

M^a DOLORS TOLDRÀ ROCA



EL CONSENTIMIENTO
MATRIMONIAL

UNIVERSITAT DE LLEIDA
Biblioteca



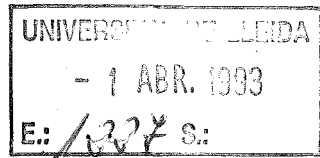
1600116300

UNIVERSITAT DE LLEIDA
FACULTAT DE DRET I ECONOMIA

(043) "1993" Tol

EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

0110-53760



TOLDRA ROCA, M. DOLORS
Dret Privat
26/04/93
no

Tesis presentada para la colación del grado de doctora por

M^a Dolors Toldrà Roca.



Director Dr. Alfonso Hernández Moreno
Catedrático de D^o Civil de la Universidad de
Barcelona.

Lleida, 1993

"EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL"

INTRODUCCION 12

PLAN DE TRABAJO 23

TITULO I. -EL MATRIMONIO: APROXIMACION AL ESTUDIO DE LOS PRESUPUESTOS DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.

CAPITULO I. -CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO EN EL CODIGO CIVIL: EL MATRIMONIO COMO NEGOCIO JURIDICO.

1.1.-Consideraciones Generales. 28

1.2.-El juego de la autonomía de la voluntad. 33

1.2.1.-En la creación del vínculo. 37

1.2.2.-En la relajación y disolución del vínculo. 38

1.2.3.-En la regulación de intereses familiares. 41

1.2.4.-En la convalidación del matrimonio. 43

1.3.-Negocio jurídico bilateral no patrimonial. 44

1.4.-Recapitulación. 45

CAPITULO II. -EL NEGOCIO JURIDICO MATRIMONIAL Y SU PRETENDIDO CARACTER CONTRACTUAL.

2.1.-Planteamiento. 48

2.2.-El Matrimonio, productor de derechos y deberes estrictamente como relación jurídica del Derecho de Familia.	49
2.3.-La representación en el matrimonio.	55
2.4.-La invalidez del matrimonio.	62
2.4.1.-Categorías conceptuales de invalidez.	64
2.4.2.-No previsión del dolo como vicio del consentimiento matrimonial y su interrelación con el error.	80
2.4.3.-Los requisitos de la violencia.	87
2.4.4.-La simulación.	95
2.4.5.-La aparente inadmisibilidad de la reserva mental.	97
2.5.-La finalidad de las partes en el matrimonio.	98
2.6.-El matrimonio, acto creador de un estado civil.	99
2.7.-Los elementos accidentales en el negocio jurídico matrimonial.	102
2.8.-La ineficacia del desestimiento.	104
<u>CAPITULO III -EL MATRIMONIO COMO NEGOCIO JURIDICO NO PATRIMONIAL</u>	
3.1.-Cuestiones Preliminares.	108
3.2.-Aplicación estricta de los elementos del negocio jurídico patrimonial al matrimonio	111
3.3.-El objeto en la relación jurídica matrimonial.	113
3.3.1.-El objeto como elemento del contrato.	113

3.3.2.-El objeto como elemento del negocio jurídico	115
3.4.-La causa en la relación jurídica matrimonial.	121
3.4.1.-Planteamiento.	121
3.4.2.-La supuesta causa del matrimonio.	126
3.4.3.-El móvil jurídico del matrimonio.	133
3.5.-El consentimiento, único elemento común en el contrato y en el matrimonio.	140
3.6.-Conclusiones.	144
3.7.-Anexo I: Descripción de las acepciones de matrimonio en la doctrina española y en derecho comparado.	147
A.-Concepciones de "matrimonio" anteriores a la reforma de 1.981.	148
B.-Aproximaciones de "matrimonio" posteriores a la reforma.	150
C.-El concepto "matrimonio" en derecho comparado.	153
C.1.-Derecho Francés.	153
C.2.-Derecho Italiano.	156
C.3.-Códigos.	156

TITULO II. -FORMA Y CONSENTIMIENTO EN EL MATRIMONIO.

CAPITULO I. -EL MATRIMONIO, NEGOCIO JURÍDICO FORMAL Y SOLEMNE.

