” de esta, es decir, si esta agota, o no, la íntegra pretensión resarcitoria.

Si la respuesta es afirmativa, el art. 1902 CC no debe entrar en juego, precisamente porque el deseo legislativo fue el de contener en esa indemnización la total pretensión resarcitoria a la que desde luego tiene derecho el contrayente de buena fe.

Si fuere negativa, el resarcimiento que la indemnización significa tendría carácter parcial e incompleto. Esta no lo cubriría en su integridad, sino sólo en parte. En tal caso, las reglas propias del Derecho de daños entrarían en juego a efectos de lograr la integridad de ese resarcimiento.

b) El *pretium doloris*

“El art. 98, afirma DE VERDA Y BEAMONTE, cubre los daños que, directamente, derivan de la convivencia *more uxorio* con una persona a la que se reputaba estar unido en un matrimonio, que, a la postre, resultó ser inválido: se trata fundamentalmente (aunque no sólo), de un daño moral que tiene su origen en una intromisión de un “extraño” en la propia intimidad personal y familiar. Por lo tanto, la convivencia (verdadera *ratio* de la indemnización), desempeña, en relación con el art. 98, una doble función: de un lado, es presupuesto del nacimiento del derecho a la indemnización; y, de otro, delimita el ámbito del daño resarcible a través del precepto”⁶³⁰.

Por tanto, se resarce el daño moral, pero el daño moral indemnizable se circunscribe necesariamente a esa intromisión de un “extraño” en la propia intimidad personal y familiar. El contrayente de buena fe ha convivido maritalmente, (lo que conlleva el mantenimiento de relaciones sexuales) con alguien que creía su cónyuge y que resulta ser un “extraño”⁶³¹.

¿Es este el único daño moral resarcible? ¿el derivado de ese atentado a la intimidad? ¿Fue ese el deseo legislativo?

Que el daño moral causado va mucho más allá es innegable, pero ¿está cubierto en lo que sobrepase por el art. 98 CC? El parecer del autor que acabo de citar al respecto es negativo, lo que implica recurrir al art. 1902 CC:

“El art. 1902 CC permite resarcir aquellos daños que no tienen causa directa e inmediata en la convivencia, sino que derivan, más estrictamente, de la circunstancia de la celebración de un matrimonio nulo. Es, sobre todo, el daño moral consistente en la frustración del propósito de formar una familia fundada en el matrimonio (con las consiguientes secuelas

⁶³⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “La responsabilidad”, cit. p. 208.

⁶³¹ En este punto quizá no quepa dejar de considerar el tiempo en el que la norma se introdujo en el CC, un tiempo en el que las concepciones sociales imperantes eran muy distintas de las actuales, y quizá y más concretamente las referidas a las relaciones sexuales. Ello permite afirmar con gran dosis de seguridad que la circunstancia fundamental que el legislador de 1981 tuvo in mente al introducir la indemnización fue ese atentado a la intimidad del otro contrayente, pero de alguna forma, ese atentado vendría cualificado por el componente sexual de aquél (“si ha existido convivencia conyugal”). Esta es, en mi opinión, la dimensión resarcitoria que de manera primordial trató de cubrir el legislador de 1981 a través de la indemnización.

psíquicas), el cual tiene lugar con independencia de que haya existido, o no, convivencia entre los contrayentes y, asimismo, los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio nulo, los cuales pierden su utilidad, tras su declaración de invalidez, por lo que también han de ser indemnizados”⁶³².

En definitiva, presupuesta la existencia de convivencia conyugal, el resarcimiento del daño moral discurriría por una doble vía: la del art. 98 CC y la del 1902 CC. Mientras el primero resarciría únicamente el daño moral derivado de la intromisión en la esfera más íntima de la persona (esfera más íntima que se entendería compendiada en la circunstancia de que haya existido convivencia conyugal), el segundo, cubriría a su vez daños morales y patrimoniales.

No existiendo esa convivencia, la única vía de resarcimiento del daño moral y, en su caso, del patrimonial, sería la del art. 1902 CC.

En este último caso (no existencia de convivencia conyugal) se estaría ante un defecto de reglas específicas dentro del sector⁶³³. No sería aplicable, por tanto, el art 98 CC, pero si entraría en juego, ese art 1902 CC.

c) El daño moral del art. 98 CC no precisa prueba

A favor de la dualidad de vías a efectos de resarcimiento del daño moral en el supuesto de nulidad matrimonial (DE VERDA Y BEAMONTE) concurriría, desde mi punto de vista, el tema de la prueba.

En el marco del art. 98 CC, es decir, presupuesta la existencia de convivencia conyugal, el contrayente de buena fe no ha de acreditar el daño, sino únicamente su buena fe, a cuyos efectos será suficiente la propia sentencia anulatoria (ROCA TRÍAS).⁶³⁴ En este sentido, se hace referencia a la objetivación de la indemnización.

No se ha de acreditar el daño, precisamente porque se prueba hubo convivencia conyugal. Probada la convivencia conyugal, para el legislador español el daño moral se infiere como consecuencia. Por ello no ha de acreditarse este último de modo independiente. Un planteamiento distinto el del art. 129 bis del *Codice Civile*, que pone a cargo del contrayente

⁶³² DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “La responsabilidad”, cit., pp. 208-209.

“Se trata, en definitiva, de la indemnización del daño *in contrahendo*, resultante de la lesión culpable del interés de la confianza. El hecho ilícito consiste en la infracción del principio de buena fe, el cual obliga a los contrayentes a un deber de lealtad y de corrección para no defraudar sus recíprocas expectativas a la validez del matrimonio, evitando la concurrencia de causas de nulidad imputables a su comportamiento malicioso o negligente”, cit., p. 209.

⁶³³ Supuesto éste en el que, incluso quienes se muestran contrarios al juego del Derecho de daños en el Derecho de Familia, admiten el recurso al mismo (“en defecto de reglas específicas dentro de cada sector”), MARTÍN CASALS, M Y RIBOT IGUALADA, J: “Daños”, cit., p. 528.

⁶³⁴ ROCA TRÍAS, E: “Comentario al art. 98”, cit., p. 630; NAVARRO MIRANDA, J. R: “Comentario al art. 98”, en AA. VV: *Código Civil Comentado*, Vol. I (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO Y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 534.

al que sea imputable la nulidad del matrimonio, “una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno sofferto”⁶³⁵ por la contraparte.

La norma italiana no alude a la convivencia conyugal, aunque tampoco la excluye. Existiendo convivencia, sin duda quedaría probado el daño para el legislador italiano, mucho más generoso que el español, puesto que, en nuestro sistema, no dándose convivencia conyugal, aparte de la regla del art. 95.2 CC, no hay indemnización alguna para el contrayente de buena fe (lo que se excluye expresamente por el art. 98 CC), fuera del resarcimiento que este pueda lograr al amparo del art. 1902 CC, con la consiguiente exigencia en tal caso, de prueba de los daños. Para el italiano, sin embargo, la sola existencia de mala fe en uno de los contrayentes, aun sin prueba de daño alguno para el otro, atribuye al primero una indemnización.

El carácter sancionador de la mala fe en la norma italiana (a diferencia de la española) es evidente. En aquella el elemento prevalente es la mala fe, y la no exigencia de prueba del daño sufrido puede deberse a la identificación por el legislador italiano del daño con el hecho mismo de la celebración de un matrimonio nulo.

En la norma española la sanción de la mala fe hay que verla al través de la existencia de convivencia conyugal, pues es el elemento determinante. La mala fe no puede separarse de la convivencia conyugal a efectos de indemnización. Si concurre sin que hubiere habido convivencia conyugal, se está fuera del 98 CC, aunque no del art. 95.2 CC y, en su caso, del art. 1902 CC en orden al resarcimiento de daños.

La importancia, por tanto, de la existencia de convivencia en la norma española resulta ser una prueba difícil de cuestionar en cuanto a la esencialidad de esa intromisión en el núcleo más íntimo de la persona, como factor determinante del derecho a la indemnización.

Lo que no ha de acreditarse es el daño moral derivado de la convivencia conyugal ya que este se infiere de la prueba de la propia convivencia. La no necesidad de prueba se circunscribe a ese daño moral, cualificado de alguna forma por el atentado al núcleo más íntimo de la persona⁶³⁶. Y la duración de ese atentado (la duración de la convivencia) “influirá decisivamente en la cuantía de la indemnización” (NAVARRO MIRANDA). Lo que no es obstáculo, en ningún caso, a que puedan existir y existan otros daños morales que ya no vendrían cubiertos por esa no necesidad de prueba y que, en consecuencia, se reconducirían al marco del art. 1902 CC, junto con los de naturaleza patrimonial (en su caso), con aplicación de las reglas generales en materia de prueba.

IV. CONSIDERACIONES ADICIONALES

⁶³⁵ Indemnización que debe comprender una suma correspondiente al mantenimiento por tres años. Quedando, asimismo, obligado a prestar alimentos al contrayente de buena fe, siempre que no existan otros obligados”. Cfr, entre otros, GALGANO, F: *Diritto privato*, Cedam, Padova, 1992, p. 769; LANZILLO, R: *Il matrimonio putativo*, Milano, 1978, NICOLÓ, R: *Commentario alla riforma del diritto di famiglia, a cura di Carraro-Oppo-Trabucchi*, tomo primo, parte prima, Padova, 1977, p. 207, PINO, A: *Il diritto di famiglia*, Padova, 1977, p. 78; RESCIGNO, P: *Manuale*, cit., p. 415, TRIMARCHI, P: *Istituzioni di Diritto Privato*, Milano, 2000, p. 721.

⁶³⁶ Quizá cabría aquí traer a colación el término bíblico “conocer”, atribuyéndole precisamente el mismo alcance con el que se “emplea en muchos pasajes del texto sagrado”

1. El art. 98 CC como núcleo central por cuanto se refiere a la operatividad del Derecho de daños en materia de nulidad matrimonial

La posición que se mantiene en el presente trabajo, con fundamento en muy autorizada doctrina⁶³⁷, expuesta con anterioridad es la de la no cobertura en su integridad por el art. 98 CC del resarcimiento causado al contrayente que lo fue de buena fe.

Este planteamiento, que es el que defiende, se enfrenta, sin embargo, a obstáculos de entidad, en cuanto presupone de un lado, una interpretación del precepto sumamente restrictiva en lo que se refiere al alcance de la indemnización y, de otro, en contra de la interpretación que defiende, porque parece milite asimismo la referencia al art. 97 CC, y a las circunstancias previstas en este último a la hora de fijar el montante de la indemnización. Finalmente, la tesis que aquí se sostiene choca con la existencia de una fuerte corriente doctrinal opuesta a la entrada en juego de las normas de Derecho de daños en el marco del Derecho de familia, a excepción de supuestos claramente delimitados.

2. Precisión del alcance y contenido de la indemnización del art. 98 CC

La defensa de la dualidad de vías a efectos del resarcimiento de los daños causados al contrayente de buena fe no es unánime en la doctrina. La existencia de una norma específica, la propia del art. 98 CC, nos lleva a sostener la existencia de una única vía, la del art. 98 CC, para obtener el resarcimiento de daños.

En este sentido, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, habla de un “derecho de indemnización especial”, añadiendo (con cierto margen de duda) que la indemnización (que se acaba de calificar de “especial”) “integrará en sí, en su caso, los daños patrimoniales y morales causados por el comportamiento ilícito (mala fe) del otro cónyuge”⁶³⁸.

De lo que quizá no quepa sino inferir que, existiendo derecho a esa indemnización “especial”, únicamente por ella, deberá discurrir la vía del resarcimiento, sin entrada en juego del art. 1902 CC, precepto cuya aplicabilidad se circunscribiría de esta forma a los supuestos en que no hubiere habido convivencia (“haya o no existido convivencia conyugal, puede haber acto ilícito (ocultación de impedimento, error causado dolosamente, coacción, amenazas, bigamia) del que se derive la obligación de indemnizar daños morales y patrimoniales”)⁶³⁹. Aun sin expresa referencia en dicho sentido, es obvio que, en tales casos, presupuesta la no existencia de convivencia, el resarcimiento discurrirá necesariamente por la vía del 1902 CC, dada la inaplicabilidad entonces de la indemnización del art. 98 CC.

La posición que se defiende en el presente trabajo (ya expuesta) es la de dualidad de vías (arts. 98 y 1902 CC, a cuyo amparo podrán interponerse distintas pretensiones con contenidos asimismo diferenciados).

⁶³⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R: “La responsabilidad”, cit., pp. 207 y ss. posición que el autor mantiene asimismo en recientes publicaciones, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad” (*Las Crisis Familiares*), cit., pp. 84 y ss.

⁶³⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., p. 90.

⁶³⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., p. 89.

A) “¿La indemnización no tiene en cuenta los daños, sino solo la buena fe?”

La afirmación entrecomillada corresponde a la opinión de ROCA TRÍAS⁶⁴⁰, para quien el art. 98 CC no tiene una función resarcitoria sino sancionadora, y “ello, porque la indemnización tiene un contenido tasado”, (que la autora refiere a lo dispuesto en el art. 97 CC), y no tiene en cuenta los daños que haya podido sufrir el cónyuge de buena fe sino sólo su buena fe. En este sentido considero que la indemnización del art. 98 CC tiene un fundamento objetivo”.

