

M^a DOLORS TOLDRÀ ROCA



EL CONSENTIMIENTO
MATRIMONIAL

UNIVERSITAT DE LLEIDA
Biblioteca



1600116300

Filosofía parecida a la de nuestro ordenamiento sólo parece hallarse en el Código Lusitano. Este no exige ninguna circunstancia especial que deba concurrir a tal efecto y, sólo determina como requisito para celebrar este matrimonio, la circunstancia que uno de los contrayentes no resida en el distrito o demarcación del juez o funcionario autorizante⁵⁰.

di...II.Edizione.Padova, 1.984. Pág.146. FINOCCHIARO,F .-
Matrimonio Civile: Formazioni, Validita, Divorcio. Giuffrè
Editore. Milano 1.982.Pág.42 y ss. A.A.V.V.-Enciclopedia del
Diritto.Voz "Matrimonio". Tomo XXV. (Lodo-Matri). Giuffrè
Editore,1.975.Pág.826. PERLINGIERI,P.-Code Civile Annotato a
Cura di....Libro Primo.Ed.Utet,1.980.Pág.429.

50.-El art. 1.620 del Código Lusitano se expresa en los siguientes términos:"....E lícito a un dos nubentes fazer-se representar por procurador na celebração do casamento.A procuração deve conter poderes peciais para o acto, a designação expressa do outro nueveinte e a indicação da modalidade do casamento..."En su artículo inmediatamente posterior (art.1.612) se regulan los supuestos de revocación y la posibilidad de incurrir el poderdante en responsabilidad."....Cessam todos os efeitos da procuração pela revogação dela, pela morte do constituinte ou do procurador, au pela interdição ou inabilitação de qualche deles em consequência de anomalia psíquica.O constituinte pode recoger a todo o tempo a procuração, mas é responsável pelo prejuizo que cansarse por culpa sua, o não fizer a tempo de evitar a celebração do casamento..."La legislación portuguesa parece otorgar cierta capacidad al representante, por influir la interdicción o inhabilitación del apoderado, para la cesación de los efectos del poder.En un contexto muy concreto, encontramos también un grupo de legislaciones que contemplan dentro de su normativa el matrimonio por poder, destacando el art.103 del Código civil de Chile, el art.15 del Código civil argentino, el art.44 del Código civil de México,el art.194 del Código civil de Brasil y el art.11 de la Ley nº57 de 1.8887 del Código civil de Colombia que especificaba curiosamente el matrimonio por poder única y exclusivamente para el varón, señalando que la revocación ha de notificarse a la mujer, pues de lo contrario, no surte efectos.

2.4.-LA INVALIDEZ DEL MATRIMONIO.

Antes de adentrarnos en el tema de la invalidez del matrimonio, y para una mejor comprensión de la línea argumental del presente trabajo, debemos señalar, que nuestro punto de atención se centrará en las causas de invalidez que proceden directamente del consentimiento matrimonial, no incluyendo, consecuentemente, aquellas relativas a defectos o ausencia de forma, por tratarse en capítulos posteriores, ni las que provienen de matrimonios celebrados con oposición a lo prescrito en los art.46 y 47 del Código civil.

Asímismo, tratamos de forma más extensa el dolo, el error y la violencia como supuestos de vicios del consentimiento, (o en su caso ausencia), por que en el transcurso del estudio no volveremos, de forma directa, a incidir sobre ellos.

Distinto será el tratamiento dado a la Simulación y a la Reserva Mental en estos epígrafes, por dedicarles en capítulos posteriores la extensión que, a nuestro entender, merecen.

Reseñados estas pautas de trabajo, puede afirmarse que la invalidez del matrimonio como concepto genérico, tiene un tratamiento específico, que difiere notablemente de las normas generales relativas a los negocios jurídicos patrimoniales. Los

supuestos de aplicabilidad de uno y otro difieren hasta el punto que, prácticamente, no tienen nada en común. La invalidez del matrimonio afecta fundamentalmente a las personas y, en los negocios jurídicos patrimoniales el campo de actuación está delimitado por relaciones de obligación 51.

El legislador de 1.981 promulgó en el art.73 del Código civil los diferentes supuestos de invalidez del matrimonio; calificando a todos ellos bajo una misma rúbrica, la de nulidad, e incluyendo en el supuesto de hecho de la norma, los temas relativos al consentimiento, a la capacidad y a la forma.

El mencionado art.73, ha dividido a la doctrina en dos puntos concretos:

51.-Así LUNA señala que la acción pública o privada para pedir la nulidad del matrimonio y la convalidación o no del matrimonio nulo no "encajan plenamente en la clasificación de la invalidez negocial en nulidad absoluta o de pleno derecho y relativa o anulabilidad". Derecho de Familia. 3ª Edición. Fascículo 1º. Ed. Bosch, Barcelona, 1.989. Pág.157. DIEZ PICAZO afirma que en el ámbito del Derecho de familia el principio de ineficacia debe ser templado por las exigencias de la buena fe y las necesidades familiares, hasta el punto que quizá "no fuera desencaminado tratar de obtener un principio general conforme al cual, son válidos los actos realizados de buena fe con base en un negocio familiar aparente, siempre que a través de ellos se haya realizado el interés familiar fundamentalmente protegido". El Negocio Jurídico del Derecho de Familia. Pág.49. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1.962. DE CASTRO. puntualiza, en este sentido, la regulación excepcional de la nulidad, en relación a los negocios jurídicos del Derecho de Familia. El Negocio Jurídico. Ed. Civitas, Madrid, 1.985. Pág.502. En igual sentido CASTAN TOBEÑAS Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo V, Vol. I, 9ª Edición. Madrid, 1.976. Pág.852 - 853. DORAL, J.A. en "Matrimonio y Divorcio". Comentarios al nuevo título IV del Libro 1º del Código civil. Ed. Civitas. Madrid, 1.982. Pág.426.