1.1.-Determinación de la expresión "forma" en el Código Civil.	161
1.2.-Necesidad de forma en el matrimonio.	165
1.3.-Simultaneidad de la forma y del consentimiento.	168
1.4.-La intervención del juez o funcionario autorizado en la celebración del matrimonio.	172

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

2.1.-Planteamiento de los diferentes supuestos.	181
2.1.1.-Consentimiento válido y declaración formal.	182
2.1.2.-Consentimiento viciado y declaración formal.	183
2.1.3.-Ausencia de consentimiento y declaración formal.	186
2.1.4.-Irregularidades en la declaración y consentimiento válido.	191
2.1.5.-Irregularidades en la declaración y consentimiento viciado.	191
2.1.6.-Defecto de declaración.	192

CAPITULO III. -LA SIMULACION Y LA RESERVA MENTAL EN EL MATRIMONIO.

3.1.-Acotamiento al concepto jurídico de simulación.	196
------------------------------------------------------	-----

3.1.1.-Celebrar el matrimonio y contraer matrimonio.	209
3.1.2.-Algunas definiciones de matrimonio simulado.	213
3.1.3.-Valoración y visión personal.	216
3.2.-Posiciones doctrinales en torno a la simulación matrimonial anteriores a la Ley 7 de julio de 1.981.	219
3.3.-Doctrina posterior a la Reforma.	223
3.3.1.-Comentario a la Sta. 17-11-1982.	226
3.4.-Breve referencia al tratamiento de la simulación matrimonial en derecho comparado.	234
3.4.1.-Derecho Portugues.	235
3.4.2.-Derecho Suizo.	238
3.4.3.-Derecho Belga.	239
3.4.4.-Derecho Aleman.	241
3.5.-La simulación matrimonial en el ordenamiento jurídico francés.	243
3.5.1.-Visión histórica de la ausencia de consentimiento como causa de nulidad matrimonial.	244
3.5.2.-Elaboración jurisprudencial en torno a la figura de la simulación.	248
3.6.-La simulación matrimonial en el ordenamiento jurídico italiano.	251
3.6.1.-Doctrina y jurisprudencia anterior a la Reforma matrimonial de 1.975.	252
3.6.2.-El art.123 del Código Civil italiano.	257

3.6.3.-Posiciones doctrinales.	264
3.7.-Los presupuestos de la simulación en el negocio jurídico matrimonial.	272
3.7.1.-El pacto o acuerdo simulatorio.	274
3.7.2.-La "causa simulandi".	280
3.7.3.-Prueba de la simulación.	285
3.7.4.-La acción de simulación.	290
3.8.-Incidencia de la reserva mental en el negocio jurídico matrimonial.	301
3.8.1.-Concepto.	302
3.8.2.-Posiciones doctrinales.	304
3.8.3.-Análisis de diferentes supuestos.	313
3.9.-Primacia del consentimiento sobre la forma.	317

TITULO III. -LAS DIVERSAS MANIFESTACIONES DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.

CAPITULO I. -LA NATURALEZA DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.

1.1.- Planteamiento de la exposición.	322
1.2.- Descripción del consentimiento matrimonial.	324
1.2.1.-Requisitos de la prestación del consentimiento matrimonial.	328
1.3.-Significado del adjetivo "matrimonial".	335

1.4.-Valor del consentimiento respecto al acto matrimonial y a la relación matrimonial.	338
1.5.-Los elementos accidentales del negocio jurídico en el matrimonio.	342
1.5.1.-Visión histórica del matrimonio condicionado en el ordenamiento jurídico español.	343
1.5.2.-Soluciones adoptadas en derecho comparado.	348
1.5.3.-Principios deducibles del debate parlamentario.	352
1.5.4.-Posiciones doctrinales.	358

CAPITULO II. - LA CAPACIDAD EXIGIDA PARA PRESTAR EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.

2.1.-Delimitación del tema y conceptos utilizados.	371
2.2.-La Capacidad matrimonial.	373
2.2.1.-Significado de la capacidad matrimonial.	373
2.2.2.-Los supuestos de ausencia de capacidad matrimonial previstos por el legislador.	374
2.2.3.-Inexistencia de capacidad matrimonial.	376
2.2.4.-Aportación jurisprudencial de una nueva figura de incapacidad matrimonial: el transexualismo.	377
2.3.-La capacidad natural.	380
2.3.1.-La edad como presupuestos de capacidad.	383
2.3.2.-Valoración de la justa causa.	387
2.3.3.-Comentario al art.84 del Código civil italiano.	394
2.3.4.-Recapitulación.	408