A estos efectos, llaman la atención algunas de las consideraciones contenidas en el texto que se acaba de recoger. La primera, la de que el art. 98 CC “no tiene en cuenta los daños que haya podido sufrir el cónyuge de buena fe”. En consecuencia, tales daños (en caso de existir) y en lo que respecta a su resarcimiento, deberán discurrir por una vía distinta a la del art. 98 CC, vía que no parece ser otra que la del art. 1902 CC.

A su vez, de admitirse la premisa anterior, parece excluirse a su vez una de las reglas de oro de los contradictores del juego de las normas de Derecho de daños en el ámbito del Derecho de familia (MARTÍN CASALS Y RIBOT IGUALADA) sobre la subsidiariedad del Derecho de daños respecto de las normas especiales fijadas en cada rama del Derecho privado, subsidiariedad que presenta como uno de sus axiomas la de la aplicabilidad de las reglas sobre responsabilidad civil, “sólo en defecto de reglas específicas dentro de cada sector”⁶⁴¹.

Entiendo que, en el planteamiento defendido por los autores citados, la propia del art. 98 CC, norma “especial”, supone el cierre del art. 1902 CC respecto de cualquier pretensión de resarcimiento.

Por el contrario, y, en mi opinión, la especificidad del art. 98 CC en materia de nulidad no podría ponerse en duda, pero, sin embargo, ello no constituiría obstáculo alguno a la aplicabilidad, pese a la existencia de una regla específica, de reglas propias de la responsabilidad civil.

La segunda consideración, se refiere a la buena fe. La autora antes citada afirma que la indemnización “tiene como base la buena fe de uno de los cónyuges”, “sólo tiene en cuenta la buena fe” de éste.

Dejando al margen si la indemnización es resarcitoria o sancionadora, esta se traduce en la entrega de un capital, que “tiene como base la buena fe”. Es la buena fe la que en opinión de ROCA TRÍAS, motiva esa entrega, pero resulta difícil separar esa buena fe de su efecto fundamental, es decir de su consecuencia dañosa para el contrayente. Y es que esa buena fe está en la base misma de “la convivencia *more uxorio* con una persona a la que se reputaba estar unido en un matrimonio, que, a la postre, resultó ser inválido, un daño

⁶⁴⁰ ROCA TRÍAS, E: “Comentario al art. 98”, cit., pp. 630-633.

⁶⁴¹ MARTÍN CASALS, M Y RIBOT IGUALADA, J: “Daños”, cit., p. 528.

moral que tiene su origen en esa intromisión de un “extraño” en la propia intimidad personal y familiar”, y a la que me referí anteriormente⁶⁴².

La indemnización trata de ser una contrapartida a un daño sufrido por uno de los contrayentes. Y ese daño no es ni puede serlo la buena fe de aquél, sino la agresión a su intimidad. Precisamente porque el contrayente tuvo buena fe, se produce esa intromisión en su ámbito más íntimo.

En definitiva, la consideración aislada y abstracta de la buena fe, carece de lógica. La buena fe conlleva, en el supuesto de hecho del art. 98 CC, una consecuencia que no es otra que la existencia de “convivencia conyugal”, “convivencia” que a su vez contiene el atentado a la intimidad del contrayente que lo fue de buena fe.

B) El fundamento objetivo de la indemnización es la existencia de convivencia conyugal

En mi opinión, el fundamento “objetivo” de la indemnización no parece encontrarse tanto en la buena fe (que por su propia naturaleza es un elemento claramente subjetivo), como en la existencia de convivencia conyugal, de la que el precepto no fija duración mínima, pero que puede constatarse objetivamente.

El elemento decisivo es el de la convivencia conyugal, de forma que, no dándose la convivencia conyugal, no surge el derecho a la “específica” indemnización prevista en el art. 98 CC, y ello, aun presupuesta la buena fe.

Por otro lado, mientras que en lo relativo a la prueba de la buena fe “seguramente le servirá (al contrayente) la propia sentencia en la que se declara la nulidad de su matrimonio” (ROCA TRÍAS), tratándose de la de la convivencia conyugal se requerirá una prueba efectiva de su existencia⁶⁴³, “puesto que lo que se excluye es la existencia de un matrimonio meramente formal, que nunca ha producido los efectos que le son propios” (ROCA TRÍAS).

C) La remisión al art. 97 CC

⁶⁴² Que la convivencia deba considerarse el elemento decisivo para la obtención de la indemnización ex art. 98 CC, se desprende de las siguientes consideraciones de LUNA SERRANO, A, Y RIVERO HERNÁNDEZ, F: para quienes la indemnización “intenta compensar económicamente los inconvenientes de todo orden de la anómala situación personal en que se ha encontrado el cónyuge de buena fe conviviendo con otra persona en aras de un vínculo inexistente, con la consiguiente limitación personal que, para el cónyuge que ve desvanecerse su situación de casado, la convivencia supone, por ser, aunque sin duda voluntaria, no cualificada y amparada por el vínculo matrimonial sobre la que precisamente quería establecerla”, LUNA SERRANO, A Y RIVERO HERNÁNDEZ, F: “Invalides del matrimonio”, en AA.VV: *Elementos de Derecho Civil; IV. Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1989, p. 184.

⁶⁴³ En definitiva, lo que se habrá de probar es que esa convivencia que se califica como “conyugal” ha estado efectivamente informada por la llamada *affectio maritalis*, intención de vivir como cónyuges (ilustrativo a este respecto, el art. 87 CC, en su redacción por la Ley 30/81, y en el que se aludía a la compatibilidad entre el “cese efectivo de la convivencia conyugal” y el mantenimiento de la vida de los cónyuges bajo un mismo techo, cuando se probare que tal circunstancia obedecía al interés de los hijos, a un intento de reconciliación, etc.). De interés sobre el tema, SAP Barcelona 15 enero 2020 (SAP B 145/ 2020).

La remisión al art. 97 CC por parte del art. 98 CC (“atendidas las circunstancias previstas en el art. 97” CC), adolece de falta de claridad en lo relativo a su exacto significado y alcance.

Ese carácter “extraño” que un autorizado sector de la doctrina viene exigiendo del art. 98 CC (DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS), viene determinado por esa remisión al artículo anterior (pensado para supuestos diferentes del de nulidad, como son los de divorcio y separación), y que lleva a compartir el parecer según el cual “la idea última (del art. 98 CC) fue la de evitar que un cónyuge “culpable” pudiera escapar al pago de la pensión compensatoria (suponiendo que éste debiera satisfacerla), instando la nulidad, en vez de acudir al divorcio”⁶⁴⁴.

Puede que la extrañeza propia del art. 98 CC, en cuanto remite a este art. 97 CC, se encuentre en la circunstancia de que “puestos a separarse de las pautas tradicionales del Derecho canónico los legisladores civiles no han sabido bien qué hacer con la nulidad matrimonial”⁶⁴⁵.

Para algunos, la exigencia de convivencia en el art. 98 CC “aproxima prácticamente (el supuesto) al del divorcio”, aunque contradicho por la consecuencia de que “la ley sin embargo no da al “cónyuge” el mismo derecho que en caso de divorcio”. El planteamiento se cierra subrayando la necesidad de atender “para fijar la indemnización, “a las mismas circunstancias” a que se ha de atender para fijar la pensión en caso de divorcio”⁶⁴⁶.

No faltan quienes sostienen que la razón de que se utilicen las mismas circunstancias que para determinar la pensión por separación o divorcio, “está en la importancia que la convivencia tiene en ambos supuestos”⁶⁴⁷. En mi opinión, las convivencias contempladas en los arts. 98 y 97 CC son cualitativamente distintas (matrimonial en un caso, consecuencia de una pura apariencia de matrimonio, en otro). Tampoco parece que el legislador las contemple como similares por cuanto se refiere a su duración, ya que presumiblemente la que se contempla en el art. 97 CC será superior en el tiempo (en casi todos de supuestos) a la (convivencia) subsiguiente a la celebración de un matrimonio nulo, y respecto de la cual algún parecer autorizado (GARCÍA CANTERO) se plantea incluso si “bastaría que hubiera sido únicamente la de la noche de bodas”⁶⁴⁸, sin excluir que con dicha efímera convivencia se entendiera cumplida la exigencia de “convivencia conyugal” del art. 98 CC. Por otro lado, la hipótesis de un matrimonio nulo cuya nulidad se inste muchos años después de su celebración sigue resultando extraño. Por todo ello, el elemento caracterizador de esa convivencia post matrimonio nulo no parece observarse

⁶⁴⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “La responsabilidad”, cit., p. 208. Idéntico punto de vista se mantiene en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P: “La nulidad”, cit., p. 100.

⁶⁴⁵ RAMS ALBESA, J: “Comentario a los arts. 95 a 101 CC”, en AA. VV: *Comentarios al Código Civil II*, Vol. 1º, Libro Primero (Títulos I a IV), (coord. por J. RAMS ALBESA), Bosch, Barcelona 2000, p. 1033.

⁶⁴⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., p. 90.

⁶⁴⁷ NAVARRO MIRANDA, J.R: “Comentario al art 98”, cit., p. 536.

⁶⁴⁸ GARCÍA CANTERO, G: “Comentario a los artículos 97 a 101” en AVV: *Comentarios al Código Civil y legislaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), T. II, arts. 42 a 107 CC, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 447.

en la convivencia misma, sino en su significado de intromisión en el núcleo más íntimo del contrayente de buena fe.

Por todo ello, el tratamiento por la doctrina de la remisión en cuestión no se presenta exento de dudas, presuponiendo, desde luego, que dicha remisión no se refiera a las normas que determinan el supuesto de hecho que da derecho a pensión, sino a las que regulan su cuantía⁶⁴⁹. El supuesto de hecho del nacimiento a la indemnización viene determinado por el art. 98 CC, que no especifica la cuantía, remitiéndose para ello al art anterior. La cuestión del desequilibrio económico queda fuera, porque el art. 98 CC no se refiere a “todo” el art anterior, sino sólo a aquellas cuestiones que pueden servir para determinar la cuantía de la indemnización⁶⁵⁰.

“En consecuencia, afirma ROCA TRÍAS, la indemnización a que da derecho el matrimonio nulo tiene como base la buena fe de uno de los cónyuges (este es el supuesto de hecho) y en una fase posterior y para determinar la cuantía de la indemnización, se deben tener en cuenta las circunstancias⁶⁵¹ que también deben ser examinadas en el caso de la pensión y que, en ambos supuestos, sólo sirven para determinar la cuantía y no para determinar ni el desequilibrio (pensión) ni la indemnización (nulidad)”⁶⁵².

Comparto en parte este parecer, aunque con la discrepancia de colocar en la convivencia conyugal (y no en la buena fe) la base de la indemnización. A lo anterior me lleva la circunstancia de que, aun existiendo buena fe, no dándose la convivencia, no surge derecho alguno a la “especial” indemnización prevista en el art. 98 CC.

3. Referencia al art. 95.2 CC⁶⁵³

⁶⁴⁹ Por todos, ROCA TRÍAS, E: “Comentario al art.98”, cit., p. 633.

⁶⁵⁰ ROCA TRÍAS, E: “Comentario al art. 98”, cit., p. 633. En el mismo sentido, muy recientemente, DE VERDA Y BEAMONTE Y CHAPARRO MATAMOROS: “La nulidad”, cit., p.100, nota 46. “No convence, afirman, la tesis que realiza una lectura del art. 98 CC en clave de “desequilibrio económico”, porque el desequilibrio económico que el cónyuge de buena fe pudiera sufrir respecto del de mala fe, tiene su cauce en el art. 95.II CC y los desequilibrios que no puedan ser reparados a través del art. 95.II CC (entre ellos, señaladamente, los que tengan lugar cuando ambos contrayentes sean de buena fe) podrán ser resarcidos a través del principio de enriquecimiento injusto, que opera prescindiendo de la buena o mala fe de los sujetos, tal y como acontece en el supuesto de extinción de uniones de hecho. Sería absurdo aplicar el principio de enriquecimiento injusto en el caso de convivencia de hecho y negarla en el caso de convivencia fruto de un matrimonio declarado nulo”.

⁶⁵¹ En lo que relativo a las circunstancias del art. 97 CC, habría que hacer sobre ellas una reflexión general. Y es que presentan algún grado de artificiosidad por cuanto se refiere a su aplicación a los supuestos de nulidad matrimonial. En este sentido, podríamos decir que el legislador de 1981 actuó probablemente de forma apresurada al establecer esa remisión del 98 CC a las circunstancias del artículo anterior. Suscita dudas esa hipotética aplicabilidad a la nulidad matrimonial de un elenco de circunstancias previstas en un primer momento para aquellos supuestos a los que cuadran en plenitud (divorcio y separación). En definitiva, la cuestión sería la siguiente: ¿resulta técnicamente correcto considerar aplicables un idéntico elenco de circunstancias, de un lado, a supuestos de existencia del vínculo, y, de otro, a la categoría de la nulidad en la que por definición aquél no llega a nacer? ¿quizás esas circunstancias del art. 97 CC, algunas de ellas al menos, no parecen estar pensadas para situaciones prolongadas en el tiempo, que no encajan del todo con la figura de la nulidad, que, por lo general, no parece resolverse tras largos periodos de convivencia?

⁶⁵² ROCA TRÍAS, E: “Comentario al art. 98”, cit., p. 633.

⁶⁵³ Art. 95.2 CC: “Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial, las disposiciones relativas

A) Preliminar

La norma se introdujo por la reforma de la Ley 30/81, aunque con claros precedentes en el anterior art. 72 CC⁶⁵⁴, que contenía una regla parcialmente similar. La actualmente vigente es a su vez, consecuencia directa de la introducción en el CC por ley de 13 mayo 1981 del régimen de participación en las ganancias.