1.-La admisibilidad de categorías diferentes a pesar de la literalidad del texto.

2.-Y el reconocimiento en nuestro Derecho positivo de la inexistencia, como concepto virtualmente distinto de la nulidad.

Frente a esta división doctrinal, que ahora pasaremos a reseñar con una mayor profundidad, cabe destacar un punto relativo al art. 73 , en el que la doctrina coincide plenamente. Y éste, no es otro, que el de afirmar que el mencionado artículo no recoge explícitamente todos los supuestos de nulidad, ya que estos se deduciran de la normativa general que regula el matrimonio⁵².

2.4.1.-CATEGORIAS CONCEPTUALES DE INVALIDEZ.

Señalada la inadecuación de las categorías de invalidez formadas fundamentalmente sobre la base de los negocios patrimoniales y, admitida su especificidad respecto al matrimonio, la doctrina no es unánime en aplicar a éste, los diferentes grados de invalidez.

52.-GETE-ALONSO y CALERA comentando el art.73 en Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia.Vol.I.Ed.Tecnos.Madrid, 1.984.Pág.368.LACRUZ señala como posibles supuestos de nulidad matrimonial los que pueden deducirse de los artículos 80,53 y 78 del Código civil y, los que puedan deducirse de la revocación previa del poder para contraer matrimonio (art.55.3).Derecho de Familia.Ed.Bosch.,1989.Pág.159.

Las argumentaciones ya reseñadas en parte, se centran básicamente en el efecto, que tendrían todas las irregularidades, -el matrimonio putativo-, y la propia letra del art.73, del que puede deducirse que la intención del legislador era consagrar un único grado de invalidez: la nulidad 53.

A pesar de lo expuesto, es también el propio legislador quien prevé la convalidación (Cfr.Arts.75-2ª y 76 del C.c.) para determinados supuestos y, la legitimación para entablar la oportuna acción en unos casos, considerada como eminentemente privada: (Cfr.art.75-2ª y 76 del C.c.) o pública (Cfr. art.74 y 75-1ª) con ampliación a: "*Cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, al Ministerio Fiscal y al otro cónyuge..*"

La discrepancia doctrinal, como apunta DORAL54 responde, en última instancia, al intento de precisar aspectos que tienen una indudable repercusión

53.-Ya en el Proyecto de Ley, la redacción propuesta del art.73 fue formulada en los siguientes terminos: "*Son nulos....*" (B.O.C.Congreso Serie A.número 123-I,13 de mayo de 1.980) .La variación sustancial, en cuanto a su enunciado, fue introducida en el Informe de la Ponencia, pasando a la redacción definitiva: "*...Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración....*" (B.O.C.Congreso ,Serie A, número 123-I, 6 de diciembre de 1.980), ampliando los supuestos previstos de nulidad a los matrimonios celebrados en forma religiosa.Cabe destacar en el iter legislativo del art.73, que sólo en dos enmiendas, la nº55 que posteriormente fue retirada y la nº224 (referida al art.76), resaltan la diferenciación entre nulidad y anulabilidad.

54.-DORAL.-Matrimonio y Divorcio..Op.cit.Pág.428.

práctica, señalando entre otros: la legitimación para interponer la acción, la prescriptibilidad de la misma y su posibilidad de convalidación y renuncia. A juicio del autor, cuando el Código habla de nulidad, se refiere a lo que más propiamente entiende como anulabilidad⁵⁵.

En contra de esta opinión y admitiendo la nulidad y anulabilidad como categorías autónomas y separadas dentro del matrimonio se manifiestan :VALLADARES⁵⁶, GARCÍA CANTERO⁵⁷, VÁZQUEZ IRUZUBIETA⁵⁸ y ESPÍN CÁNOVAS⁵⁹.

LUNA⁶⁰ y ALBALADEJO⁶¹, por su parte, no ven necesario entrar en la discusión doctrinal y, los

55.-DORAL.-Matrimonio y Divorcio..Op.cit.Pág.428.

56.-VALLADARES ETELVINA.-Nulidad, Separación y Divorcio: Comentarios a la Ley de Reforma del matrimonio. Ed.Civitas, Madrid, 1.982. Pág.130.

57.-GARCIA CANTERO, Gabriel.-Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo. Tomo II, 2ª edición. Madrid, 1.982. Pág.208 y ss. Distingue dentro de la Nulidad entre :absoluta expresa (art.46 y 47) y nulidad virtual referida al supuesto en que se carece de capacidad de entender y querer (art.56-2ª del C.c.). Junto a la nulidad, acoge la nulidad relativa.

58.-VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos.-"Régimen Jurídico de la celebración y disolución del Matrimonio".Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.981. Pág.243.