2.3.5.-Inaplicabilidad al matrimonio del art. 1.263 del Código civil.	415
2.4.-Las anomalías o deficiencias psíquicas como hipótesis de falta de capacidad.	420
2.4.1.-La denominada enfermedad mental.	421
2.4.2.-El trastorno mental transitorio.	435
2.4.3.-El intervalo lúcido.	439
2.4.4.-Vías legales de nulidad.	451
2.5.-El dictamen médico.	454
2.5.1.-Filosofía del art. 56, párrafo 2º del Código civil.	456
2.5.2.-Exigibilidad y efectos del dictamen.	457
2.5.2.1.-Persona declarada "incapaz".	458
2.5.2.2.-Persona no declarada "incapaz".	465
2.6.-Diferentes supuestos de falta de consentimiento matrimonial subsumibles en el párrafo 1º del art. 73 en concordancia con el art. 45 del Código civil.	466

CAPITULO III. -VALIDEZ DEL MATRIMONIO POR MANIFESTACION DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL: LA CONVALIDACION.

3.1.-Presupuestos de la convalidación.	473
3.2.-Supuestos legales previstos.	474
3.2.1.-Convalidación en virtud de dispensa.	475

3.2.2.-Convalidación por convivencia.	477
3.3.-Presupuesto de la convivencia.	480
3.4.-Convalidación del matrimonio nulo por ausencia de consentimiento matrimonial.	485
3.4.1.-La enfermedad mental.	489
3.4.2.-El matrimonio simulado.	494
-CONCLUSIONES.	503
-RELACION DE FUENTES UTILIZADAS.	518
I-Fuentes legales y proyectos legislativos.	519
II-Fuentes bibliográficas.	523

INTRODUCCION

"Un des objects de mon analyse a été la nécessité du consentement des futurs époux, d'une part, et de leur affection et amour dans le mariage, de l'autre. Sous une forme ou une autre, le consentement des partenaires est exigé dans la plupart des sociétés; et même celles où l'on trouve des taux élevés de divorce et un système de polygynie ne peuvent guère s'en passer, ne fût-ce qu'au cours de la vie commune... Consentement et conjugalité étaient sans conteste des aspects très répandus des anciennes sociétés méditerranéennes"¹.

Efectivamente, la necesidad y exigencia del consentimiento para crear la relación matrimonial ha estado presente en todas las sociedades y en todos los tiempos, con mayor o menor amplitud en cuanto a su regulación.

Nuestro ordenamiento, en la actualidad, señala tal exigencia en el art.45, párrafo 1º al disponer:

"No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial..."

1.-GOODY,Jack.-L'evolution de la famille et du mariage en Europe.Cambridge.1.983.Armand Colin Editeur.Paris.1.985.Pág.207

Y estando -el señalado precepto- en directa relación con el párrafo 1º del art.73 del mismo cuerpo legal, al considerar nulo cualquiera que sea la forma de su celebración, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.

Es un artículo novedoso (el art.45) en cuanto a la exigencia directa del consentimiento, que plasma el legislador en la reforma del derecho de familia de 1.981. En nuestro derecho patrio, hasta la mencionada reforma, no ha habido de forma expresa, una norma que señalara la necesidad del consentimiento para contraer matrimonio.

Exceptuando de la afirmación realizada , la Partida 4ª ,Título II,ley 5ª:"..Consentimiento que folo, con voluntad de cafar, face matrimonio, entre el varon ,e la muger...." y la Ley 6ª referida a los vicios que pueden afectar a este consentimiento. En nuestro proceso histórico-legislativo, sólo dos proyectos recogían de forma expresa el requisito del consentimiento para contraer matrimonio, aunque refiriéndose en los dos supuestos al matrimonio canónico.

Así, el proyecto de 1.820 en el libro II "De los derechos y obligaciones según la diferente condición doméstica de la persona" disponía en su art.279:"Para que el matrimonio se entienda contraido legalmente se necesita...2º.-Consentimiento de los mismos,expresado

con las formalidades que señala la ley..." y en el párrafo 3º del mencionado artículo exigía la celebración solemne ante al párroco y los testigos.

El proyecto de 1.836 establecía en el art.146 "...para contraer matrimonio es indispensable el mutuo y libre consentimiento de los contrayentes (...). En lo referente a la forma, necesariamente debía celebrarse dentro de la faz de la iglesia católica, exigencia prevista en el art.158.².