B) Ámbito de aplicación

La doctrina ha señalado las dudas que suscita el ámbito de aplicación de la norma. Puede que para determinar este sea útil partir de la propia naturaleza de aquella. Al tratarse de una norma sancionadora, y no estrictamente penal, una interpretación amplia de la misma parece mucho más acorde con su propia *ratio* que la contraria, que hace depender su alcance de la existencia, en su caso, de un régimen de comunidad, excluyéndola en el caso de que el régimen matrimonial fuere el de separación de bienes⁶⁵⁵.

Considero que una aplicación de la norma a todos los supuestos⁶⁵⁶ de extinción de régimen económico matrimonial es mucho más justa. Presupuesta la mala fe de uno de los contrayentes (ninguna referencia a la convivencia contiene el art. 95.2 CC, por lo que procede su aplicación, aun no existiendo aquella), reducir el ámbito de aplicación en función de cuál sea el régimen no parece concordar con el deseo legislativo.

A favor de esta interpretación concurriría, además, otra circunstancia, la de que, de optarse por una interpretación distinta, contribuiría progresivamente a la obsolescencia de la norma. Y es que la frecuencia cada vez mayor de que el régimen pactado sea el de separación de bienes, produciría como consecuencia la progresiva inaplicabilidad de aquella.

C) Práctica de la liquidación

al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte”.

⁶⁵⁴ Art. 72 CC, redacción por Ley 24 abril 1958: “La sentencia firme de nulidad producirá, respecto de los bienes del matrimonio, los mismos efectos que la disolución por muerte; pero el cónyuge que no hubiera obrado de mala fe no tendrá derecho a los gananciales.

Si la mala fe se extendiera a ambos, quedará compensada”.

La doctrina que escribía para antes de las reformas de 1981 señaló con acierto que, aunque referido el art. 72 al régimen de gananciales (de comunidad limitada éste), no podría dudarse de su aplicación a otros regímenes económicos que fueren asimismo de comunidad universal o de comunidad limitada. En este sentido, y escribiendo para antes de las reformas de 1981, SANCHO REBULLIDA, F. DE A: “Comentario al art. 72 CC”, en AA. VV: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), Tomo II, Artículos 42 a 107 CC, Ed. Revista de Derecho Privado, Jaén, 1978, pp. 198-199.

Con posterioridad, coincidiendo con este punto de vista, GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al art. 95 CC” en *AVV: Comentarios al Código Civil y legislaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), T. II, arts. 42 a 107 CC, Ed revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 406.

⁶⁵⁵ ROCA TRÍAS, E: “Comentario al art. 95 CC”, cit., p. 606.

⁶⁵⁶ A todos los supuestos, en cuanto partamos de la idea de que, también en el marco de un régimen de separación de bienes, cabe hablar de liquidación (así, por ejemplo, en lo que se refiere a contribuciones atrasadas y no satisfechas de uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio soportadas solamente por el otro (art. 1318 CC), así como, de las compensaciones que puedan proceder entre los patrimonios de los cónyuges). En este sentido, LUNA SERRANO, A, Y RIVERO HERNÁNDEZ, F: “Invalidez del matrimonio”, cit., p. 182.

La norma conlleva que el contrayente de buena fe pueda aplicar, en su propio beneficio y aun sin haberlo pactado, las reglas del régimen de participación.

El ejercicio de la opción que la norma concede al único contrayente de buena fe, presupuesto que la sentencia de nulidad declare la mala fe del otro, no supone excluir ni el régimen matrimonial que por pacto o por ley corresponda, ni las operaciones liquidatorias propias del régimen disuelto y con arreglo a sus específicas normas.

“La virtualidad propia de la decisión del optante viene, por el contrario, a insertar en el curso de las operaciones liquidatorias propias de cada régimen, las operaciones propias del reparto de las ganancias o incrementos en el régimen de participación” (LUNA SERRANO Y RIVERO HERNÁNDEZ)⁶⁵⁷.

El sentido de la propia norma es el de que el régimen matrimonial existente no es el de participación. Si lo fuere, obviamente, no cabría la opción (“podrá optar”) a la que se hace referencia. Procedería sin más la aplicación directa de las normas del régimen de participación. Se valorará exclusivamente el patrimonio inicial y el final del cónyuge de mala fe, con arreglo a las normas del régimen de participación, y caso de arrojar un remanente el segundo sobre el primero, de la mitad de dicho remanente será deudor el cónyuge de mala fe al de buena fe⁶⁵⁸.

Existiendo un régimen de comunidad, por ejemplo, el de gananciales, el planteamiento es distinto, ya que habrá de operar la inserción a que se ha hecho referencia con anterioridad⁶⁵⁹.

De otro lado, al hablar el precepto de una opción, no falta quien se pregunte cual deberá ser la otra alternativa en el caso de que el contrayente de mala fe no haya obtenido ganancias. Algunos piensan en la existencia en dicho caso de una laguna legal, inclinándose por el mantenimiento de la regla contenida en el anterior art. 72 CC, en su redacción por Ley de 24 abril 1958 (pérdida de los gananciales por el contrayente de mala fe)⁶⁶⁰, dado que sólo en tal caso tiene sentido la opción (GARCÍA CANTERO)⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ LUNA SERRANO, A Y RIVERO FERNÁNDEZ, F: “Invalidez del matrimonio”, cit., p. 183.

⁶⁵⁸ GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al art. 95”, cit., p. 406, siquiera recogiendo el parecer de LACRUZ.

⁶⁵⁹ “Dicha inserción en sus operaciones liquidatorias deberá tener lugar antes del momento de la división de los bienes comunes y del subsiguiente paso de la adjudicación de bienes concretos a los contrayentes. Si el régimen económico de comunidad que hay que liquidar es el de gananciales, se llevarán a cabo las operaciones disolutorias del mismo de inventario y de liquidación determinativa del caudal común teóricamente partible; a continuación se efectuará el avalúo de esa masa y, considerando la mitad correspondiente, en principio, a cada uno de los cónyuges como su patrimonio final, se hará la comparación relativa de esta suma con la del valor de su patrimonio propio inicial con el que contaba en el momento de iniciarse el régimen de comunidad el cónyuge de mala fe y se hará la determinación consiguiente de las ganancias por él obtenidas; posteriormente, se liquidará el haber teórico del cónyuge de mala fe en el patrimonio común con deducción del crédito debido por participación o reparto de ganancias al cónyuge de buena fe y se determinará, en consecuencia, la efectiva cuota que a cada uno corresponde en los gananciales; finalmente, se llevará a cabo la división, en las proporciones debidas, del caudal ahora definitivamente partible y se efectuará la atribución subsiguiente de bienes concretos a cada uno de los aparentes esposos”, LUNA SERRANO, A, Y RIVERO HERNÁNDEZ, F: “Invalidez del matrimonio”, cit., p. 183, nota 35.

⁶⁶⁰ Art. 72 CC, en su redacción anterior a la vigente, procedente de la Ley de reforma del CC de 24 abril 1958.

⁶⁶¹ GARCÍA CANTERO, G: “Comentario al art. 95”, cit., p. 406.

V. LA CAUSACIÓN DOLOSA O NEGLIGENTE DE LA NULIDAD MATRIMONIAL

1. Preliminar

Uno de los ejes centrales de la argumentación contenida en el presente capítulo de mi trabajo, es el de sostener la relevancia y operatividad de la responsabilidad civil en el marco de la nulidad matrimonial.

Cuando se defiende, como se trata de hacer aquí, la operatividad del Derecho de daños en el marco de las relaciones familiares, y concretamente, en lo referente al ámbito de la nulidad de matrimonio, no se pretende poner en cuestión el carácter subsidiario de las normas del Derecho de daños respecto de las normas especiales fijadas en cada rama del Derecho privado, ni tampoco de la aplicabilidad de las normas sobre responsabilidad civil “sólo en defecto de reglas específicas dentro de cada sector”⁶⁶², sino de señalar el alcance que deba atribuirse a dicha afirmación.

¿Cómo debe entenderse ese “defecto de reglas específicas”? ¿cómo inexistencia de estas, o también como insuficiencia de las existentes para prever todas las consecuencias del hecho dañoso? Parece imponerse esta última opción.

2. Especificidad del art. 98 CC y déficit de protección

Que el art. 98 CC es norma específica en materia de nulidad matrimonial es incuestionable. En consecuencia, el Derecho de familia proporciona una regulación que tiene este carácter (es específica). Por ello, el planteamiento debería ser el siguiente: la existencia de esa regla específica, ¿impediría negar la existencia de un déficit de protección para el contrayente de buena fe? No lo impide, porque ese déficit existe. No se trata de la existencia de una laguna “que deba integrarse indiscriminadamente mediante las reglas de responsabilidad civil”. La existencia de esa regulación específica impide hablar de laguna, pero no impide hacerlo de déficit de protección.

3. Las “rarezas” del art. 98 CC

Que el art. 98 CC es un precepto “extraño” es una afirmación generalmente aceptada⁶⁶³, y que sigue generando dudas en cuanto a su interpretación también.

⁶⁶² En este sentido, el trabajo tantas veces citado de MARTÍN CASALS, M Y RIBOT IGUALADA, J: “Daños”, cit., p. 528.

⁶⁶³ Por todos, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “La responsabilidad”, cit., p. 208. Ese carácter “extraño” del precepto puede deberse a varias causas (la idea última quizá sea la de evitar que un cónyuge “culpable” pudiera escapar al pago de la pensión compensatoria, sin que quizá quepa descartar, también, las imprecisiones del legislador de 1981 a la hora de cuadrar la figura de la nulidad matrimonial, figura prácticamente teórica en la regulación anterior, y en la que si ya resultaba “rara” la misma unión matrimonial civil, qué decir de su nulidad, En consecuencia, se atinó más a la hora de establecer las causas de nulidad que a la de diseñar sus efectos).

En una línea similar, se manifestaba GARCÍA CANTERO, G, en un comentario a poco de la reforma, aunque no limitándolo al art. 98 CC sino al conjunto normativo contenido en los arts. 91 a 101 CC: “Resulta difícil la exégesis de la nueva normativa, no sólo por la falta de precedentes patrios que hayan servido de modelo o inspiración a la regulación, sino por la razón de que nuestro legislador ha seguido el ejemplo de legislaciones extranjeras, sólo en aspectos parciales, sin adoptar la totalidad del sistema”; “Comentario a los arts. 97 a 101 ”, cit., p. 418.

¿Basta el juego del art. 98 CC para el resarcimiento (integral y completo) del contrayente de buena fe? ¿Cuál es el alcance de esa indemnización a la que el precepto se refiere? ¿Qué partidas deberán entenderse comprendidas en ella? ¿Viene resuelto el problema con la remisión hecha al art. 97 CC, precepto pensado para una situación totalmente diferente, como lo es la subsiguiente a una disolución del matrimonio por divorcio o (supuesto menos frecuente) una separación conyugal?

4. ¿Qué es lo que cubre la indemnización?

Dicho de otra forma, ¿cuál es el contenido indemnizatorio que, en su caso, debe incluir aquella?

Ya anteriormente se adelantó el punto de vista defendido en este trabajo, ya que en sede doctrinal se aprecian vacilaciones.

“Parece que la indemnización, apunta PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, integrará en sí, en su caso, los daños patrimoniales y morales causados por el comportamiento ilícito (mala fe) del otro cónyuge”, precisando a continuación que “el comportamiento ilícito será, entonces, una de las “otras” circunstancias (art. 97, inicio, y 98 CC) que el Juez tendrá en cuenta para fijar la indemnización”⁶⁶⁴.

“La normativa aquí estudiada, afirma GARCÍA CANTERO, no veda el ejercicio de otras acciones de indemnización con base en las reglas generales. Así, para exigir la reparación del daño moral contra el causante de la nulidad, o para exigir la reparación de daños patrimoniales no cubiertos por la normativa legal. Ningún precepto contenido en este capítulo (IX Libro I CC) limita las acciones ejercitables a las aquí reguladas; por otro lado, no todo el daño efectivamente causado es objeto de reparación con base en las mismas”⁶⁶⁵.

Se trata de dos puntos de vista autorizados pero contrapuestos. Según el primero, la indemnización (al cubrir la totalidad de los daños), excluiría el ejercicio de otras acciones, mientras que, en el segundo, la posibilidad de ese ejercicio no presenta duda.

De estas dos posiciones, me parece más clara la de PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, si bien, ello no supone que la comparta: la indemnización ex art. 98 CC cubriría la totalidad de los daños. La pretensión de resarcimiento deberá discurrir en su integridad, por la vía de la indemnización en él prevista.

¿Resultaría coincidente este parecer con el defendido muy posteriormente por MARTÍN CASALS Y RIBOT IGUALDA, acerca de la exclusión de las reglas de Derecho de daños cuando exista una norma específica que, en el caso, se contendría en el art.98 CC?

La argumentación de GARCÍA CANTERO sugiere varios interrogantes: La reparación del daño moral precisaría del ejercicio de “otras acciones de indemnización, con base en las reglas generales”, lo que sugiere inmediatamente la pregunta acerca de qué sea lo que realmente se indemniza a través del propio art. 98 CC. ¿Qué decir, asimismo, de los daños

⁶⁶⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de Familia*, cit., p. 90.

⁶⁶⁵ GARCÍA CANTERO, G: “Comentario a los arts. 97 a 101”, cit., p. 448.

patrimoniales?; ¿qué daños patrimoniales estarían cubiertos por la normativa legal y cuáles no?