59.-ESPÍN CANOVAS, Diego.-Manual de Derecho Civil Español. Volumen IV. Derecho de Familia. 8ª Edición. Madrid, 1.984. Pág.86 y 87.

60.-LUNA SERRANO, A.-Derecho de Familia. Op.cit. Pág.159.

61.-ALBALADEJO.-Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia, 2ª Edición. Bosch, Barcelona, 1.984. entiende que no hace falta entrar en la discusión, por no tener ésta alcance práctico, ya que la

diferentes supuestos de invalidez previstos en el Código civil los examinan desde la perspectiva de la legitimación para entablar la acción y la convalidación.

GETE-ALONSO⁶², admite un único tipo de irregularidad o categoría jurídica: la nulidad y, la misma postura sostiene DÍEZ PICAZO⁶³.

Dentro de la denominación genérica de invalidez, ha surgido a lo largo de la historia otro punto conflictivo entre los estudiosos del Derecho de Familia y, es el relativo a la admisibilidad o no de la inexistencia como categoría jurídica autónoma de la nulidad absoluta referida al matrimonio⁶⁴.

legitimación para solicitar la acción se concede por la ley y, por la propia putatividad del matrimonio. Pág.90 y 91.

62.-GETE-ALONSO y CALERA, MaCarmen.-Comentarios a la Reforma del Derecho de Familia.Vol.I.Ed.Tecnos.Madrid,1.984.Pág.362.

63.-DIEZ PICAZO Y GULLON.-Sistema de Derecho Civil.Volumen IV.Ed.Tecnos, 1.982.Pág.144 y ss.

64.-El Código civil Portugues diferencia y regula la inexistencia de la anulabilidad.La primera la contempla en el art.1.628 y trata de los supuestos de matrimonios inexistentes.Por su parte, el art. 1.630 determina el régimen de la inexistencia, ajustandose en la misma, a la tradición jurídica de la figura.El art.1.628 determina:(Casamentos inexistentes).É jurídicamente inexistente:

- a)O casamento celebrado perante quem nao tinha competència funcional para o acto, salvo tratando-se de casamento urgente;
- b)O casamento urgente que nao tenha sido homologado;
- c)O casamento em cuja celebração tenha faltado a declaração da vontade de um ou ambos os nubestes, ou do procurador de um deles;
- d)O casamento contraído por intermédio de procurador, quando celebrado depois de terem cessado os efeitos da procuração, ou quando esta nao tenha sido outorgada por quem nela figura como

Nos parece conveniente hacer una breve referencia a las causas que motivaron la figura de la inexistencia, para comprobar la evolución histórica que ha tenido, básicamente en la doctrina francesa, y posteriormente, analizar si en nuestro ordenamiento jurídico cabría hablar de algún supuesto de inexistencia.

ZACHARIE fue el primer autor que propuso a principios del siglo XIX la figura de la inexistencia. Ésta, la fundamentaba sobre algunos textos de Bonaparte, que en el curso de los trabajos preparatorios había manifestado la necesidad de no mezclar los casos en que el matrimonio no existe, de aquellos otros en que puede ser destruido. Inmediatamente a esta intervención fue adoptada la fórmula del art.146 del Código civil francés."Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement".65.

jconstituente, ou quando seja nula por falta de concessao de poderes especiais para o acto ou de designação expresa do outro contraente;

e)O casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo.

Y el art.1.630 especifica:(Regime da inexistência)

1.-O casamento juridicamente inexistente nao produz qualquer efeito jurídico e nem sequer é havido como putativo.

2.-A inexistência pode ser invocada por qualquer pessoa, a todo o tempo, independentemente de declaração judicial.

65.-MAZEAUD-MAZEAUD.-Lecciones de Derecho Civil.Parte 1a.Volumen II.La Familia.Ediciones jurídicas Europa-América.Buenos Aires, 1.976.Pág.218.No obstante DE CASTRO, señala que la intervención de Napoleón por la que así se redactó el art.146, no parece que tuviera el propósito de distinguir entre inexistencia y nulidad, sino entre nulidad y anulabilidad (art.180 Código Napoleón).El

posteriormente, la noción de inexistencia se elaboró dentro de la doctrina francesa para eludir las consecuencias del principio "pas de nullité sans texte", incluyendo en esta figura: el matrimonio celebrado con ausencia de consentimiento, la identidad de sexo y, ausencia en la celebración de la forma prescrita.

Es de destacar un amplio sector de la doctrina histórica que asimilaron los dos supuestos, (la nulidad y la inexistencia), e inclusive, calificaron de absurda la distinción argumentando que los presupuestos y los efectos jurídicos son coincidentes. En esta dirección están MOURLON⁶⁶, TOULLIER⁶⁷, DELVINCOURT⁶⁸, BAUDRY-LACANTINERIE y HOUQUES-FOURCADE⁶⁹.

primer cónsul observó que no se debía mezclar los casos en los que "no hay matrimonio, con aquellos otros en los que el matrimonio puede ser anulado" El Negocio Jurídico. Ed. Civitas. Madrid, 1.985. Pág. 464.

66.-MOURLON, M. FR. - Répétitions écrites sur le Premier examen du code Napoleon. 4ème édition. Paris, 1.855. Pág. 326.

