

M^a DOLORS TOLDRÀ ROCA



EL CONSENTIMIENTO
MATRIMONIAL

UNIVERSITAT DE LLEIDA
Biblioteca



1600116300

ROCA SASTRE¹³⁵ propugna un concepto de causa, en su aspecto objetivo, declarando que es el "porqué inmediato, jurídico y objetivo, en virtud del cual una persona emite una declaración jurídica de voluntad." . Aparece así, como razón determinante de un acto jurídico, y formulada en los términos "consideration inducement" del derecho inglés o el "quod induxit ad contrahendum" de las fuentes. Distingue también entre la denominada causa eficiente, el porqué referido a las obligaciones o derechos, y la causa final (el para qué) referido a la común intención o acuerdo entre las partes, y ésta es la propia de los contratos.

No creemos que tenga sentido, -aplicado al ámbito de nuestro estudio-, preguntarnos porqué se contrae matrimonio. Este se contrae y basta. El legislador no precisa ni requiere ninguna justificación.

Caso distinto será plantearnos el porqué de los derechos y deberes, -y no obligaciones-, que surgen automáticamente entre los cónyuges. Estos derechos y deberes nacen en razón del mismo vínculo matrimonial, creados por el propio matrimonio. Puede afirmarse con ello, que el matrimonio en sí mismo, es causa de derechos y deberes.

135.-ROCA SASTRE, R.M.-Estudios de Derecho Privado.Op.cit.Pág.49.

sin embargo, no se responde al planteamiento anteriormente expuesto, es decir, si el elemento "causa" es elemento integrante del negocio jurídico matrimonial. Plantearnos el "para qué" las partes contraen matrimonio, puede conducirnos fácilmente al terreno de lo subjetivo, de los móviles, de las intenciones, que serán diferentes en cada supuesto.

Creemos que el legislador prescinde de los fines psicológicos o móviles subjetivos que hayan motivado a las partes a celebrar el matrimonio, a constituir entre ellos el vínculo jurídico.

Pensando en el matrimonio en que uno de los contrayentes, -o los dos-, persiguen una determinada finalidad de modo que deseen conseguir un mejor status social, un mejor status económico o cualquier otra motivación, no se les cuestiona en absoluto el porqué o para qué contraen matrimonio. Esto queda en el fuero interno de las personas y nadie está legitimado para realizar una injerencia en esta materia.

El legislador dispone exclusivamente que los cónyuges asuman los derechos y deberes que comporta el vínculo. Y sí ello es así, hay matrimonio.

En caso contrario, es decir, en el caso en que no existiera una voluntad matrimonial, estaríamos en presencia de un supuesto de simulación o reserva mental, -si de esa voluntad careciera uno solo de los

contrayentes-. Serían estos los supuestos específicos en los que no se asume el contenido del vínculo. En todo caso, el fundamento de la simulación o reservamental, no sería el hechos de los motivos subjetivos -sólo buscar la posición social o económica, la nacionalidad,etc.._ sino el hecho de no asumir el contenido ,de no ejercitar los derechos y deberes. Volveremos sobre el tema, en capítulos posteriores al analizar la simulación en el matrimonio.

Recopilando lo dicho hasta el momento, puede afirmarse que la "causa" tal y como viene concebida en el Código civil, no es aplicable al matrimonio. Por otra parte, conceptuada sobre la teoría del contrato, como función justificadora de una atribución patrimonial en el ámbito del negocio jurídico, tampoco podemos adecuarla al matrimonio, al no ser éste un negocio jurídico de esta naturaleza.

Creemos conveniente, llegado este punto referenciar la doctrina que ha tratado el elemento "causa" en el matrimonio.

3.4.2.-LA SUPUESTA CAUSA DEL MATRIMONIO.