En cualquier caso, se concluiría que la “especificidad” del art. 98 CC no es obstáculo a la entrada en juego de las reglas generales en materia de Derecho de daños.

5. Postura defendida en el presente trabajo

A) La indemnización del art. 98 CC y aplicabilidad, en su caso, del art. 95. 2 CC

Si se parte, como parece procedente del carácter central que la existencia de convivencia conyugal presenta en el precepto en estudio, se ha de diferenciar de un lado, el daño moral que, en sí misma, representa el hecho de la convivencia “conyugal” con un extraño, concurriendo además la mala fe de este, y, de otro, los demás daños morales producidos, en su caso, por la declaración de nulidad matrimonial.

“El art. 98 cubre los daños que, directamente, derivan de la convivencia *more uxorio* con una persona a la que se reputaba estar unido en un matrimonio, que, a la postre, resultó ser inválido: se trata, fundamentalmente (aunque no sólo), de un daño moral que tiene su origen en la intromisión de un “extraño” en la propia intimidad personal y familiar” (DE VERDA Y BEAMONTE)⁶⁶⁶. Punto de vista que comparto íntegramente.

Por tanto, el daño moral que la indemnización pretende reparar es, sustancialmente, el causado y representado por la existencia misma de esa convivencia a la que el legislador exige carácter o naturaleza conyugal. El derecho a la indemnización no lo origina cualquier convivencia, sino aquella que quepa calificar de conyugal y que, sin embargo, descansa en una falsedad. Como afirma el autor citado, daños morales que “directamente” derivan de esa convivencia.

Es tal la importancia la convivencia conyugal en el precepto que, de no darse esta, no surge el derecho a la indemnización⁶⁶⁷. Si uno de los contrayentes lo fuere de buena fe y no hubiere convivencia el daño moral resarcible (en su caso) no es el previsto en el art. 98 CC. Es esta circunstancia la que, en mi opinión, conduce a replantearse algunas interpretaciones que han centrado el análisis del precepto en la buena fe, convirtiéndola en el eje de la norma, y destacando su carácter sancionador para el contrayente que lo fue de mala fe⁶⁶⁸.

Y es que, además, ese carácter sancionador de la norma se pierde si se repara en que, aun concurriendo mala fe del otro contrayente, no hubiere existido convivencia conyugal. En este caso la sanción a la conducta del contrayente de mala fe discurrirá por otros preceptos distintos del propio art. 98 CC (así, el 95.II). En definitiva, si existe mala fe de uno y se da

⁶⁶⁶ DE VERDA Y BEAMONTE. J. R: “La responsabilidad”, cit., p. 208.

⁶⁶⁷ A la indemnización “específica” prevista en el art. 98 CC. Podrá tenerse derecho a otras indemnizaciones, pero no a la que concede el art.98 CC. A diferencia del legislador italiano, el español ha convertido en centro de la norma la existencia de “convivencia conyugal”.

⁶⁶⁸ Pareceres autorizados, aunque emitidos en la primera hora de la reforma de 1981, así ROCA TRÍAS, E: “Creo que la indemnización a que da derecho el matrimonio nulo tiene como base la buena fe de uno de los cónyuges”; “Con la indemnización del art. 98 no se trata de paliar un desequilibrio, sino resarcir la buena fe”, “Comentario al art. 98”, cit., p. 633.

esa convivencia calificada como de conyugal, operara el art. 98 CC. En cambio, si no se da esa convivencia aun concurriendo mala fe, cualquier pretensión resarcitoria deberá discurrir por una vía diferente a la de este último art.

En el caso de que el contrayente de buena fe ejerciere la opción que le concede el párrafo segundo del art. 95 CC, a la me referí anteriormente, es obvio que ello carece de toda influencia a efectos de la indemnización ex art. 98 CC⁶⁶⁹. Se trata de dos indemnizaciones distintas, porque responden a finalidades diferentes. El contrayente de buena fe podrá resultar favorecido por la concurrencia de ambos tipos de indemnización, lo que no es obstáculo, en su caso, de sus respectivos importes en la resolución judicial que proceda.

De otro lado, la exigencia de convivencia conyugal viene exigida por el art. 98 CC, pero no por el segundo párrafo del art. 95 CC, que únicamente se refiere a la mala fe de uno de los contrayentes, abarcando, en consecuencia, todo supuesto de nulidad matrimonial con mala fe de uno, aun sin que hubiere convivencia conyugal.

B) Cobertura de otros daños morales

Para el resarcimiento de esos otros daños morales, distintos de los causados de manera directa e inmediata por esa circunstancia erróneamente calificada como convivencia “conyugal” (ya que no existe vínculo que la sustente, tratándose de una convivencia *more uxorio*) se requiere recurrir al art. 1902 CC.

Este el parecer seguido por DE VERDA Y BEAMONTE que comparto íntegramente:

“El art. 1902 CC permite resarcir aquellos daños que no tienen causa directa e inmediata en la convivencia, sino que derivan, más estrictamente, de la circunstancia de la celebración de un matrimonio nulo. Es, sobre todo, el daño moral consistente en la frustración del propósito de formar una familia fundada en el matrimonio (con las consiguientes secuelas psíquicas), el cual tiene lugar con independencia de que haya existido, o no, convivencia entre los contrayentes; y, asimismo, los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio nulo, los cuales pierden su utilidad, tras su declaración de invalidez, por lo que también han de ser indemnizados”⁶⁷⁰.

C) Daño moral y personalización del negocio jurídico matrimonial

En estrecha conexión con el punto de vista que se acaba de apuntar, se muestra la idea fundamental del presente trabajo, que no es sino la de demostrar, con la mayor claridad posible, que la nulidad matrimonial regulada en nuestro CC, la surgida de la reforma de la Ley 30/81, es, ante todo, una manifestación de un fenómeno que desde hace tiempo goza de denominación propia, aceptada por la mayoría de la doctrina científica, e incorporada a la terminología de nuestro Derecho de familia: el de “personalización” del

⁶⁶⁹ En este sentido, ROCA TRÍAS, E: “Comentario al art. 95”, cit., p. 606.

⁶⁷⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “La responsabilidad”, cit., pp. 208-209.

“Se trata, en definitiva, de la indemnización del daño *in contrahendo*, resultante de la lesión culpable del interés de la confianza. El hecho ilícito consiste en la infracción del principio de buena fe, el cual obliga a los contrayentes a un deber de lealtad y de corrección para no defraudar sus recíprocas expectativas a la validez del matrimonio, evitando la concurrencia de causas de nulidad imputables a su comportamiento malicioso o negligente”, cit., p. 209.

matrimonio). El matrimonio “se personaliza”⁶⁷¹, es decir, se adapta a la persona. También a través del régimen de la nulidad, o, dicho de otra manera, “la tiene en cuenta especialmente”, y la tiene en cuenta “en su concreta singularidad”.

“La tiene en cuenta” por cuanto el legislador se preocupa de la voluntad real de los sujetos, de sus deseos, intenciones y propósitos, de manera que ese régimen jurídico, a diferencia del vigente con anterioridad a la CE y, más concretamente, a la Ley 30/81, en el que la voluntad manifestada en el acto de celebración se configuraba como adhesión de los contrayentes al “modelo” o “tipo” matrimonial, configurado de forma rígido por el legislador, sin posibilidad alguna de hacer entrar en él los fines o propósitos concretos perseguidos por los contrayentes. De esta forma tal voluntad real se presenta como “cauce” para que los sujetos de la relación dejen de ser simples destinatarios de un régimen jurídico destinado a mantener la dimensión institucional del matrimonio y, pasen a ser protagonistas reales de esa misma relación.

En este sentido, y reiterando ideas de capítulos anteriores, no quiere afirmarse que el matrimonio se confíe a la voluntad de los contrayentes, a sus deseos caprichosos, superficiales o arbitrarios. Ya apunté anteriormente esa idea del matrimonio “de mínimos” (imperativos e inmodificables estos por su misma naturaleza), pero no excluyente de propósitos subjetivos de los contrayentes, que podrán insertar en ese esquema legislativo básico, y cuya relevancia jurídica el legislador hace depender precisamente de esa inserción querida por ellos (“cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento”, art. 73.4 CC, y sobre cuya interpretación y alcance me remito a lo dispuesto en el capítulo V del presente trabajo).

D) La categoría de la nulidad matrimonial muestra una dimensión inexistente con anterioridad: la ampliación sustancial del ámbito de autonomía de la persona en materia matrimonial

Situados en esta perspectiva, la figura de la nulidad matrimonial se muestra en su entera dimensión al encaminarse a la adecuada satisfacción de intereses legítimos y dignos de tutela jurídica cuya protección no puede alcanzarse adecuadamente través de la figura de la disolución del matrimonio por divorcio por partir esta precisamente de la validez del vínculo.

El/los sujeto/s consintieron sobre ese esquema matrimonial llamado “de mínimos” que responde al esquema legislativo, pero no sólo sobre él, sino sobre otras circunstancias, legítimas, dignas de protección jurídica, que ese esquema “de mínimos” no presupone, ni exige, pero sin las cuales el/los contrayentes/s no conciben, ni desean, la unión

⁶⁷¹ En la doctrina española la introducción y consolidación de tal término, ampliamente aceptado, es mérito de DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, en numerosas aportaciones, entre otras, *El error*, cit., pp. 20 y ss.

matrimonial., y que, consiguientemente, insertaron en ese esquema. De haber conocido su inexistencia, la voluntad de aquellos hubiere sido desistir de su celebración.

A ese daño moral, al que encuentra su causa en lo que se acaba de decir, y cuyo resarcimiento debe discurrir por la vía del art. 1902 CC, es al que se refiere DE VERDA Y BEAMONTE: “Es, sobre todo, el daño moral consistente en la frustración del propósito de formar una familia fundada en el matrimonio (con las consiguientes secuelas psíquicas), el cual tiene lugar con independencia de que haya existido, o no, convivencia entre los contrayentes”⁶⁷².

Daño moral, (el del art. 98 CC), aunque circunscrito a la existencia de convivencia conyugal, y daños morales, también, aquellos a los que nos acabamos de referir, independientes del primero, al no derivar directamente de la existencia de convivencia conyugal, y que, a diferencia de aquél, deberán probarse para su resarcimiento al amparo del art. 1902 CC

El cauce del art. 1902 CC deberá, asimismo, ser utilizado para la reclamación de los gastos de carácter patrimonial cuyo resarcimiento, en su caso, proceda (gastos hechos y obligaciones contraídas en atención a ese matrimonio declarado nulo después, y carentes por ello de utilidad tras esa declaración)⁶⁷³.

VI. RESERVA MENTAL Y ERROR EN CUALIDAD PERSONAL

1. Preliminar. La reserva mental

Excluida la figura del matrimonio simulado, o de “complacencia” o “conveniencia”, que presupone la existencia de acuerdo entre los simuladores y, por tanto, la concurrencia de mala fe en ambos, la operatividad de las reglas en materia de responsabilidad civil en el ámbito que nos ocupa, se circunscribe fundamentalmente a los supuestos de reserva mental y error en cualidad personal de entidad, sin que quepa excluir los de coacción o miedo grave.

No procede entrar en ninguna consideración sobre la figura de la reserva (a la que ya me he referido en un capítulo anterior del presente trabajo), así como en los pros y contras de su relevancia como causa de nulidad matrimonial. Lo que se ha tener en cuenta, sin embargo, es que la jurisprudencia de instancia ha ido progresivamente admitiéndola como causa de nulidad, encuadrándola en el núm. 1 del art. 73 CC y, en consecuencia, como un supuesto de inexistencia de consentimiento matrimonial⁶⁷⁴.

⁶⁷² DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “La responsabilidad”, cit., p. 208.

⁶⁷³ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “La responsabilidad”, cit., pp. 208-209

⁶⁷⁴ Así, entre otras, SAP Barcelona 8 noviembre 1999 (AC 1999, 2588), SAP Valencia 20 julio 2006 (JUR 2007, 40031; SAP Málaga 30 noviembre 2006 (JUR 2007, 163775); SAP Málaga 22 enero 2009 (JUR 2009, 199377), SAP Barcelona 25 noviembre 2009 (JUR 2010, 151 111), SAP Vizcaya 20 mayo 2010 (JUR 2010, 409090). DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “La responsabilidad”, cit., p. 204, nota 345, con especial tratamiento de la STS 28 noviembre 1985 (JC 1985, 707).

A diferencia del error en cualidad personal del otro contrayente, y en el que la culpa o negligencia puede ser determinante del error padecido, en la reserva, la existencia de una *causa simulandi*, externa (o no) a la relación interpersonal entre los contrayentes⁶⁷⁵, impediría el juego de la culpa, y reconduciría el supuesto al ámbito de la mala fe (dolo)⁶⁷⁶.

Dada, por ello, la radical insuficiencia⁶⁷⁷ del art. 98 CC, e incluso la inaplicabilidad de este en aquellos supuestos en que no hubiere convivencia conyugal, el ejercicio de las acciones de resarcimiento (en su doble vertiente de reparación de daños morales y, en su caso, patrimoniales) procederá por la vía del art. 1902 CC.

2. El error en cualidad personal.

A diferencia de la reserva, en el supuesto del error en cualidad personal ninguno de los contrayentes pretende la exclusión del matrimonio. El matrimonio se quiere por ambos, pero el consentimiento de uno de ellos no es íntegro, sino viciado por la concurrencia del error padecido sobre una cualidad personal del otro.