67.-TOULLIER. - Le Droit Civil Français, suivant l'ordre du Code. Tome Premier. Bruselle, 1.845. Pág. 143. considera que siempre será nulo por existir una apariencia de matrimonio que hace falta destruir.

68.-DELVINCOURT, M. - Cours du Code Civil. Tome Premier. Paris, 1.819. Pág. 70.

69.-BAUDRY-LACANTINERIE, G. y HOUQUES-FOURCADE, M. - Traité Théorique et Pratique de Droit Civil. Troisième édition. Tome Troisième. Paris, 1.908, apuntan que "...la distinction de l'inexistence et de la nullité correspond à l'intensité différente de la nécessité, logique ou purement légale, qui fait requérir l'accomplissement d'une condition pur la formation d'un acte..." y califican al art. 146 de nulo. Pág. 304.

AUBRY ET RAU defienden que la distinción entre las dos figuras, está escrita en el Código Napoleón de la combinación de los artículos 146 y 180. Y al respecto se señalan como características propias de la inexistencia, la viabilidad de poder ser invocada en todo tiempo y estar legitimada toda persona que tenga interés⁷⁰, así como la inaplicabilidad de los efectos propios del matrimonio putativo y, no concurrir en la inexistencia, que las causas que puedan producirla deban estar contempladas en un texto legal⁷¹.

La doctrina moderna francesa se aparta de la concepción de la inexistencia. Y los diferentes supuestos los incluye entre las nulidades absolutas⁷² o virtuales⁷³ siguiendo, por analogía, el criterio del legislador. Éste, en virtud de la ley de 19 de febrero de 1.933⁷⁴ modificó el artículo 184 del

70.-AUBRY ET RAU, M.M.-Cours de Droit Civil Français d'après le Méthode de Zachariac. Tome VII. 5ème édition. Paris, 1.913. Pág. 7, 15 y 16.

71.-CARBONNIER, Jean.-Derecho Civil. Tomo I. Vol. VI. Ed. Bosch. Barcelona, 1.961. Pág. 138.

72.-CARBONNIER, Jean.-Derecho Civil. Op. cit. Pág. 139.

73.-MARTY-RAYNAUD.-Droit Civil. Tome I 2ème Volume. "Les Personnes" . 2ème Edition. Paris, 1.967. Pág. 121 y ss. En la misma línea de negar a la inexistencia una categoría jurídica diferente de la nulidad: MAZEAUD-MAZEAUD.-Lecciones de Derecho Civil. Op. cit. Pág. 198, COLIN, A. y CAPITANT, H.-Curso elemental de Derecho Civil. Tomo I. 4ª Edición. Madrid, 1.975. Pág. 410-436.

74.-A pesar de la inclusión en la ley: "Le Doyen Josserand a sostenu, en sa fondant sur les travaux préparatoires de la loi de 1.933, que celle-ci visait uniquement le mariage des dément. Il y aurait donc, encore, inexistence chaque fois que l'absence de consentement aurait une cause que la folie. Ce

código incluyendo como causa específica de nulidad, la ausencia de consentimiento, mediante remisión expresa al art.146 del mismo cuerpo legal.

Reseñada la doctrina francesa, e intentando seguir el hilo conductor de nuestra argumentación, es a todos luces razonable que de la lectura de nuestros textos legales (art.45 y 73 del C.c.), pueda a priori, hablarse de inexistencia (art.45"no hay matrimonio...") y de nulidad (art.73"..Es nulo...") como categorías diferentes.De hecho, así se puso de manifiesto en el iter legislativo⁷⁵, aunque de la lectura detallada del mismo, (intervenciones en las diferentes propuestas de enmiendas), hemos de señalar que los intervinientes partían ya de premisas distintas: unificando el régimen jurídico de nulidad

*serait le cas de l'erreur dans la célébration, qui se réalise quand un des époux a répondu non à l'officier de l'état civil et que l'acte de mariage enregistre un consentement qui en réalité n'a jamais été donné.."*MARTY-RAYNAUD.-Droit Civil..Op.cit.Pág.128.

75.-En la discusión de las enmiendas que se presentaron al art.73 , en el pleno del Congreso de los Diputados, a pesar de ser rechazados en su totalidad, pusieron de manifiesto la antinómia jurídica entre el matrimonio inexistente y el matrimonio nulo; añadiendo que el régimen, según la teoría general del Derecho, no es el mismo: (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 153, 25-3-1.981.Págs.9.570 y ss.) Y, posteriormente en el Senado en el Informe de la Ponencia, se pretendía la supresión del apartado 1º del artículo 73, al entender que el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial, no es nulo, es inexistente y, así resulta de la lectura del art.45. La enmienda fue rechazada aduciendo que en el apartado primero del art.73 se contempla incluso las apariencias de consentimiento.(B.O.C.Senado,Serie II,nº161 (d) 8-Junio-1.981,Informe de la Ponencia,Pág.5 y ss y 76 y ss).

e inexistencia⁷⁶ o diferenciando las dos categorías⁷⁷.

FILANTI⁷⁸ afirma que se trata de una cuestión puramente teórica buscar la admisibilidad de la inexistencia como categoría distinta y FINOCCHIARO⁷⁹ califica su introducción dentro del matrimonio como una cuestión superflua y fuente constante de confusión.