El anteproyecto de 1.851 no contiene especial mención del consentimiento, debido sin duda a su remisión expresa al ordenamiento canónico. (vid.art.487 y 90)³. En el proyecto de 1.869 se deduce la exigencia del consentimiento ,para el matrimonio , del art.116 relativo a la nulidad⁴.

Ni siquiera en el período histórico en que se regula el matrimonio civil exclusivamente (ley de matrimonio civil de 1.870) se recogió un precepto como el plasmado en el actual art.45 del C.c.

Ciertos sectores doctrinales han cuestionado las razones que han motivado al legislador de 1.981 ha

2.-LASSO GAITE,F.-Crónica de la codificación española".

4.Codificación civil. Volumen II. Pág.51 y 142.

3.-GARCIA COYENA,F.-Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español.Zaragoza,1.974.Pág.29 y 55.

4.-LASSO GAITE,F.-Op.cit.Pág.509 y ss. Nota 2.

introducir el mencionado artículo⁵. Otros por su parte, han argumentado el art.45 en la adhesión que España prestó el 15 de abril de 1.969, a la convención legal sobre "*Consentimiento Matrimonial, edad mínima para contraer matrimonio y registro del mismo*" de fecha 10 de diciembre de 1.962 y que recoge lo sancionado en el apartado 2º del art.16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según la cual "*solo mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio*"⁶.

Sería ilógico, sin embargo, pensar que en el ordenamiento jurídico español se prescindía del consentimiento en materia matrimonial. De forma implícita venía recogido en la antigua regulación y cabe señalar como preceptos más clarificadores los siguientes artículos:

1.-El art.86 que ordenaba presentar una declaración de los futuros contrayentes en que debía constar su propósito de querer contraer matrimonio.

5.-En este sentido LUNA SERRANO, Agustín.-El nuevo régimen de la Familia. Matrimonio y divorcio. Tomo I. Ed. Civitas. Madrid 1.982. Pág.77.

6.-Y dando cumplimiento al mandato constitucional del art.32. MORENO QUESADA, Bernardo, "La Aptitud psíquica en la Reforma del matrimonio" en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor J. Beltran de Heredia y Castaño. Universidad de Salamanca 1.984. Pág.527.

2.-El art.100 al determinar :*"Acto seguido, el juez municipal, después de leídos los artículos 56 y 57 de este código, preguntará a cada uno de los contrayentes si persiste en la resolución de celebrar el matrimonio, y si efectivamente lo celebra...."*

3.-Y en última instancia cabe señalar el derogado art.101, párrafo 1º y 2º-1 en relación con el art.83-2º7 al declarar nulos los matrimonios celebrados por *"los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio"*, así como el contraído por error en la persona o por coacción o miedo grave que viciara el consentimiento.

En virtud de los preceptos reseñados, se manifiesta la necesidad del consentimiento para contraer matrimonio civil, exigiendo una capacidad natural de entender y querer y resaltando así el aspecto volitivo y cognoscitivo de este consentimiento.

7.-El precedente legislativo del antiguo art.83, es el art.63 del Proyecto de 1.882. El Capítulo II del mencionado proyecto trataba "Del Matrimonio civil" y en su Sección I "De la Capacidad de los contrayentes" estaba inmerso el art.63 del que era copia literal el art.83. Su precedente legal era el art.4º, párrafo 2º de la Ley de matrimonio civil de 1.870. Los dos artículos (el 40 de la Ley de 1.870 y el art.83 del Código civil de 1.889) están redactados en forma diferente. Uno, en sentido positivo, como requisito necesario para prestar el consentimiento, y el art.83 en un sentido negativo, contemplado como circunstancia que no ha de presentar ninguno de los dos futuros contrayentes. con respecto al art.101, en su redacción originaria, el precedente legislativo es el art..82 del Proyecto de 1.882 y el precedente legal ,el art.92 de la Ley de matrimonio civil de 1.870.(Vid.LASSO GAITE.Op.cit.Vol.II.Págs.553 y ss)

A pesar de ello, no llegó a dotarse de características específicas por entender que era análogo al consentimiento exigido para la celebración del matrimonio canónico.

Existen indicios que pueden ayudarnos a comprender la inexistencia de norma expresa relativa al consentimiento en el matrimonio civil. Y en este sentido cabe destacar el excesivo formalismo que revestía la estructura del matrimonio, en la anterior regulación y que sin duda indujo al legislador a preocuparse primordialmente por los requisitos externos que configuran la relación matrimonial.