Dada la simplificación del esquema matrimonial civil operada por Ley 30/81, resulta complicado que el error padecido por el contrayente que lo sufre pueda recaer sobre un elemento o circunstancia que no sea una cualidad personal del otro.

Y ello porque el esquema anterior caracterizado por su simplicidad no va más allá de lo que representa una unión convivencial entre dos personas, de duración indefinida e informada por unos deberes (convivencia, fidelidad, etc.) cuya juridicidad resulta dudosa al ser confiados a la libre voluntad de cada contrayente, con lo que parece estarse más ante simples amonestaciones de carácter moral o ético que ante deberes específicamente jurídicos y provistos de una sanción de tal carácter.

Los errores sobre circunstancias que tengan que ver con el grado de parentesco, edad del otro, etc.) son muy improbables. No así los recayentes sobre enfermedades psíquicas graves (STS 18 septiembre 1989⁶⁷⁸), o, en general, anomalías o deficiencias de carácter

⁶⁷⁵ Y es que no parece que pueda compartirse la idea de que, tratándose de reserva mental, la *causa simulandi* (reserva mental: o simulación unilateral) albergue un fin práctico, querido positivamente, y siempre externo a la relación interpersonal entre los contrayentes. En contra de este punto de vista, STS 28 noviembre 1985 (J. Civil 1985, 707), y en la que la *causa simulandi* en modo alguno cabe considerar fuera externa a la relación interpersonal entre los contrayentes, dado que el propósito no era otro sino el de servirse del matrimonio a fin de conseguir así el mantenimiento de relaciones sexuales con la contraparte.

(como, por ejemplo, cuando el falso matrimonio se quiera celebrar al solo objeto de mantener relaciones sexuales con la contraparte). En contra, DE PABLO CONTRERAS, P: "Comentario al art. 45", cit., p. 351.

⁶⁷⁶ Salvadas las distancias, no parece dudoso que la definición propia del dolo empleada por el CC para los contratos en el art. 1269 CC podría tomarse en cuenta aquí: "palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho". La noción propia del dolo no se emplearía más allá de la configuración misma de la conducta del autor de la reserva.

⁶⁷⁷ Radical insuficiencia desde una doble perspectiva: de una parte, porque, aun existiendo convivencia conyugal, el precepto sólo cubre los daños morales derivados de la convivencia misma, no los restantes daños morales ni los patrimoniales., de otra, porque no existiendo convivencia conyugal, el art. 98 CC carece completamente de aplicabilidad, con lo que en dicho caso el resarcimiento (daños morales y patrimoniales) discurrirá exclusivamente por la vía del art. 1902 CC.

⁶⁷⁸ STS 18 septiembre 1989 (Tol 1732436)

psíquico, que puedan tener algún grado de incidencia en el desarrollo de la vida matrimonial). Será escasa, también, la probabilidad de errores recayentes sobre circunstancias o elementos de carácter formal, que, de concurrir, afectarían a ambos contrayentes. Raramente se tratará de una circunstancia determinante de la nulidad, conocida solo por uno de ellos (así, el conocimiento por uno de la falta de competencia del funcionario o ministro autorizante de la celebración, más probable tratándose de matrimonios celebrados en forma religiosa), rareza que podría apoyarse en la irrelevancia de su concurrencia por la entrada en juego de los arts. 53 y 78 CC.

Así, parece concluirse que, simplificado profundamente el sistema de impedimentos por la reforma de 1981, el supuesto de error en cualidad personal de entidad recaerá más frecuentemente ya, sobre cualidades personales no pertenecientes a ese “esquema de mínimos”, pero directamente queridas por el sujeto que padece el vicio, al insertarse en ese proyecto de vida deseado por él (impotencia, SAT Valencia 9 mayo 1984)⁶⁷⁹, esterilidad (SAP Palma de Mallorca 23 febrero 1987)⁶⁸⁰, orientación sexual del otro contrayente (SAP Islas Baleares 5 junio 2006)⁶⁸¹, travestismo arraigado (SAP Barcelona 15 enero 2020)⁶⁸², ya, sobre circunstancias concurrentes en el otro y que, de haber sido conocidas por el contrayente que erró, le hubieren hecho desistir del matrimonio proyectado.

⁶⁷⁹ SAT Valencia 9 mayo 1984 (RGD 1984), p. 2455.

⁶⁸⁰ SAP Palma de Mallorca 23 febrero 1987 (RGD 1988), p. 625

⁶⁸¹ SAP Islas Baleares 5 junio 2006 (JUR 2006, 253511)

⁶⁸² SAP Barcelona 15 enero 2020 (Tol 7740945)

CONCLUSIONES

1. La figura de la nulidad matrimonial y su regulación en el CC, es cauce para el libre desarrollo de la personalidad, unido éste estrechamente a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE).
 2. Considero que, a través de la figura de la nulidad matrimonial y su régimen, el legislador del CC está tutelando ese mismo principio del libre desarrollo de la personalidad.
 3. He tratado de demostrar en el presente trabajo que la nulidad matrimonial es, ante todo, manifestación de una realidad normativa más amplia: la de “personalización del matrimonio”. Se desciende así por el legislador en la regulación del matrimonio del plano puramente institucional al de “personalización” de aquél, para “adaptarse” a la persona; a fin de tener en cuenta a esta en su concreta singularidad.
 4. ¿Cómo se ha conseguido este resultado legislativo?: en mi opinión, aunque no exclusivamente, a través de la “simplificación” del esquema matrimonial existente con anterioridad a la Ley 30/81, 7 de julio.
 5. Esta “simplificación” se traduce o plasma en un resultado: el núcleo esencial del matrimonio queda reducido a un mínimo.
 6. Para que ese “esquema” matrimonial vaya más allá de ese “mínimo”, será necesario que los sujetos de la relación jurídica matrimonial añadan o incorporen circunstancias o elementos relevantes para ellos, y determinantes de la prestación del consentimiento.
- Cuando, presupuesta esa incorporación, no sea realizable (concurriendo determinadas circunstancias), la aplicación de la categoría de la nulidad matrimonial hará posible tener aquel por no celebrado (a salvo la figura del matrimonio putativo ex art. 79 CC).
7. No se trata, pues, de que tales circunstancias o elementos, fines, o propósitos, de los contrayentes, sean irrelevantes para el ordenamiento. Si los sujetos de la relación los desean (uno o ambos), se incorporarán al esquema normativo, y serán entonces relevantes en cuanto queridos por los contrayentes.
 8. Esta realidad matrimonial “simplificada” se logra, en lo fundamental, a través de dos vías: de un lado , la simple eliminación de obstáculos a la celebración del matrimonio, traducida en la supresión de impedimentos; de otro, como se ha dicho, aunque el legislador conciba el matrimonio sin tales circunstancias, les atribuye relevancia cuando la voluntad de los sujetos las incorpora (quiero tener hijos biológicos; o quiero en mi matrimonio el mantenimiento de relaciones sexuales, y ello aunque el ordenamiento admita al matrimonio civil a una persona privada por completo de órganos genitales).
 9. Creo que la figura de la nulidad matrimonial hay que estudiarla en conexión con las del divorcio y la separación conyugal. En otro caso, resulta incomprensible. Creo que las tres

CONCLUSIONES

figuras presentan un denominador común: constituir cauces para el libre desarrollo de la personalidad de los sujetos.

La protección del libre desarrollo de la personalidad en materia matrimonial, no cabe llevarlo a cabo únicamente a través de la fase “extintiva” de la relación (disolución, y, en alguna medida, separación conyugal, aunque en esta no haya disolución del vínculo), sino también a través de la fase “constitutiva” de esa misma relación; garantizando así que el matrimonio celebrado ha sido, además, válidamente contraído en cuanto responde a la verdadera voluntad y propósitos del/os sujeto/s.

10. La puesta en conexión de los arts. 45.1 y 46. 1 CC no puede más que plantear dudas al doctorando. Siendo el matrimonio una relación duradera con un alto nivel de exigencia, la fijación de la edad de 16 años con emancipación, o incluso la edad de 18 años, resulta cuanto menos problemática.

Con todo, la cuestión parece venir resuelta por la misma realidad social española: de un lado, la media de edad a la que se suele contraer matrimonio en nuestro país es sensiblemente superior; de otro lado, el art. 45. 1 CC (“No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”) permitiría encuadrar aquellos supuestos que lo sean de falta de madurez para contraer, no necesariamente identificables de suyo con la ignorancia de la esencia del matrimonio, y ello en un cierto grado de paralelismo con la legislación canónica.

11. Descendiendo al marco de la capacidad matrimonial, he tratado de demostrar que la simplificación del régimen de impedimentos matrimoniales, de un lado, amplía el ámbito de la libertad matrimonial; y, de otro, reduce asimismo el matrimonio a un esquema “de mínimos”.

El contenido mismo de la relación jurídica matrimonial podrá así ser más o menos amplio en función de la voluntad de los contrayentes.

En cualquier caso, aceptado por los contrayentes ese esquema que denomino “de mínimos”, existe matrimonio para el legislador y calificable como tal.

12. Discrepando del parecer mayoritario en nuestra doctrina, creo que el art. 56. 2º CC, en su actual redacción, no implica ruptura con la legislación anterior. El fondo de la cuestión no sufre alteración, ya que la reforma se sitúa en el marco de la manifestación del consentimiento y de su recepción.

13. En definitiva, la redacción del art. 56 CC (introducida en 2017) trata de evitar se reconduzcan al ámbito de la ineptitud para la prestación del consentimiento matrimonial supuestos que, en realidad, no son sino obstáculos a la emisión, exteriorización, manifestación o recepción, en su caso, de ese consentimiento.

14. En la coyuntura entre armonizar, de un lado, el derecho al matrimonio de las personas con discapacidad y, de otro, el presupuesto de que el matrimonio de aquellas lo sea

realmente, por concurrir en él un consentimiento calificable como “matrimonial”, se ha optado por atribuir carácter estrictamente excepcional y subsidiario al dictamen médico; solución legislativa esta quizá no exenta de crítica.

15. Creo que se ha perfeccionado la norma contenida en el art. 56. 2 CC, en cuanto se ajusta más a su misma *ratio*. Frente a esa obsoleta realidad encuadrada bajo denominaciones igualmente anticuadas desde el punto de vista médico y psicológico (“hallarse en el ejercicio de su razón”, “intervalo lúcido”), pero que dejaban entrever el propósito del legislador de no considerar al enfermo o deficiente mental como un “incapaz” para contraer propiamente tal, los avances médicos y tecnológicos han colocado la norma en un contexto más adecuado a su verdadera *ratio*.

16. No se está, pues, en el marco del consentimiento en sí mismo considerado, y en el de la aptitud natural para prestarlo (y ello por cuanto de ese presupuesto básico había de partir necesariamente la norma contenida en el párrafo 2º art. 56 CC), sino en otro distinto (aunque en estrecha relación con el primero): el de la emisión, interpretación y recepción de ese consentimiento.

17. El recurso así a medios humanos, técnicos o materiales, inexistentes al tiempo de la entrada en vigor del CC e incluso mucho después, impiden ahora reconducir al marco de la incapacidad natural supuestos que, en realidad, no lo son de aquella, sino de manifestación, emisión o recepción del consentimiento.

18. El art. 83. 2º CC (redacción de 1889) (“No pueden contraer matrimonio: 2º. Los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio”), recogía una fórmula literalmente idéntica a la del art. 4. 2º de la Ley de Matrimonio civil de 1870.

La inclusión en el art. 83 originario CC de la aptitud mental, más que a una configuración de aquella como perteneciente a la capacidad para contraer, debe atribuirse a criterios sistemáticos.

“El pleno ejercicio de la razón” que realmente importaba al legislador del CC venía referido necesariamente “al tiempo de contraer matrimonio”.

Esta referencia de la aptitud mental a un momento temporal determinado hacía difícil su encuadramiento en el marco general de los requisitos de capacidad para contraer.

¿Acaso tenía sentido la fijación por el legislador de un requisito de capacidad que no venía acompañado de la fijación del criterio para garantizar esa misma capacidad?

19. No deja de resultar significativo que la reforma de 1981 (Ley 30/81, 7 de julio) ubicara ya el tratamiento legislativo de la cuestión en una sede bien distinta: la de la tramitación del expediente matrimonial, extrayéndola así del marco normativo “De los requisitos del matrimonio” (arts. 44 y ss. CC), lo que únicamente se explica en base a su consideración por el legislador de 1981 como una capacidad comprobable *ad casum*.

CONCLUSIONES

20. Ninguna duda cabe en cuanto a que en nuestra legislación civil subyace, como principio fundamental, la de considerar el matrimonio “más como un derecho a ejercitar que como una relación a constituir”.

Este principio, determinante absolutamente del enfoque de la cuestión atinente al matrimonio de los discapacitados, y característico desde luego de la legislación canónica, se seculariza en la Ley de Matrimonio civil de 1870.

21. Ninguna de las reformas llevadas a cabo en el art. 56. 2º por las Leyes 15/2015 y 4/2017 merece, desde una perspectiva de estricta técnica legislativa, un juicio tan favorable como creo que sigue mereciendo la redacción del precepto por Ley 30/81, remitiendo el problema de la salud mental del contrayente a la tramitación del expediente matrimonial.

23. Creo que los términos “evidente” y “categórico”, empleados por el legislador en el párrafo segundo del art. 56 CC, no se refieren a la capacidad volitiva e intelectual del contrayente, sino a las características que presenta la “condición de salud” en sí misma, sin referencia al nexo de aquella con la aptitud de la persona para prestar el consentimiento.