Nuestra doctrina, no es unánime en incorporar a la invalidez del matrimonio el concepto de inexistencia. GETE-ALONSO⁸⁰, DORAL⁸¹, VILLA-ROBLEDO⁸², ARRECHEDERRA⁸³ y LALAGUNA⁸⁴ mantiene opinión

76.-Intervención del Diputado Sr. Moscoso del Prado Muñoz (B.O.C.nº153,25-3-1.981.Pág.9.572)

77.-Intervención del diputado Sr.Zapatero Gómez (B.O.C.nº153,25-3-1981.Pág.9.571-9.573)

78.-FILANTI,Giancarlo.-Inesistenza e Nullità del Neqozio Giuridico.Publicazioni della Facoltà di Giurisprudenza.Serie I,(Giuridica).Volum,29.Napoli,casa Editrice Dott.Eugenio Jovene, 1.983.Pág.167.

79.FINOCCHIARO,Francesco.Matrimonio Civile.Formazione,Validità.Di vorzio.Milano.Dott.A.Ginfrè Editore 1.982.Pág.51. Voz "Matrimonio"(Diritto Civile) en Enciclopedia del Diritto.Tomo XXV (Lodo/Matz)Giuffrè Editore, 1.975.Pág.829.

80.-GETE-ALONSO Y CALERA.-Comentario...Op.cit.Pág.362.Plantando el supuesto de la identidad de sexo, señala que se estaría en presencia de una relación jurídica distinta.

81.-DORAL.-Matrimonio y Divorcio..Op.cit.Pág.440.

82.-VILLA ROBLEDO, MaJosé.-"El Matrimonio Condicional"-Revista de Derecho Privado.Madrid, 1.984.Pág.103.

83.-ARRECHEDERRA.-Matrimonio y Divorcio.Comentarios al nuevo título IV del libro 1º del Código civil. dirigidos por LACRUZ BERDEJO. Ed.Civitas.Madrid, 1.9892.Pág.86.

contraria y en nada la diferencian de la nulidad. Frente a esta corriente hay otro destacado sector que mantienen la inexistencia como grado de invalidez y, aunque no todos los autores incluyen los mismos supuesto, parece que sí hay cierta unanimidad en admitir como caso de matrimonio inexistente el que pudieran contraer personas del mismo sexo⁸⁵.

Nos ha parecido oportuno comentar con mayor amplitud este supuesto. La necesidad o exigencia que los contrayentes sean de diferente sexo, esta enmarcada en la propia Constitución (art.32-1ª) y en el Código civil (art.44).

84.-LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique.-"La nulidad del matrimonio despues de la Constitución." en Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo LXXIX, Edit. Reus, Madrid, 1.979. Pág.178.

85.-GARCÍA CANTERO en Comentarios.... Op.cit. Pág.218. Asimismo califica de inexistentes los supuestos de los arts.45-1ª, 55-3ª, 73-1ª del C. c. VAZQUEZ IRUZUBIETA.-Régimen Jurídico de la celebración... Op.cit. Pág.246. LUNA SERRANO, A.-El Nuevo Régimen de la Familia. Matrimonio y Divorcio. Tomo I. Ed. Civitas. Madrid, 1.982. Pág.137 y 138. ENTRENA KLENT, Carlos Ma.-Matrimonio, Separación y Divorcio en la legislación actual y en la historia. 2ª Edición. Editorial Aranzadi. 1.984. Pág.471. incluye también el matrimonio "iocandi causa" y señala una serie de diferencias, tales como el valor legal del matrimonio, (no tiene el inexistente y si el nulo), la producción de efectos en cuanto al matrimonio putativo, (el inexistente no entre en su supuesto de hecho), la filiación (no matrimonial la del inexistente), imposibilidad de convalidación, (a diferencia de ciertos supuestos de matrimonio nulo que si son convalidables). Afirma también que en el matrimonio inexistente no puede surgir relación patrimonial-conyugal, y que las consecuencias civiles de éste se ventilan al amparo del Código penal, salvo caso de renuncia. VALLADARES Etelvina.-Nulidad, Separación... Op.cit. Pág.130. Califica de inexistente el primer párrafo del art.73 del Código civil. PERLINGIERI, Pietro.-Code civile annotato a cura di.. Libro Primo. Utet, 1.980. Pág.432 habla de inexistencia de matrimonio, cuando falta la diversidad de sexo.

El problema fundamental en la cuestión que tratamos, no se circunscribe al caso que dos hombres o dos mujeres solicitaran en expediente matrimonial, poder contraer matrimonio. Ha recaído ya, en este sentido, alguna Resolución General denegando tal posibilidad⁸⁶ y, a juicio nuestro, totalmente fundamentada.