El hecho de otorgar naturaleza contractual al matrimonio, ha podido motivar el entender que era innecesario ocuparse del consentimiento como requisito específico, siendo suficiente la remisión a la normativa general respecto del contrato, en particular al art.1.261 y ss. del Código civil donde se hace una extensa regulación respecto del consentimiento y los vicios que le afectan.

Otra argumentación, sostenida por CLEMENTE DE DIEGO⁸, plantea la innecesaria existencia de la norma

8 -CLEMENTE DE DIEGO, Felipe.-Instituciones de Derecho Civil.Derecho de Familia. Tomo II.Madrid 1.959.El autor afirma."...El Código no habla de estas condiciones de existencia por su misma evidencia, (hace referencia a la dualidad de sexos, al consentimiento y cumplimiento de la forma requerida), su defecto hace inexistente el matrimonio, y siendo un nada

para su exigencia, -la del consentimiento- ,por ser demasiado evidente su necesidad para el acto de celebración del matrimonio.

En otro sentido y tras la ley de reforma, LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA⁹ consideran idéntico el consentimiento que se presta en el matrimonio religioso y el que se presta ante el juez o funcionario competente para el matrimonio civil.

A nuestro entender, priman en el matrimonio unos principios de derecho natural que influyen de manera notable en la institución. Sin embargo, discrepamos de la opinión doctrinal anteriormente mencionada, al no ser aplicable al matrimonio civil el concepto de consentimiento que dispone el Código de Derecho canónico. Así el actual cánón 1.057:

"El Consentimiento matrimonial es el acto de voluntad por el cual, el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio."

Salvando la naturaleza sacramental del matrimonio canónico y sus fines esenciales, apreciamos como diferencia remarcable la nota de indisolubilidad, no

jurídico es innecesario proclamarlo en un texto explícito de la Ley". Pág.475.

9.-LACRUZ BERDEJO, José Luis.- y SANCHO REBULLIDA, Francisco.- Elementos de Derecho Civil.IV.Derecho de Familia. Ed.Bosch. Barcelona 1.984. Págs.153-154 y en 3ª edición. Fascículo 1º. 1.989 .Pág.113.

presente en el matrimonio civil. Sí cabe señalar en éste, la perdurabilidad, entendida como la intención, que ha de presidir en los cónyuges, de permanencia en su vínculo conyugal¹⁰.

Siguiendo la línea de nuestra argumentación, podemos matizar otra diferencia básica referida a la inexistencia de un precepto civil que exija, como finalidad propia del matrimonio, la generación de la prole; (Vid. canon 1.055)¹¹ y, ni siquiera la consumación del matrimonio como requisito para que éste adquiriera plena eficacia¹².

No pretendemos realizar un estudio comparativo, que necesitaría de una mayor profundidad y que no es

10.-La perdurabilidad en el matrimonio es aplicable con idénticas condiciones a la forma religiosa, por disponer el art.85 del Código civil la posibilidad de disolución de todo matrimonio con independencia de la forma y tiempo que haya sido celebrado, con inclusión entre las mencionadas causas del divorcio.

11.-Podemos ir más allá de esta afirmación y plantear el supuesto de un matrimonio contraído en forma civil en el que, de común acuerdo, los cónyuges opten por no tener descendencia. Cabe interpretar que sería una condición impuesta al consentimiento matrimonial, y si así fuera, la solución viene prevista en el propio Código civil (Cfr.art.45-2ª),teniéndose por no puesta, presumiendo el legislador que el consentimiento es puro y llegando, a la conclusión que el matrimonio,habra sido válidamente celebrado. solución opuesta, se daría en el mismo supuesto, referido al matrimonio canónico, porque las partes no asumirían unos de los fines esenciales del matrimonio

12.-En contraposición al ordenamiento canónico (Vid.canon 1.061 y 1.142) que posibilita la disolución del matrimonio rato y no consumado recogido expresamente en el art.80 del C.c.Por su parte el Código civil italiano, prevé la no consumación del matrimonio como causa de divorcio o de cesación de los efectos civiles del matrimonio (art.3 nº2, lett.F de la ley 1 de diciembre de 1.970, nº898).

objeto del presente trabajo. Deseamos destacar la diferente configuración en la prestación del consentimiento para las dos formas de matrimonio reguladas. Y consecuentemente , negar la identidad del consentimiento en el matrimonio canónico y en el matrimonio civil.