Por el contrario, la referencia a la “sustancialidad”, sí incide de manera directa sobre esa aptitud y, por tanto, sobre la capacidad para consentir.

24. La cuestión central en la temática “Discapacidad y Matrimonio”, creo es la de si la idoneidad del sujeto basta que lo sea para el momento conclusivo del negocio o, además, para el desenvolvimiento de la relación matrimonial.

25. Creo, desde luego, en la concepción del matrimonio como un acto jurídico negocial, encuadrable en el marco de la autonomía privada, fundamentado en el consentimiento de los que lo contraen, y cuyos efectos (en la fase constitutiva de la relación) están sustraídos a la voluntad de los contrayentes.

El devenir futuro de la relación, y la posible extinción de sus efectos, aunque sea parcialmente, por la separación conyugal, no contradicen lo anterior.

26. En el campo de la nulidad matrimonial civil se observa una relevancia muy desigual en cuanto a los tres grandes capítulos de aquella, y relativos a su vez a los tres elementos estructurales del negocio matrimonial (capacidad, consentimiento y forma de celebración).

27. La circunstancia de que, en el marco de la nulidad matrimonial, la problemática del consentimiento haya desplazado prácticamente casi por completo a las referidas a la capacidad y a la dimensión formal del negocio matrimonial, tiene su causa en una concepción radicalmente diferente del consentimiento matrimonial.

28. El matrimonio civil no se sustenta sobre una forma de celebración que absorba dentro de sí el único consentimiento que al legislador le importaba (con anterioridad a la reforma CC de 1981), sino que lo hace sobre un consentimiento “real” y, por ello, cabría decir no

identificable necesariamente con el emitido en el marco formal de la unión; en cuanto que, si bien se presume coincidente con aquél, cabe prueba en contrario.

29. El principio del libre desarrollo de la personalidad se ofrece como presupuesto y, al mismo tiempo, como consecuencia, de una concepción del consentimiento matrimonial radicalmente diferente de la tenida en cuenta con anterioridad a la reforma de 1981.

Como “presupuesto”, en cuanto determina esa nueva concepción; como “consecuencia”, en cuanto acogida esa nueva concepción creo que se hace operativo en materia matrimonial el principio mismo del libre desarrollo de la personalidad.

30. Conforme a la doctrina más autorizada, hay que partir de que la “patología” matrimonial (en lo que al consentimiento se refiere) impone diferenciar supuestos que lo son de inexistencia de consentimiento, de aquellos otros que lo son de consentimiento no íntegro o viciado.

He seguido este planteamiento, que es el tradicional en la jurisprudencia y doctrina españolas.

31. La inexistencia en el CC acerca de qué deba entenderse por consentimiento matrimonial, creo que constituye un obstáculo de entidad en el tratamiento de las causas de nulidad referidas a la inexistencia de consentimiento o no integridad de este.

El recurso entonces a los arts. 1262 y 1264 CC (en sede de contratos patrimoniales), complementado por la jurisprudencia del TC: (STC 198/2012, 6 noviembre) y quizá, asimismo al contenido del art. 231-2, párrafo primero, de la Ley 25/2010, del libro segundo del CC de Cataluña, reducen muy sensiblemente la gravedad del problema.

32. En el marco de los supuestos que lo son de inexistencia de consentimiento, el tratamiento de la simulación se convierte en eje central, así como (aunque en menor medida) el de la reserva mental. Sin embargo, la consideración unitaria de ambas figuras suscita dudas. Creo también que la reconducción de la reserva al marco de la inexistencia de consentimiento quizá se ofrece problemática en cuanto más bien en esta figura parece estarse ante un “consentimiento” unilateral, existente desde luego, aunque incapaz (por su misma unilateralidad) para hacer surgir el vínculo matrimonial.

33. En el tratamiento de la simulación matrimonial, jurisprudencia y doctrina discrepan en el enfoque de la figura: para unos, se está ante un supuesto de divergencia entre la voluntad real y (la voluntad) declarada ante el funcionario autorizante; para otros, se trata de un problema causal y, en consecuencia, procede tratarlo en el marco mismo de la causa del negocio.

Defiendo una vía distinta, y que no es otra sino la de recurrir al articulado del CC en materia de contratos patrimoniales: arts. 1262. 1 y 1274 CC.

CONCLUSIONES

34. Las llamadas bilateralidad “genética” y “funcional”, propias de los contratos patrimoniales, son propias asimismo del negocio jurídico matrimonial (calificado como “contrato” por la canonística durante siglos).

35. Aun situando en el ámbito de la causa del negocio la problemática de la simulación matrimonial, hay que concluir que la adhesión de cada contrayente a la causa del negocio matrimonial no puede serlo “en abstracto”; es decir, al margen del otro contrayente (art. 1274.1 CC, para los contratos onerosos). De otra parte, el art. 1262 CC refiere la manifestación del consentimiento a la concurrencia de voluntades sobre “la cosa” y “la causa” que han de constituir el contrato.

No creo que exista argumento de peso (excepción hecha del carácter no patrimonial de la relación) para excluir de este planteamiento el negocio jurídico matrimonial.

36. La pérdida del carácter institucional del matrimonio tras la reforma del CC por Ley 15/2005, se traduce necesariamente en una acentuación de su carácter negocial (contractual), y en su aproximación, a los contratos patrimoniales, es decir, a la estructura misma de aquellos.

Y es que el consentimiento matrimonial no sólo es necesario para el nacimiento, es decir para la constitución de la relación, sino también, para la subsistencia posterior de aquella.

37. De “cosa” y “causa” habla el art. 1262 CC. Sobre ellas habrá de recaer asimismo el consentimiento de los contrayentes en el negocio matrimonial.

Qué haya que entender por “causa” en el negocio matrimonial nos lo dice el art. 1274.1 CC: cada contrayente se obliga hacia el otro porque éste, a su vez, se obliga hacia él.

Por su parte, la referencia a “la cosa” del art. 1262 CC, tratándose del matrimonio, parece entenderse hecha al “contenido” mismo de la relación jurídica matrimonial (STC 198/2012, 6 noviembre)

38. En el capítulo IV del presente trabajo he tratado de analizar los fines perseguido por los simuladores; la estructura del acuerdo simulatorio y la problemática de la acción de simulación, así como la necesidad de contemplar en nuestros días la simulación matrimonial como un fenómeno “pluriforme”.

39. En dicho capítulo IV analizó también la normativa de la UE sobre los llamados matrimonios “de conveniencia”, así como al diverso enfoque por parte de la legislación comunitaria y española del problema que aquellos plantean.

40. Por cuanto se refiere a la figura de la reserva mental, la especificidad del negocio matrimonial (a diferencia de los contratos patrimoniales) como fundamento de la relevancia de aquella, me parece un argumento en alguna medida cuestionable.

La configuración del consentimiento matrimonial civil no resulta identificable de forma total y absoluta con la que es propia del Derecho canónico.

41. En el capítulo V del trabajo he tratado de llevar a cabo un análisis de los vicios del consentimiento matrimonial; es decir, de los supuestos de consentimiento no íntegro o viciado. Supuestos que lo son, técnicamente, de anulabilidad, sin más excepción quizá (en mi opinión) que el del error recayente sobre la identidad del otro contrayente.

42. En materia de vicios del consentimiento, la incidencia de la reforma del CC por Ley 30/81, hay que circunscribirla necesariamente al marco del error (“radical novedad en el ordenamiento español”, DE VERDA Y BEAMONTE).

El art. 73. 4º CC es así manifestación esencial y decisiva del más amplio principio que inspiró la Ley 30/81: el de “personalización” del negocio matrimonial.

43. El legislador (podríamos decir) “se conforma” con denominar “matrimonio” a la unión estable entre dos personas capaces, tendencialmente perpetua, encaminada a crear una comunidad de existencia, e informada por el entramado de derechos-deberes de los arts. 66-68 CC, y formalizada ante funcionario o ministro religioso autorizado.

Pero los contrayentes, en el ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, pueden ir “más allá” de ese esquema básico, aceptado el cual el legislador “se conforma”, y entiende que existe matrimonio. Ese ir “más allá” se plasma o materializa en la introducción de otros elementos o circunstancias, relevantes jurídicamente entonces en cuanto queridos por los contrayentes (por uno o por ambos). La vía para esa relevancia no es otra que la propia de la nulidad matrimonial.

Creo que esta es la función del art. 73. 4º CC. Su conexión entonces con el principio del libre desarrollo de la personalidad, en mi opinión, resulta incontestable.

44. Tras un breve análisis de la figura del *error iuris*, recayente sobre la naturaleza misma del negocio matrimonial, y que, en mi opinión, cabrá reconducir al marco del art. 45.1 CC, me ocupo del error recayente sobre la identidad de la persona del otro contrayente, o sobre aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.

45. Creo que el cambio en el término “error en la persona” (CC 1889) por el de “error en la identidad de la persona”, no fue simplemente semántico o de estilo.

Consecuentemente, defiendo en mi trabajo que el ámbito de la expresión “error en la identidad” es más amplio que el de “error en la persona”, comprendiendo así circunstancias no encuadrables en esta última (error “sobre la persona física”).

46. La mayor frecuencia estadística de los supuestos que lo son de error en cualidad personal sobre aquellos otros que lo son sobre la identidad, la complejidad interpretativa de los primeros para el operador jurídico, su elevado grado de conexión con los criterios sociales imperantes, así como su casi absoluta dependencia de tales criterios (parecer que no comparto), convierten al error recayente sobre cualidad personal del otro contrayente en el núcleo mismo del precepto contenido en el número 4º del art. 73 CC.

CONCLUSIONES

47. He tratado de llevar a cabo un análisis detenido de cada uno de los términos de la norma: “cualidad personal”; “de entidad”; “determinante de la prestación del consentimiento”.

48. En mi opinión, la prevalencia del criterio subjetivo (en cuanto a la “entidad” de la cualidad sobre la que se yerra) debe defenderse como prevalente.

Importa, pues, que la cualidad “haya sido decisiva para el contrayente que erró sobre ella” (ALBALADEJO).

Debe prevalecer, en mi opinión, esta consideración de la “entidad” sobre la de la “importancia objetiva” de aquella según la opinión común.

Y ello por cuanto es el negocio jurídico matrimonial un acto de autonomía privada que los individuos pueden, o no, llevar a cabo.

49. Es la “entidad” subjetiva de la cualidad sobre la que se yerra la que, en definitiva, importa. Y ello por cuanto aun en el caso de que el error recaiga sobre cualidad “objetivamente” importante (según la opinión común), no habrá lugar a la nulidad si para el contrayente que erró no lo sea aquella.

50. En cuanto a la coacción y el miedo grave, mientras que la propia evolución de la realidad social española pone de manifiesto el aumento de supuestos de nulidad por error de un contrayente sobre cualidad personal del otro, así como de los llamados matrimonios “de conveniencia”, los supuestos de consentimiento viciado por coacción o miedo grave son muy poco frecuentes.

En definitiva, la mayor libertad y autonomía de los sujetos, el cambio de modelos familiares y, más concretamente, la desaparición de modelos autoritarios en las relaciones entre padres e hijos, chocan con la posibilidad de matrimonios celebrados mediando coacción o miedo, al menos cuando la coacción o la causa del miedo (art. 76.2 CC) provengan de padres u otros familiares próximos al sujeto que padece el vicio.

51. En el capítulo final del trabajo que presento al juicio de este Tribunal, me ocupo de la responsabilidad civil en el ámbito de la nulidad matrimonial.

La premisa de la que parto no es otra sino la de la función misma del Derecho de daños: el remedio que este ofrece se presenta como subsidiario de las normas especiales fijadas en cada rama del Derecho privado. Y ello en un doble sentido:

a) Se aplica sólo en defecto de reglas específicas dentro de cada sector.

b) Sólo puede aplicarse en la medida en que los remedios indemnizatorios no contradigan los principios de esa rama del Derecho, ni los objetivos que esta persigue (MARTIN CASALS Y RIBOT IGUALADA)

52. El punto de vista contrario a la relevancia del Derecho de daños en el ámbito del Derecho de familia, que comparto como premisa general, no es obstáculo con la entrada en juego de aquél en los supuestos de nulidad matrimonial por reserva mental de uno de los contrayentes, o por inducción dolosa al otro a celebrar un matrimonio mediando error sobre cualidad personal de entidad.

No hay aquí ejercicio de derecho alguno a la autonomía que el Derecho de familia reconoce. Y no lo hay tampoco cuando, aun no existiendo dolo, concurra culpa o negligencia, excluyente de la buena fe.

En tales casos, creo que se está ante ilícitos civiles en estado puro, y no ante “decepciones” o “simples situaciones de malestar”, que encontrarían su justificación última en el ejercicio de derechos legalmente reconocidos.

53. En materia de nulidad matrimonial, creo que la cuestión no es la inexistencia de una regla específica en materia de daños. Esa regla existe: el art. 98 CC. La cuestión es otra: la de si esa regla agota, o no, la íntegra pretensión resarcitoria.

Creo que se impone una respuesta negativa. El resarcimiento de la indemnización prevista tiene carácter parcial e incompleto. No cubre el daño en su integridad, sino únicamente el que, directamente, deriva de la convivencia *more uxorio* con un extraño.