86.-R.D.G.R.21-Enero -1.988.Matrimonio civil: no procede entre dos varones.Transcribimos alguno de los fundamentos de derecho, por considerar importante la argumentación jurídica que contiene.En concreto el segundo señala:"No hace falta resaltar que el matrimonio ha sido siempre entendido como una institución en la que la diferenciación de sexos es esencial.Y este concepto tradicional es el que recoge, sin duda alguna, las normas vigentes en España,rectamente interpretados.En efecto, el hecho de que el artículo 32.1 de la Constitución proclame que "el hombre y la mujer tienen Derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica" no autoriza a concluir que, al haberse omitido por cualesquiera razones la expresión "entre sí", la Constitución permita el matrimonio entre personas del mismo sexo.Al contrario, es muy significativo que en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución, dedicado a los derechos y libertades fundamentales es el artículo 32 el único que se preocupa de precisar que "el hombre y la mujer" son los titulares del "ius nubendi," mientras que en todos los demás casos se utilizan formas impersonales como "todos","toda persona", "se garantiza","se reconoce","tienen Derecho", sin estimarse necesario referir el derecho al sexo concreto de la persona.Este mismo criterio es el seguido por los tratados internacionales en la materia ratificados por España y que deben ser tenidos muy en cuenta a la hora de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades.(Cfr.art.10-2ª de la Constitución);así el artículo 12 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1.950, sobre protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales ("a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tiene derecho a casarse y a fundar una familia..").Y el artículo 23-2ª del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York de 18 de diciembre de 1.966("se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia").Y el tercero:"..El código civil, como no podía ser de otro modo, sigue el mismo criterio.La referencia al hombre y a la mujer del artículo 44 se concreta en muchos otros artículos al "marido" y la "mujer", una vez celebrado el matrimonio.Especialmente es significativa esta terminología en los fundamentales artículos 66 y 67 , que son dos de los tres

El núcleo básico estriba, en el denominado problema del "transexualismo". Este ha sido definido como "la condición psiquiátrica caracterizada por el deseo de negar o cambiar el sexo biológico real por el opuesto"⁸⁷.

Es indudable que si en presencia del juez competente, concurren dos personas que externamente coinciden una con el sexo masculino y otra con el sexo femenino, el oficial deberá atenerse a lo que consta en el expediente matrimonial, que va a especificar, aparte de otros datos, los nombres, y sexo de los futuros contrayentes. Si se produjera error en el expediente y se tratara de personas del mismo sexo, (no por la apariencia), ese matrimonio podría decretarse nulo en virtud del apartado 4º del

preceptos a los que se debe dar lectura por el juez o funcionario en el acto solemne de celebración del enlace (Cfr.art.58)....". La resolución, califica al matrimonio, si llegara a contraerse, de nulo por aplicación del artículo 73-1a, en relación con el 45-1º; reconoce el "ius nubendi" de cada uno de los recurrentes si desean casarse con una mujer, y deja al margen del recurso, los eventuales efectos jurídicos que pudieran derivarse de una unión homosexual estable. En el supuesto, como el tratado, de una evidencia en la identidad de sexo, puede afirmarse que no estaríamos ante un matrimonio inexistente, sino, más bien, ante inexistencia de matrimonio, ya que ni siquiera habría una apariencia. En este sentido: CORNU, Gerard. -Droit Civil: La Famille. Collection "Précis Domat". Edition Montshrstien. Paris, 1.984. Pág.283. MARTY-RAYNAUD. -Droit Civile. Op.cit. Pág.122,123. PERLINGIERI, Pietro. -Code Civile annotato a cura di. "Op.cit. Pág.432.

87.-Sta.31 de marzo de 1.989. Cámara Nacional Civil de Buenos Aires (Jurisprudencia Nacional). Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. nº4. ABELEDO-PERROT. Buenos Aires, 1.990. Pág.133.

art.73 del Código civil (-error en una cualidad esencial-).

Al tratar el tema del transexualismo, nos referimos a personas que ,tras someterse a intervenciones quirúrgicas "irreversibles"⁸⁸, en su apariencia externa y morfológicamente, se produce un cambio de sexo.

En este punto, se plantea una discordancia entre la realidad de esa persona y su situación jurídica en el Registro civil. El primer paso para integrarse en la sociedad, con su nuevo estado, es que se le reconozca jurídicamente su sexo (-que ha cambiado-) y, con ello, la consiguiente modificación de nombre. No debemos olvidar, sin embargo que la noción de sexo, es un tema que excede del orden jurídico⁸⁹ y es, en este orden, donde se plantea la problemática. Nuestro Tribunal Supremo en Sentencia 2 de julio de 1.987 reconoce que, tras la operación efectuada, se trata de una ficción de hembra, a la que el Derecho también tiende a proteger. Se concede

88.-El subrayado es nuestro.

89.-Hay un aspecto determinante, que distingue al hombre de la mujer y es el llamado sexo genético (que comprende el cromosómico y el cromatínico). Sin embargo, se ha visto necesario ampliar, por la ciencia médica este enunciado y dar valor a otros factores, tales como la composición gonadal, la hormonal, los organos sexuales externos, la apariencia genital externa, las características sexuales secundarias, la identidad sexual, social y psicosexual. Sta.31-3-1.989. Buenos Aires. Derecho de Familia. Op.cit. Pág.135.

el cambio de sexo, -como ficción-, y el cambio de nombre. Sin embargo la finalidad, por la que exponemos estos supuestos, es saber si estas personas pueden contraer matrimonio.

La doctrina histórica, que trataba de inexistencia para matrimonios contraídos por personas del mismo sexo, se trasladaría en la actualidad al matrimonio del transexual, en el caso que llegara a contraerse⁹⁰.

Nuestra opinión respecto a la problemática, que poco a poco va invadiendo el terreno jurídico, la podemos resumir en las siguientes hipótesis:

1.-En relación al matrimonio que pretendieran contraer dos personas del mismo sexo, -(con una igualdad externa evidente)-, estaríamos ante un supuesto ni previsto ni permitido en nuestra legislación y, el Juez, creemos que bajo ningún concepto, lo autorizaría.