Nuestro deseo es realizar el análisis desde la perspectiva jurídica de lo que es y comporta el consentimiento en el matrimonio civil, intentando dotarle de una configuración propia y específica, y delimitarlo en lo posible, del consentimiento previsto y regulado en nuestro cuerpo legal para los negocios jurídicos patrimoniales.

Por vez primera en nuestra legislación, se realiza una extensa regulación del matrimonio civil con dos características dignas de subrayar: La voluntad de perdurabilidad de este matrimonio y que en ningún caso, constituya para las personas que lo contraen, discriminación por creencias religiosas, en concreto por la no profesión religiosa¹³.

13.-Tres han sido las etapas en la evolución de nuestro ordenamiento, que de forma concreta han acogido al matrimonio civil. Dos de ellas de forma exclusiva: la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1.870 y la Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1.932, ambos con escaso plazo de vigencia. Y por Ley de 24 de abril de 1.958 se reconoció el matrimonio civil junto al canónico, con la obligación impuesta de contraer este último cuando al menos uno de los contrayentes profesara la religión católica (Vid. antiguo art.42.) La Ley de 18 de junio de 1.870 calificada de provisional y llamada "Del matrimonio civil", instauró la exclusividad de la celebración de este matrimonio por primera vez en nuestro ordenamiento. El proyecto acogió las

Por todo lo expuesto emprendemos este estudio, que concretamos en la fuente de creación del matrimonio civil: el consentimiento matrimonial. Debemos añadir que también nos ha motivado a la elección del tema, nuestra complacencia en todo lo relativo al Derecho de Familia, por que si el derecho debe ir adaptándose a las exigencias sociales, éstas

lineas maestras de la legislación canónica, por obra de Montero Rios, Catedrático de Derecho Canónico y, en esos momentos, actual subsecretario de Justicia. En definitiva lo que se hizo fue secularizar una normativa típicamente canónica. Cuando el proyecto fue presentado a las Cortes constituyentes españolas, el 17 de diciembre de 1.869, éste fue clasificado como un verdadero plan de "desamortización de la familia". El comunicado de los obispos españoles, reunidos en Roma no se hizo esperar. Inmediatamente, pidieron que el proyecto fuera desechado y entre otras razones adujeron que era de naturaleza anticatólica por exceder la competencia civil y porque destruiría la familia tradicional. Amadeo de Fuenmayor califica la ley como "una travesura de Ruiz Zorrilla", ya que la votación se sometió a las Cortes casi por sorpresa - el 24 de marzo- cuando apenas había una treintena de diputados y para ello se interrumpió un discurso de oposición del diputado García San Miguel a la Ley Municipal y Provincial... AMADEO DE FUENMAYOR.- "El matrimonio como contrato Civil" en Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Febrero 1.976. Págs.94 y ss. A la vista de todas estas circunstancias políticas e históricas, era fácil prever su pronta derogación, que se realizó por Reales Decretos de 22 de enero y 9 de febrero de 1.875. Mereciendo una especial consideración este último por que en su exposición de motivos contenía la idea de la fórmula transaccional, que posteriormente pasó a constituir el texto del derogado art.42 al declarar: ".....(..). El gobierno, a la vez que deroga en cuanto al matrimonio católico la Ley de 1.870, con excepción de un sólo capítulo que contiene únicamente y mejora disposiciones de carácter civil, no puede menos de dejarla subsistente en cuanto al consorcio de la misma índole que hayan contraído o lleguen a contraer los que, no profesando la religión de nuestros padres, estén imposibilitados de santificarlo con el sacramento(...). FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo en El sistema matrimonial español. Comentario al art.42 del Código civil. Instituto Editorial Reus, Madrid. 1.959. Pág.7. La ley del matrimonio civil de 28 de junio de 1.932, surgió como consecuencia del art.43 de la Constitución de 9 de diciembre de 1.931 y fue derogado posteriormente por Ley de 12 de marzo de 1.938 produciendo en nuestro ordenamiento jurídico notables contradicciones sobre la validez de ciertos matrimonios celebrados bajo su vigencia.

son cada vez más significativas en todo lo concerniente al ámbito familiar.