El daño moral causado va más allá. ¿Estará cubierto por el art. 98 CC en lo que sobrepase? La respuesta negativa se impone. De ahí, la necesidad de recurrir al art. 1902 CC (DE VERDA Y BEAMONTE).

El recurso entonces al art. 1902 permitirá resarcir aquellos daños que, sin tener causa directa e inmediata en la convivencia, deriven más estrictamente de la circunstancia de la celebración de un matrimonio nulo (así, el daño moral que deriva de la frustración del propósito de formar una familia fundada en el matrimonio, daño moral que se produce con independencia de que haya existido, o no, convivencia entre los contrayentes; gastos hechos u obligaciones contraídas en consideración al matrimonio luego declarado nulo, y que pierden su utilidad tras su declaración de invalidez).

54. En definitiva, presupuesta la existencia de convivencia conyugal, el resarcimiento del daño moral discurre por una doble vía: la del art. 98 y la del art. 1902 CC.

No existiendo esa convivencia, la única vía de resarcimiento del daño moral y, en su caso, del patrimonial, será la del art. 1902 CC.

55. Presupuesta la existencia de convivencia conyugal, el contrayente de buena fe no ha de acreditar el daño. Probada la convivencia conyugal, para el legislador español, el daño moral se infiere como consecuencia.

La prueba de los restantes daños morales, así como (en su caso,) de los patrimoniales, será necesaria para la obtención de la indemnización que corresponda.

BIBLIOGRAFÍA

ADAM MUÑOZ, M.D Y BLÁZQUEZ RODRIGUEZ, I:

Inmigración magrebí y Derecho de Familia, publicaciones de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2005.

ALBALADEJO GARCÍA, M:

Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia, Bosch, Barcelona, 1982.

Derecho Civil. I. Introducción y Parte General. La relación, las cosas y los hechos jurídicos, Vol. 2º, Librería Bosch, Barcelona, 1989.

Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia, Bosch, Barcelona, 1991.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A:

Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y Régimen Económico, Madrid, Cívitas, 1987.

ARECHEDERRA ARANZADI, L:

“La simulación en el matrimonio civil”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm.1, 1980

“Comentario al art. 45 CC” en AA. VV: *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. por J.L. LACRUZ BERDEJO), 2ª edición, Cívitas, Madrid, 1994.

ARIAS RAMOS, J:

Derecho Romano. II. Obligaciones. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL:

Propuesta de Código Civil. Libro Segundo. De la Familia, Tecnos, Madrid, 2018.

ASÚA GONZÁLEZ, C.I:

“Comentario al art. 45 del CC” en AA. VV: *Comentarios al Código Civil II. Libro Primero (Títulos I a IV)*, Vol. I (coord. por J. RAMS ALBESA Y R. MARÍA MORENO FLÓREZ), Bosch, Barcelona, 2000.

AZNAR, F:

“Comentario a los cánones 1055-1165” en AA. VV: *Código de Derecho Canónico*, Edición bilingüe comentada por los profesores de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, BAC, Madrid, 2001

BIBLIOGRAFÍA

“Comentario al canon 1083” en AA. VV: *Código de Derecho Canónico*, Edición bilingüe comentada por los profesores de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, BAC, Madrid, 2001.

“Comentario al canon 1095” en AA. VV: *Código de Derecho Canónico*, Edición bilingüe comentada por los profesores de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, BAC, Madrid, 2001.

BASILE, S:

“Los “Valores Superiores”, los Principios Fundamentales y los Derechos y Libertades Públicas” en AA. VV: *La Constitución Española de 1978. Estudio Sistemático* (dir. por A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA), segunda edición, Cívitas, Madrid, 1999.

BILBAO UBILLOS, J.M:

“De los derechos y deberes fundamentales. Artículo 10.1” en AA. VV: *Comentarios a la Constitución Española, 40 aniversario 1978-2018* (coord. por C. MONTESINOS PADILLA), Libro – Homenaje a LÓPEZ GUERRA, L, Tomo I (preámbulo al artículo 96), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

BLASCO GASCÓ, F. D. P:

Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

BRIONES MARTÍNEZ, L.M:

One Law for all versus Santi Romano. El pluralismo legal y la autonomía de las confesiones en materia de matrimonio y familia en el Reino Unido y la Justicia de Estrasburgo. Análisis comparativo con los Estados Unidos de América y Canadá, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

BUSTOS PUECHE, J.E:

“Sobre los límites de la autonomía individual en el Derecho Civil” en AA. VV: *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, (coord. por L. GARCÍA SAN MIGUEL) Universidad de Alcalá, 1995.

CARRIÓN OLMOS, S:

“En torno a la simulación de matrimonio civil”, *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 1981.

“Convivencia post nupcial y “matrimonio de complacencia”, *Cuestiones de interés jurídico. Revista del Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE)*, mayo 2020.

“En torno al art. 76.2 del CC. Comentario a la SAP Barcelona, núm. 21/2020, de 15 de enero”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº31, enero 2021.

CARRIÓN VIDAL, A:

“Comentarios “a vuela pluma” en materia de capacidad y forma de celebración del matrimonio, tras la modificación del Código Civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015.

“Los matrimonios de conveniencia”, Ponencia (inérita) presentada en las Jornadas sobre “Libre desarrollo de la personalidad y nulidad del matrimonio) (dir. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Universidad de Valencia, Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE), diciembre 2019.

CASTRO LUCINI, F:

Temas de Derecho Civil. Artes Gráficas Iberoamericanas, Madrid, 1989.

COBACHO GÓMEZ, J.A:

“El error en el matrimonio”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, Vol. 9, 1986.

“El error en las cualidades personales del otro cónyuge como causa de nulidad del matrimonio”, *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Salvador Carrión Olmos*, (dir. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

DE CASTRO Y BRAVO, F:

Derecho Civil de España, Tomo II. Derecho de la Persona. Parte Primera. La Persona y su estado civil, edición facsimilar, Cívitas, Madrid, 1984.

El negocio jurídico, Cívitas, Madrid, 1985.

DE PABLO CONTRERAS, P:

“Comentario a los arts. 45 y 73 del Código Civil” en AA. VV: *Código Civil Comentado* (arts. 1 a 608) (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO Y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Vol. I, Thomson Reuters-Cívitas, Cizur Menor, 2011.

“Comentario al art. 74 del Código Civil” en AA. VV: *Código Civil Comentado*, Vol. I (arts. 1 a 608) (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO Y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Vol. I, Thomson Reuters-Cívitas, Cizur Menor, 2011.

“Comentario al art. 76 CC” en AA. VV: *Código Civil Comentado*, (arts. 1 a 608) (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Vol. I, Thomson Reuters-Cívitas, Cizur Menor, 2011.

“Conocimiento y voluntad en la prestación del consentimiento matrimonial” en AA. VV: *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE), Edisofer, Madrid, 2016.

“El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio” en AA. VV: *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia* (coord. por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE), Edisofer, Madrid, 2016.

DE VERDA Y BEAMONTE Y VIRGADAMO, P:

BIBLIOGRAFÍA

“Capacidad para contraer matrimonio y prohibiciones matrimoniales: una comparación de las experiencias jurídicas española e italiana”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm.10, febrero 2019.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R:

El error en el matrimonio, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1997.

“Prólogo” en AA. VV: *Daños en el Derecho de Familia* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Monografías de Revista de Derecho Patrimonial, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

“La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares”, *Persona y Familia. Escritos Selectos. Estudios de Derecho Comparado* (dir. por C. LEPIN MOLINA), Editorial Hammurabi, Chile. 2018.

“Una relectura de la legislación española en materia de capacidad para contraer matrimonio y de prohibiciones matrimoniales”, *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*, 2019, núm. 95/1.

“Los matrimonios simulados o de conveniencia”, *Tribuna*, (IDIBE), 7 abril 2020.

“La responsabilità civile nell’ambito delle relazioni familiari in Spagna”, en *Persona umana e comunità familiare nell’esperienza giuridica spagnola*, Giuffrè, Milano, 2020.

“Discapacidad y Matrimonio”, *Tribuna*, (IDIBE), 9 junio 2021.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R Y CHAPARRO MATAMOROS, P:

“El matrimonio” en AA. VV: *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

“El matrimonio: constitución, requisitos de validez y efectos” en AA. VV: *Las Crisis Familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir por J. R DE VERDA Y BEAMONTE), (coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS Y G. MUÑOZ RODRIGO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

“La nulidad del matrimonio” en AAVV: *Las Crisis Familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. por J. R DE VERDA Y BEAMONTE), (coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS Y G. MUÑOZ RODRIGO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

“Requisitos y efectos del matrimonio” en AA. VV: *Derecho Civil IV. Derecho de Familia* (coord. por J. R DE VERDA Y BEAMONTE, J.R), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

“La nulidad del matrimonio” en AA. VV: *Derecho Civil IV. Derecho de Familia* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

DELGADO ECHEVERRÍA, J:

“La edad” en AA. VV: *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General*, Vol. II. Personas, Dykinson, Madrid, 2000.

“La enfermedad. La incapacitación” en AA. VV: *Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Personas*, Vol. II, Dykinson, Madrid, 2000.

DÍAZ MARTÍNEZ, A:

“Comentario al art. 45 CC” en AA. VV: *Comentarios al Código Civil*, T. I (Arts. 1 a 151) (dir. por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

“Comentario al art. 73 del Código Civil” en AA. VV: *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Aranzadi, Valencia, 2013.

DÍAZ MORENO, J.M:

“El derecho canónico ante el matrimonio de los deficientes mentales” en AA. VV: *Matrimonio y Deficiencia mental*, Eds. Javier Gafo y José Ramón Amor, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1997.

DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J:

“La nueva regulación del matrimonio en el Código Civil” en AA. VV: *Las Reformas del Código Civil por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1983.

DÍEZ PICAZO, L Y GULLÓN BALLESTEROS, A:

Sistema de Derecho Civil, Vol. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, Tecnos, Madrid, 1982.

DÍEZ PICAZO, L:

“El negocio jurídico del Derecho de Familia”, *Estudios de Derecho Privado*, Cívitas, Madrid, 1980.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.A:

“Comentarios a los arts. 73 y ss. CC” en AA. VV: *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (coord. por J.L. LACRUZ BERDEJO), 2ª edición, Cívitas, Madrid, 1994.

ESPINAR VICENTE, J.M:

“Consideraciones en torno al “libre desarrollo de la Personalidad” desde un Planteamiento Social”, en AA. VV: *El libre Desarrollo de la Personalidad, art. 10 de la Constitución*, (coord. por L. GARCÍA SAN MIGUEL), Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 1995.

GALGANO, F:

Diritto privato, CEDAM, Padova, 1992.

GARCÍA CANTERO, G:

BIBLIOGRAFÍA

“Comentarios a los arts. 46 a 48 CC” en AA. VV: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), t. II, arts. 42 a 107 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1982.

“Comentario al art. 56” en AA. VV: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), t. II, arts. 42 a 107 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1982.

“Comentario al art. 73 CC” en AA. VV: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), t. II, arts. 42 a 107 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1982.

“Comentario al art. 95 CC” en AA. VV: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), t. II, arts. 42 a 107 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1982.

“Comentario a los arts. 97 a 101 CC” en AA. VV: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), t. II, arts. 42 a 107 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA DE BLAS VALENTÍN FERNÁNDEZ, M.L:

“El matrimonio, realidad social e institución jurídica” en AA. VV: *Instituciones de Derecho Privado, Tomo IV. Familia* (coord. por V. M. GARRIDO DE PALMA), Vol. 1º, Cívitas, Madrid, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E:

“La Constitución como norma jurídica” en AA. VV: *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático* (dir. por A. PREDIERI, y E. GARCÍA DE ENTERRÍA), Segunda edición, Cívitas, Madrid, 1999.

GARCÍA PONS, A:

“El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVI, fasc.I, 2013.

GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, M:

La protección civil del del enfermo mental no incapacitado, Bosch, Barcelona, 1992.

GARCÍA VARELA, R:

“Comentario a los arts. 45 y 73 del Código Civil” en AA. VV: *Comentario del Código Civil* (coord. por I. SIERRA GIL DE LA CUESTA), T. I, Arts. 1 al 89, Bosch, Barcelona, 2006.

GARRIDO FALLA, F:

Comentarios a la Constitución, tercera edición, Civitas, Madrid, 2001.

GETE ALONSO Y CALERA, M.C:

“Comentario a los arts. 73 y ss. CC”, en AA. VV: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, (coord. por M. AMORÓS GUARDIOLA), Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

“Comentario al art. 75 del Código Civil” en AA. VV: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, (coord. por M. AMORÓS GUARDIOLA), Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

“Comentario al art. 78 CC”, en AA. VV: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, (coord. por M. AMORÓS GUARDIOLA), Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

GIAACCHI, O:

Il consenso nel matrimonio canonico, Giuffré Editore, Milano, 1973.

GONZÁLEZ MORÁN, L:

“El Derecho Civil ante el matrimonio de los deficientes mentales” en AA. VV: *Matrimonio y Deficiencia mental*, Eds a cargo de JAVIER GAFO y JOSÉ RAMÓN AMOR, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid-Córdoba, 1997.

GORDILLO CAÑAS, A:

Ley, Principios Generales y Constitución. Apuntes para una relectura desde la Constitución de la Teoría de las Fuentes del Derecho, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 1990.

GUI MORI, T:

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL 1981-1991, Estudio y reseña completa de las Sentencias del TC, Cívitas, Madrid, 1992.

GUILARTE MARTÍN CALERO, C:

“Matrimonio y Discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 32, 2018.