90.-Difícilmente se dará en la realidad, ya que la jurisprudencia, en Derecho comparado -(Francia, Derecho Norteamericano)- ante estos supuestos y desoyendo en parte la ciencia médica, acoge como fundamento el sexo genético, que no varía a pesar de las intervenciones quirúrgicas y consecuentemente no concede el cambio de sexo..Sta.31,marzo,1.989.Buenos Aires. Derecho de Familia. Op.cit.Pág.136 y ss. Solución diametralmente opuesta a nuestra jurisprudencia que ha acogido en sentido favorable los supuestos planteados y, con fundamento legal en el art.10.1 de nuestra Constitución,ha ordenado el cambio de inscripción en el Registro civil del sexo y nombre de las personas afectadas(Stas. 2-julio -1.987,15-Julio 1.988,3-marzo-1.989,19-abril-1.991)

2.-Si la apariencia externa, no permite verificar dicha igualdad y el matrimonio llegara a celebrarse, siendo en realidad dos personas del mismo sexo, a nuestro entender, este matrimonio no sería inexistente, porque se habría producido una apariencia y sí nulo en atención a los párrafos 1º y 4º del art.73 del C.c.

3.-En último término, cabe hablar del matrimonio del transexual. La solución jurídica, si el matrimonio llegara a celebrarse, podría ser la misma que la prevista para el apartado anterior.No obstante, nos parece oportuno resaltar que, a estas personas -los transexuales- les es negado por nuestra jurisprudencia el "*ius nubendi*", en base a los artículos 44,45,73-1º y 4º del Código civil⁹¹.

Se les reconoce el cambio de sexo y la oportuna rectificación en el Registro civil, pero partiendo de la idea, que se trata de una ficción y se les limita su capacidad para determinados actos o negocios jurídicos fundamentalmente, el matrimonio, al considerarlos incapaces para prestar verdadero consentimiento matrimonial, ya que la modificación en el Registro civil, no supone en ningún caso la absoluta equiparación con la del nuevo sexo.

91.-Stas.2-julio-1.9887,15-julio-1.988,3-mayo-1.989,19-abril-1.991.

Apartando el tema del error en las cualidades personales, (art.73-4º C.c.), que sería causa específica de nulidad solo cuando el otro cónyuge no hubiera tenido, antes del matrimonio, conocimiento del cambio de sexo, pensemos en la hipótesis que el otro contrayente conoce perfectamente su situación y desea a pesar de ello contraer matrimonio. No cabría aquí hablar de error en las cualidades personales y, sin embargo se continua negando la posibilidad de prestar verdadero consentimiento matrimonial.

No debemos olvidar, que esta persona (-el transexual-), tiene toda la apariencia externa del sexo que desea, en virtud de la operación quirúrgica que es irreversible. A partir de este momento, no pueden contraer matrimonio ni con un hombre, porque no se les equipara a mujer, a pesar del cambio registral, ni lógicamente con una mujer, ya que se podría argumentar la igualdad de sexo. Nosotros disentimos de la solución adoptada por nuestra jurisprudencia que niega el "ius nubendi", consagrado en el art. 32, 1º de la Constitución. No obstante, deseamos matizar esta opinión, en el sentido de defender la tesis mencionada, (posibilidad de contraer matrimonio) única y exclusivamente para el matrimonio civil. De lo expuesto puede concluirse que, a estas personas, si bien se les reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad

(art.10.1º de la Constitución), se les niega el ejercicio de otro derecho constitucional⁹².

2.4.2.-NO PREVISIÓN DEL DOLO COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL Y SU INTERRELACIÓN CON EL ERROR.

Los epígrafes 4ª y 5º del art.73 del C.c. establecen los vicios que puedan afectar al consentimiento matrimonial, entre los que, no viene recogido específicamente el dolo⁹³, a diferencia del artículo 1.265 que declara nulo, refiriéndose a la validez de los contratos, el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

92.-Hemos querido señalar el problema que, a nuestro entender, se plantea sin adentrarnos en otro tipo de argumentaciones por entender que merece una mayor profundidad y que escapa de nuestro objetivo en el presente trabajo.

93.-A diferencia de otros ordenamientos que lo prevén de forma expresa: el código civil argentino lo contempla como vicio del consentimiento (art.16). Por su parte el derecho alemán permite que un cónyuge pueda impugnar el matrimonio si ha sido inducido a celebrarlo por engaño doloso sobre aquellas circunstancias que le habrían apartado de contraerlo, con conocimiento de la situación y con correcta apreciación de la esencia del matrimonio. Se excluye tal posibilidad, cuando el engaño lo hubiera realizado un tercero sin saberlo el otro cónyuge o, si el cónyuge engañado después de descubrir el engaño, reconoce que quiere continuar el matrimonio. Descarta igualmente la posibilidad de impugnación, si el engaño versa sobre las circunstancias patrimoniales (Art.33 de la Ley matrimonial de 20 de febrero de 1.946 con las modificaciones introducidas por Ley 13 de junio de 1.980 y Ley 25 de julio de 1.986). Con una mayor delimitación, el código civil suizo trata dos supuestos específicos de dolo:el hecho de inducir intencionadamente a un error decisivo en orden a la honorabilidad de su cónyuge por él o por un tercero y, cuando se oculta la existencia de una grave enfermedad(art.125).