En nuestra doctrina destaca la postura del profesor DÍEZ PICAZO que pone en duda la afirmación hecha por un relevante sector doctrinal en que se afirma que el negocio familiar es un negocio sin

causa¹³⁶ aduciendo, por su parte, la necesidad de la misma porque de lo contrario, no habría razón que lo justificara. Así, acoge la noción de "causa" en sus dos aspectos: objetivamente como la finalidad práctica que el ordenamiento jurídico tutela y, subjetivamente como la común intención de las partes de alcanzar esta finalidad. Desde este punto de vista, el elemento causal existe en el Derecho de Familia y tiene causa el matrimonio, que es "la creación de una total e indisoluble comunidad de existencia entre un hombre y una mujer"¹³⁷.

Resulta paradójico comprobar que la denominada "comunidad de existencia" ha sido considerada también como objeto en el matrimonio¹³⁸.

En páginas anteriores y, al tratar de este elemento en el negocio jurídico matrimonial, entendíamos que iba referido a la convivencia entre los cónyuges, nos remitimos a lo allí expuesto cuando afirmamos que la convivencia es uno de los

136.-CASTAN TOBEÑAS, J.-Derecho Civil Español..Tomo I. Op.cit. Pág.672.

137.-DIEZ PICAZO, L.-El Negocio Jurídico del Derecho de Familia.. Op.cit. Pág.47 y ss. En el mismo sentido ZUMALACARREGUI, T.-Causa Y Abstracción...Op.cit.Pág.88 reiterándose en la plena y perpetua comunidad de existencia.La nota de indisolubilidad, no puede predicarse actualmente del matrimonio, aunque sí la de perdurabilidad.

138.-Vid. en este mismo capítulo,epígrafe 3.3.2. relativo al objeto del matrimonio.

derechos/deberes que contiene el vínculo jurídico del matrimonio.

La "comunidad de existencia o comunidad de vida" ha sido utilizada de forma reiterada por la doctrina y jurisprudencia canónica.

Así, lo que entiende habitualmente la doctrina canónica por "comunidad de vida" es el derecho a vivir juntos y el contenido es tipificado por la triple comunidad de mesa, lecho y habitación¹³⁹.

En definitiva, esta concepción viene a apoyar todavía más, lo que en nuestra argumentación manteníamos, que la convivencia es la comunidad de vida.

Ha sido la propia jurisprudencia canónica la que ha planteado la necesidad de una explicación satisfactoria, en cuanto al significado concreto de "la comunidad de vida", sin que hasta el presente se haya logrado. A falta de esta uniformidad y traduciéndolo en un sentido jurídico, la sentencia 9 de julio de 1.986 manifiesta que la comunidad de vida es: "...el mismo entregarse de los esposos como marido

139.-HERVADA, J. LOMBARDIA, P.-El Derecho del Pueblo de Dios. III. Derecho Matrimonial. I. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1.973. Pág. 241. También se ha dado una doble acepción de comunidad de vida referida al "Consortium omnis vitae". (canón 1.055). En este sentido, BERNARDEZ CANTON, Alberto.-"La simulación del Consentimiento matrimonial en el nuevo Código Canónico" en Problemas Actuales de la Justicia. Tirant lo Blanch. Valencia, 1.988. Pág. 857/858.

y mujer, lo que esto significa en las diversas culturas y los diferentes pueblos, lo que es esencial para que, según el común sentir, se pueda entender si han sido capaces de entregarse de ese modo"140.

De las líneas de la sentencia transcrita no se obtiene unos criterios delimitadores que ayuden a una mejor comprensión de su significado. Parece, en todo caso, que se caracteriza no sólo por su carácter variante y de adaptación al aspecto personal, sino también al aspecto espiritual de los miembros de esta comunidad de vida o de existencia. Su raíz y