HERAS HERNÁNDEZ, M. D. M:

“Igualdad jurídica, matrimonio y discapacidad: apoyos y salvaguardias proyectados” en AA. VV: *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardia* (dir. por V. MONSERRAT PEREÑA), (coord. por G. DÍAZ PARDO y M. NÚÑEZ NÚÑEZ), Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2018.

HORNERO MÉNDEZ, C:

“El nuevo divorcio: entre la libertad y la responsabilidad” en AA. VV: *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas del Derecho de Familia* (dir. por C. LASARTE ÁLVAREZ), Idefe, Uned y el Derecho Editores, Madrid, 2006.

JIMÉNEZ CAMPO, J:

“Artículo 10” en AA. VV: *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario* (dir. por M.E. CASAS BAHAMONDE y M. RODRIGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER), Fundación Wolsters Kluwer, España, 2019.

BIBLIOGRAFÍA

LACRUZ BERDEJO, J.L Y SANCHO REBULLIDA, F. D. A:

Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981), fasc. 1º, Librería Bosch, Barcelona, 1982.

LACRUZ BERDEJO, J.L:

“Efectos de la norma”, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General del Derecho Civil. Introducción*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1982.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E:

Estudios de Derecho Matrimonial, publicaciones del Estudio General de Navarra, Ediciones Rialp, Madrid, 1962.

LANZILLO, R:

Il matrimonio putativo, Milano, 1978.

LASARTE ÁLVAREZ, C:

Principios de Derecho Civil VI. Derecho de familia, Marcial Pons, Madrid, 2012.

LÓPEZ ALARCÓN, M Y NAVARRO VALLS, R:

“Comentario al art. 73 del Código Civil” en AA. VV: *Comentarios al Código Civil II. Libro Primero (Títulos I a IV)* (coord. por J. RAMS ALBESA Y R. MARÍA MORENO FLÓREZ), Vol. 1. Bosch, Barcelona, 2000.

LUCAS VERDÚ, P:

“La Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione Italiana” en AA. VV: *Diritti e libertà fondamentali*, Bologna. Scuola di perfezionamento in Scienze Administrative, Arnaldo Forni, Editori, Bologna, 1978.

LUNA SERRANO, A Y RIVERO HERNÁNDEZ, F:

“Invalidéz del matrimonio” en AA. VV: *Elementos de Derecho Civil; IV. Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1989.

LUNA SERRANO, A:

“Matrimonio y Divorcio” en AA. VV: *El nuevo régimen de la familia*, Cívitas, Madrid, 1982.

MARTÍN CASALS, M Y RIBOT IGUALADA, J:

“Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 64, núm.2, 2011.

MAYOR MENÉNDEZ, P:

“Artículo 27” en AA. VV: *Comentario a la Constitución. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 1993.

MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ, L:

“Comentario a los cánones 1081-1093 del Código de Derecho Canónico” en AA. VV: *Comentarios al Código de Derecho Canónico, II. Cánones 682-1321*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1963.

MONTÉS PENADÉS, V.L:

“Comentario al art. 85 CC” en AA. VV: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, (coord. por M. AMORÓS GUARDIOLA), Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

NAVARRO MIRANDA, J.R:

“Comentario al art. 98” en AA. VV: *Código Civil Comentado*, (arts. 1 a 608) (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO Y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Vol. I, Thomson Reuters-Cívitas, Cizur Menor, 2011.

NICOLÓ, R:

“Comentario al art. 129 bis del Codice Civile” en AA. VV: *Commentario allá riforma del diritto di famiglia, a cura di* CARRARO—OPPO—TRABUCCHI, Tomo primo, parte prima, (Arts. 1-89), Padova, 1977.

ORTÍZ NAVACERRADA, S:

“El proceso civil desde la perspectiva del artículo 10 de la Constitución” en AA. VV: *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución* (coord. por L. GARCÍA SAN MIGUEL), Universidad de Alcalá, 1995.

PALOMAR OLMEDA, A:

“Comentario al artículo 10 de la Constitución Española” en AA. VV: *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dir. por L.M. CAZORLA PRIETO), Vol. I (artículos 1 a 96), Ed. Thomson Reuters, ARANZADI, Cizur Menor, 2018.

PAU PEDRÓN, A:

“De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, núm 3º, 2018.

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M:

Derecho de Familia, Madrid, 1989.

PINO, A:

Il diritto di famiglia, Padova, 1977.

PUIG BRUTAU, J:

Fundamentos de Derecho Civil. IV. Familia. Matrimonio. Filiación. Patria Potestad y Tutela, Bosch, Barcelona, 1985.

BIBLIOGRAFÍA

Compendio de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, Bosch, Barcelona, 1991.

PUIG FERRIOL, L:

“Comentario al art. 56 del Código Civil” en AA. VV: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia* (coord. por M. AMORÓS GUARDIOLA), Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

RAMS ALBESA, J:

“Comentario a los arts. 95 a 101 CC” en AA. VV: *Comentarios al Código Civil II. Libro Primero (Títulos I a IV)* (coord. por J. RAMS ALBESA Y R. MARÍA MORENO FLÓREZ), Vol. 1, Bosch, Barcelona, 2000

RESCIGNO, P:

Manuale del Diritto Privato Italiano, Jovene Editore, Napoli, 1993.

REYES LÓPEZ, M.J:

“El resarcimiento moral derivado de la declaración de nulidad matrimonial” en AA. VV: *Daños en el Derecho de Familia* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Monografías de Revista de Derecho Patrimonial, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

ROBLES MORCHÓN, G:

“El Libre Desarrollo de la Personalidad” en AA. VV: *El Libre Desarrollo de la Personalidad, Artículo 10 de la Constitución* (coord. por L. GARCÍA SAN MIGUEL), Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 1995.

ROCA TRÍAS, E:

“Comentario al art. 95 CC” en AA. VV: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia* (coord. por M. AMORÓS GUARDIOLA), Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

“Comentario al art. 98 CC” en AA. VV: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia* (coord. por M. AMORÓS GUARDIOLA), Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

“Los requisitos del matrimonio” en AA. VV: *Derecho de Familia* (coord. por E. ROCA TRÍAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A:

El fraude a la ley (ensayo de una dirección pluralista), el Título Preliminar del Código Civil, Edersa, Madrid, 1977.

ROMERO COLOMA, A.M:

“La reforma del art. 56.2 del Código Civil español (consentimiento matrimonial y deficiencias intelectuales, mentales y sensoriales)”, *Revista CEFLEGAL*, www.ceflegal.com, núm.207, 2018.

ROYO MARTÍNEZ, M:

Derecho de Familia, Imprenta Suárez, Sevilla, 1949.

RUÍZ ALCARAZ, S:

“El derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad: revisión del art. 56.2 del Código Civil a la luz de la Convención de las NNUU de 2006”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2019.

RUÍZ GIMÉNEZ CORTES, J:

“Artículo 10” en AA. VV: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, (dir. por O. ALZAGA VILLAAMIL), Tomo II. Artículos 10 a 23, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.

SALVADOR CODERCH, P:

“Comentario al art. 46 del Código Civil” en AA. VV: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Vol. I (coord. por M. AMORÓS GUARDIOLA), Tecnos, Madrid, 1984.

“Comentario al art. 47 CC” en AA. VV: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia* (coord. por M. AMORÓS GUARDIOLA), Vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A:

“Matrimonio de las personas con discapacidad: argumentos a favor de la necesidad de dictamen médico versus su carácter excepcional y subsidiario tras la reforma del art. 56 del Código Civil”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, 2020.

SANCHO REBULLIDA, F.D.A:

“Comentario al art. 72 CC” en AA. VV: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), t. II, arts. 42 a 107 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1978.

“Comentario a los artículos 83 y 84 del Código Civil” en AA. VV: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), t. II, arts. 42 a 107 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1978.

“Comentario al art. 101 CC” en AA. VV: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), t. II, arts. 42 a 107 del Código Civil, Edersa, Madrid, 1978.

SESTA, M:

“Desarrollo de la personalidad del cónyuge y causas de divorcio: una reflexión iuscomparatista” en AA. VV: *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas del Derecho de Familia* (dir. por C. LASARTE ÁLVAREZ), Idafe, Uned y el Derecho Editores, Madrid, 2006.

STEPHANIE COONTZ, E:

BIBLIOGRAFÍA

Historia del Matrimonio. Cómo el amor conquistó el matrimonio, Gedisa Editorial, Barcelona, 2006.

TH SÁNCHEZ, DE S:

Matrimonii Sacramentum Disputationes, Lugduni, 1625, Lib. VII, disp. XVII, N. 27

TORRERO MUÑOZ, M:

“Las situaciones patológicas del matrimonio” en AA. VV: *Curso básico de Derecho de Familia y Sucesiones*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2003.

TRIMARCHI, P:

Istituzioni di Diritto Privato, Milano, 2000.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C:

Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.

VIDAL MARTÍNEZ, J:

“Algunas observaciones acerca del concepto de persona y de los derechos que le son inherentes (Artículo 10. 1 Constitución española), desde la óptica del Derecho Civil”, separata de *Revista General de Derecho*, núms. 550-551. julio-agosto 1990.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

I. TRIBUNALES ESPAÑOLES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- STC 13 febrero 1981 (STC 5/1981)
- STC 11 abril 1985 (STC 53/1985)
- STC 4 octubre 1985 (STC 101/1985)
- STC 22 junio 1989 (STC 113/1989)
- STC 27 junio 1990 (STC 120/1990)
- STC 15 noviembre 1990 (STC 184/1990)
- STC 4 Julio 1991 (STC 150/1991)
- STC 8 febrero 1993 (STC 47/1993)
- STC 25 abril 1994 (STC 126/1994)
- STC 14 julio 1994 (STC 215/1994)
- STC 28 marzo 1996 (STC 55/1996)
- STC 2 octubre 1997 (STC 161/1997)
- STC 17 junio 1999 (STC 116/1999)
- STC 24 mayo 2001 (STC 119/2001)
- STC 27 octubre 2003 (STC 192/2003)
- STC 12 septiembre 2005 (STC 220/2005)
- STC 27 marzo 2007 (STC 62/2007)
- STC 2 julio 2007 (STC 160/2007)
- STC 25 febrero 2008 (STC 32/2008)
- STC 6 de noviembre 2012 (STC 198/2012)
- STC 18 Julio 2019 (STC 99/2019)
- STC 18 julio 1989 (STC 132/1989)

TRIBUNAL SUPREMO:

- STS 26 noviembre 1985 (Tol 1736098)
- STS 1 julio 1987(JC 1987, 468)
- STS 2 julio 1987 (Tol 409977)
- STS 11 julio 1987 (STS 468/1987)
- STS 15 julio 1988 (Tol 1735745)
- STS 3 marzo 1989 (Tol 1731668)
- STS 18 septiembre 1989 (Tol 1732436)
- STS 8 enero 2001 (Tol 242130)
- STS 31 enero 2001 (RAJ 2001, 5095)
- STS (Sala 3ª) 24 enero 2019 (RJ 2018, 130)

AUDIENCIAS PROVINCIALES:

- SAP Palma de Mallorca 23 febrero 1987 (RGD 1988, p.625)
- SAP Palma de Mallorca 18 enero 1993 (RGD 1993, p.2582)
- SAP Albacete 13 junio 1994 (Act. Civ. 1994, 2506)
- SAP Madrid 26 mayo 1998 (AC 1998, 1066)
- SAP Barcelona 8 noviembre 1999 (AC 1999, 2588)
- SAP Valencia 11 abril 2001 (SAP 203/2001)
- SAP Toledo 14 noviembre 2001(Tol 140686)
- SAP Baleares 5 junio 2006 (JUR 2006, 253511)
- SAP Valencia 20 julio 2006 (JUR 2007, 40031)
- SAP Málaga 30 noviembre 2006 (JUR 2007, 163775)
- SAP Cádiz-Ceuta 4 diciembre 2006 (AC 2007, 1026)
- SAP Madrid 10 julio 2007 (Tol 2039407)
- SAP Málaga 22 enero 2009 (JUR 2009, 199377)
- SAP Barcelona 25 noviembre 2009 (JUR 2010, 151 111)

- SAP Barcelona 22 enero 2010 (Tol 1809467)
- SAP Vizcaya 20 mayo 2010 (JUR 2010, 409090)
- SAP Pontevedra 30 marzo 2012 (Tol 2530215)
- SAP Zamora 25 mayo 2018 (Tol 6701850)
- SAP Madrid 24 mayo 2019 (Tol 7388024)
- SAP Barcelona 15 enero 2020 (Tol 7740945)
- SAP Zaragoza 22 marzo (SAP 817/2000)
- SAP Logroño 26 marzo (SAP 184/2018)
- SAP Logroño 8 julio (SAP 489/1999)

AUDIENCIAS TERRITORIALES:

- SAT Valencia 9 mayo 1984 (RGD 1984, p. 2455)
- SAT Cáceres 18 julio 1987 (RGD 1988, 6541)
- SAT Granada 14 diciembre 1987 (RGD 1988, p.7468)

TRIBUNALES EXTRANJERO:

- SEINE, 7, 1, 1948

RESOLUCIONES DE LA DGRN (ahora DGSJPF)

- Resolución 18 de octubre 1995 (RAJ 1995, 9565)
- Instrucción 31 enero 2006 sobre los matrimonios de complacencia
- Resolución- circular 23 diciembre 2016 sobre la interpretación y aplicación del art. 56 CC relativo a la forma de celebración del matrimonio