Es doctrina histórica que el dolo no constituye, por si mismo, vicio del consentimiento en el matrimonio, y el fundamento utilizado es el adagio jurídico francés: "dans le mariage, trompe qui peut"(LOYSEL).

Sería ésta, otra de las diferencias, en cuanto a vicios del consentimiento, entre el contrato y el matrimonio; en el primero previsto en forma expresa y, en el segundo no regulado directamente por el legislador.

A pesar de esta afirmación, hemos de convenir que, aún de forma indirecta, el dolo tiene incidencia en el consentimiento matrimonial, cuando las actuaciones o maquinaciones insidiosas, provenientes del otro contrayente, puedan inducir a un error, respecto a las cualidades personales que, por su entidad, hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento (Vid.art 73-4ª). Y este supuesto, con intervención de dolo, parece ser el que tenía in mente el legislador en la redacción del apartado 4º del artículo 73 del Código civil⁹⁴.

94.-En el desarrollo de los trabajos parlamentarios y, en concreto, en la discusión en el Congreso de las enmiendas presentadas, se puso de relieve -(aparte de la importación al Derecho civil de una causa de nulidad, típicamente canónica, que no existía ni había existido nunca en el Derecho civil español)-, que ya en los trabajos de ponencia se estaba pensando en un único supuesto, que era el de impotencia, no considerando a ésta como causa de nulidad de matrimonio en si misma; sino cuando se trate de una impotencia conocida que no se ha puesto de manifiesto al otro cónyuge"...es decir, que se ha engañado la

La problemática del error y su interrelación con el dolo, proviene de antiguo. Así, cabe recordar las diferentes interpretaciones que surgieron en torno a la redacción del artículo 146 del Código civil francés. La Comisión que redactó el proyecto de ley disponía respecto al error: "El matrimonio no es válido si hay error en la persona con la que una de las dos partes tiene intención de casarse". Posteriormente la Cour de cassation, en las observaciones sobre el proyecto, pidió que las palabras "error en la persona" se sustituyeran por "error sobre el individuo". La sección de legislación del Consejo de Estado, propuso otro artículo más inteligible en principio, que fue la segunda redacción del art.146 en que se determinaba que no había consentimiento cuando hubiera "error sobre la persona".

Existían dos visiones entre los autores sobre la interpretación del artículo. La primera afirmaba que el error sobre las cualidades civiles debía viciar siempre el consentimiento. Por el contrario, el Primer Cónsul, sostenía que sólo debía viciarlo, en el caso que el esposo sobre el que recaía fuese cómplice.

buena voluntad del otro..."B.O.C.Congreso, Serie A, número 153.25-3-1.981. Pág.9.571 y ss.

La diferencia fundamental estriba en la actuación dolosa del cónyuge. Para la primera de las interpretaciones expuestas sería indiferente que se hubiera actuado con dolo; siempre, producido el error, éste viciaría el consentimiento. En la segunda se exigiría que hubiera mediado mala fe, para viciar el consentimiento.

La discusión se resolvió suprimiendo la segunda parte del artículo 146 y dejando el principio abstracto que contiene en la actualidad.

El error pasó a ser regulado en el art.180 y parecía admitirse solamente el error sobre la identidad física de la persona siguiendo, el legislador, la doctrina de POTHIER⁹⁵.

AUBRY ET RAU⁹⁶ entienden que es indiferente el dolo para producir el error, ya que si éste recae sobre la persona física, ya es vicio por sí mismo, independiente de las maniobras fraudulentas que se hayan producido. Contrariamente, el error producido sobre cualidades de la persona ,a pesar de ser el resultado de maniobras fraudulentas, no son suficientes para invalidar el consentimiento.

95.-AUBRY et RAU.-Cours de Droit Civil... Op.cit. Pág.96.
DURANTON.-Cours de Droit Civil...Op.cit.Pág.220.

96.-AUBRY et RAU.-Op.cit.Pág.96 yss.

BOILLEUX⁹⁷ defiende que el legislador ha guardado silencio sobre el dolo por confundirse necesariamente con el error. El autor, realiza una interpretación extensiva del art.180 y concibe el error como supuesto de nulidad cuando ha recaído sobre una cualidad de la persona, que ha sido condición sin la cual, el matrimonio no se hubiera contraído.

DURANTON⁹⁸ critica la interpretación restrictiva que se hace respecto del error y, lo califica de pura abstracción, teniendo en cuenta el formalismo y publicidad que envuelven al matrimonio.

MOURLON⁹⁹ realiza las tres posibles interpretaciones del art.180 del Código civil francés:

1.-Que prevea única y exclusivamente el error sobre la identidad física (línea que en principio fue seguida por el legislador).

2.-Que comprenda el error sobre la persona física y la persona civil, incluyendo las cualidades y dejando su interpretación al arbitrio de los tribunales.

97.-BOILLEUX, J.M.-Commentaire sur le Code Civil. 4ème édition. Tome I. Paris 1.838. Pág.113.

98.-DURANTON.-Cours de Droit...Op.cit. Pág.222.

99.-MOURLON, M.FR.-Répetitions écrites sur.. Op.cit. 4ème édition. Pág.340-341.