140.-A.A.V.V.-Revista de Derecho Privado.Abril, 1.987.Pág.404.La doctrina canónica ha intentado resumir los elementos necesarios para que pueda darse el "consortium vitae coniugales" en los siguientes puntos:1.-Amor de entrega que no es simplemente una satisfacción egoísta sino que proviene al bienestar y felicidad del consorte.2.-Respeto a la moralidad sexual y a la conciencia del cónyuge en las relaciones sexuales.3.-Respeto a la personalidad heterosexual o sensibilidad del otro cónyuge.4.-Responsabilidad respectiva de ambos cónyuges en el establecimiento de la amistad conyugal.5.-Responsabilidad respectiva de ambos cónyuges en proveer al bienestar material de la casa, estabilidad en el trabajo, presupuesto para previsión, etc..6.-Responsabilidad moral y psicológica en la generación de los hijos.7.-Paternidad responsable en el cuidado, amor y educación de los hijos.8.-Madurez de la conducta personal a través de los acontecimientos ordinarios de cada día.9.-Autocontrol necesario para cualquier forma razonable y "humana" de conducta.10.-Dominio sobre las pasiones ,impulsos o instintos irracionales que dañarían la vida y armonía conyugal.11.-Conducta estable y capacidaad de adaptación a las circunstancias.12.-Gentileza y delicadeza de carácter y educación en las relaciones mutuas.13.-Comunicación o consulta mutua sobre los aspectos importantes de la vida conyugal o familiar.14.-Objetividad y realismo al valorar los acontecimientos y sucesos que forman parte de la vida conyugal o familiar.15.-Lucidez en la elección o determinación de los fines o medios que han de ser buscados juntamente.G.LESAGE,"The consortium vitae conjugalis:nature and applications" citado en RUANO ESPINA,Lourdes.-La incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas psíquicas, como capítulo de nulidad.Ed.Bosch, 1.989.Pág.113.

procedencia, está basada en el ordenamiento canónico y ha sido utilizada en nuestra doctrina civil, de forma reiterada, para determinar el fin o causa del matrimonio, sin que desde una perspectiva jurídica se haya intentado configurarla¹⁴¹.

141.-PUIG BRUTAU.-Fundamentos de Derecho Civil.Ed.Bosch.Tomo IV,V,I, 1.967.Pág.15.Recogiendo las ideas de DIEZ PICAZO sobre las características de los negocios familiares,expone que la causa del negocio no puede ser otra que la admitida y configurada en cada caso por la ley.LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA.-Elementos de Derecho Civil.Op.cit.Pág.153.hacen referencia expresa al ordenamiento canónico, en cuanto al objeto y causa del consentimiento matrimonial, previsto por este ordenamiento, y lo consideran igualmente válido para el Derecho civil, concluyendo que "es necesario que los contrayentes no ignoren que el matrimonio es un consorcio permanente entre varón y mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual".GARCÍA CANTERO,G.-Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidas por M.ALBALADEJO. Tomo II.2ª edición.Revista de Derecho Privado, 1.982.Pág.62 y 63.El autor traslada la definición del art.1.262 del c.c. al negocio jurídico matrimonial, y llega a la conclusión que el consentimiento previsto en el art.45 habrá de recaer sobre el objeto y la causa del matrimonio, aludiendo con ello al capítulo V, en el que figuran los derechos y deberes de los cónyuges.Considera también la procreación como finalidad del matrimonio, en base al art.39-1º de la Constitución, que asegura la protección jurídica de la familia.El consentimiento debe estar dirigido a una unión permanente, duradera, y en principio para toda la vida, aunque ya no sea indisoluble.El consentimiento ha de estar dirigido a una plena y completa comunidad de vida, entre un hombre y una mujer, con inclusión del mantenimiento de relaciones sexuales,y con una escrupulosa observancia de los "Tria iuris praecepta" del art.68 del C.c..ARECHEDERRA,L en Matrimonio y Divorcio.Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del C.c., coordinados por José Luis LACRUZ BERDEJO.Ed.Civitas.Madrid, 1.982.Pág.82, expone que no habrá matrimonio válido si ha faltado el consentimiento de los contrayentes, carece de causa o esta viciada y, que el problema causal es un problema de relevancia y no de existencia, determinando la causa en "el sentido jurídico del interés manifestado".En pág.88 alude al papel que debe jugar la causa, afirmando que ésta desplegará en el matrimonio el papel que la doctrina le asigna en el negocio jurídico.