Destacamos una frase de los profesores HENRI LEON Y JEAN MAZEAUD que ponen de relieve el problema con el que nos topamos cuando se desea profundizar en el matrimonio:

"El interés de este estudio no reside en la utilidad que pueda presentar en el terreno práctico, sino en el esfuerzo que exige del jurista para adaptar a la institución del matrimonio una teoría que ha sido construida sobre el terreno contractual y pecuniario".

PLAN DE TRABAJO

El plan de trabajo propuesto, parte de una serie de premisas básicas y fundamentales.

En primer lugar, defender la naturaleza negocial del matrimonio en virtud del principio de autonomía de la voluntad, estableciendo en qué supuestos actúa esta autonomía.

En segundo término, resaltar las abismales diferencias entre el negocio jurídico patrimonial y el negocio jurídico familiar, específicamente entre el contrato y el matrimonio, para descartar la naturaleza contractual que se ha atribuido a este último con la argumentación fundamental de tratarse de un negocio jurídico bilateral. Como tal, comporta la necesidad de consentimiento, pero se ha prescindido, del estudio de los otros dos elementos que configuran el contrato, como son el objeto y la causa, referidos al matrimonio.

Finalmente, desligar el consentimiento en el matrimonio civil, del consentimiento prestado para contraer matrimonio canónico. Y ello, pese al profundo estudio realizado por la doctrina canónica de este último, en contraposición al escaso interés despertado entre los autores, por el matrimonio civil antes de la reforma de 1.981.

Delimitado el consentimiento matrimonial en sus justos términos, pretendemos configurar su concepto y clarificar el calificativo que le acompaña de "matrimonial". Debe observarse, asimismo la relación mútua existente entre la forma en la declaración de voluntad y la voluntad; La incidencia ante la ausencia de consentimiento a pesar de la declaración en forma.

Las diferentes manifestaciones de la voluntad matrimonial, -manifestación expresa en el acto de celebración y manifestación tácita en la convalidación-, y la capacidad exigida para cada supuesto cierran nuestro estudio.

La remisión al derecho comparado -básicamente el derecho francés y el italiano - ha sido elemento imprescindible de consulta en el presente trabajo.

El ordenamiento jurídico francés contiene el precedente legal de nuestro art.45 del C.c. El art.146 del Código francés nos proporciona una serie de elementos -a pesar de la distancia en el tiempo entre los dos artículos- que ayudan a una mejor comprensión de nuestra norma. Por su parte, el derecho italiano, dentro de los ordenamientos del área latina, conceptua y regula la simulación matrimonial en su artículo 123, aportando nuevos elementos a la descripción de esta ausencia concreta de consentimiento matrimonial, no prevista

expresamente por el legislador español, y facilitando a la doctrina un marco de discusión respecto a la problemática que plantea y en relación a la calificación y ordenación del matrimonio civil.

TITULO I. -EL MATRIMONIO: APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE
LOS PRESUPUESTOS DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.

CAPITULO I.-CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA
NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO EN EL CODIGO
CIVIL: EL MATRIMONIO COMO NEGOCIO JURÍDICO.

1.1.- CONSIDERACIONES GENERALES.

La polémica surgida en torno a la naturaleza jurídica del acto constitutivo del vínculo matrimonial, procede ya del derecho romano, donde se debatía la cuestión de sí el matrimonio era susceptible de encuadrarse en la categoría de los contratos consensuales. A ello contribuyó, sin duda "el hecho de que en el Digesto y en el Código, el tratamiento del matrimonio sigue al de los contratos. En este sentido eran frecuentes los autores que asimilaban la relación matrimonial a la *Societas* ;para mantener esta opinión se basaban en la naturaleza consensual de la sociedad y en la utilización frecuente de las fuentes romanas de la noción *Societas* referida al matrimonio"¹⁴.

No es nuestra pretensión hacer un análisis doctrinal exhaustivo. Sin embargo nos parece

14.-NUÑEZ PAZ, Ma Isabel.-Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma.Salamanca, 1.988.Pág.55 y ss.La autora describe la trayectoria seguida por la doctrina para derrocar la teoría tradicional del contrato, destacando la revolucionaria aportación de MANENTI con la introducción de dos ideas claves para la romanística . La primera exponía la exigencia de dos elementos para dar vida al matrimonio:a)consuetudo individua vitae (convivencia) y b) affectio maritalis (consentimiento). La segunda aportación iba referida a como se entendía el consentimiento en derecho clásico.Se trataba de un consentimiento continuo y no inicial o productor de un vínculo que existía con independencia de la primera emisión del acto.