El mismo concepto de causa parece ser utilizado en la doctrina germánica y en la italiana¹⁴². En esta última, se ha recurrido a sentimientos personales como el "amor" para determinar, en sí mismo, la función social del matrimonio¹⁴³. Jurídicamente, no puede atribuirse al amor la función social o causa

142.-LEHMANN,H.-Derecho de Familia.Vol.IV.Ed.Revista de Derecho Privado.Madrid, 1.956.Pág.47:"La finalidad de la ordenación legal del matrimonio radica en la creación de una plena comunidad de vida exigiendo también una comunidad espiritual".ENNECCERUS KIPP Y WOLFF.-Tratado de Derecho Civil.Tomo IV, 2ª edición.Derecho de Familia.el Matrimonio.Ed.Bosch, 1.953.Pág.11 señala que la finalidad jurídica reconocida al matrimonio es la constitución de una plena comunidad de vida, y en pág.20 los traductores argumentan la necesaria finalidad en el derecho español, implícitamente reflejado en el derogado art.56 del C.c. relativo a derechos y deberes.En la doctrina italiana, es de destacar:PEREGO,E.-La Liberta del Consenso nel Matrimonio Civile.Giuffrè Editore,Milano, 1.983.Pág.25 indica que la esencia del matrimonio civil recae en la constitución de una comunidad espiritual y material.RESCIGNO,P.-Manuale del Diritto Privato Italiano.5ª Edizione.Casa Editrice Dott.Eugenio Juvene,napoli, 1.983.Pág.393 y 394.Comunidad espiritual y material entre los cónyuges, incluyendo el término cohabitación. BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO.-La Famiglie nel Nuovo Diritto.Dai principi della Costituzione alla Reforma del Codice Civile.2ª Edizione, Ed.Zanicheli,Bologna, 1.984.Pág.8.La finalidad del matrimonio es la comunidad espiritual y material de vida, y lo argumentan en el art.29 de la Constitución italiana, que hace referencia a la "Comunidad cónyugal fundada sobre la igualdad jurídica y moral de los esposos."

143.-FINOCCHIARO,F.-Matrimonio Civile.Formazione...Op.cit.Pág.16 y ss. y en voz "Matrimonio" en Enciclopedia del Diritto..Op.cit.Pág.813.En España, señala también el amor como causa del matrimonio PUIG PEÑA,F.-Compendio de Derecho Civil..Op.cit.Pág.36.Sin embargo la propia doctrina canónica afirma que."El amor conyugal, aunque normalmente constituye el móvil para la celebración del matrimonio y es muy conveniente para la perfección del matrimonio, no es necesario para su constitución, por lo que su inexistencia o exclusión no invalida el matrimonio."BERNARDEZ CANTON,Alberto.-La simulación del Consentimiento matrimonial en....Op.cit.Pág.856.Tampoco otorga relevancia jurídica al amor GUTIERREZ MARTIN,Luis.-Voluntad y Declaración en el matrimonio.Comentarios al C.1.101 del Código de Derecho Canónico.Publicaciones Universidad Pontificia Salamanca.1.990.Pág.128.

del matrimonio. Podría ser o debería ser el motivo subjetivo de los contrayentes, pero indudablemente, carece de toda relevancia por sí mismo.

La formación de la familia legítima es otra de las funciones que se han atribuido al matrimonio; cierto es que en virtud del vínculo matrimonial se constituye la familia legítima, aunque, ésta como tal, ha perdido importancia al existir una equiparación formal y jurídica entre los hijos nacidos en el matrimonio y los hijos nacidos fuera del matrimonio o extramatrimoniales (Cfr.art.108-2ªC.c.).

Por otra parte, una convivencia estable y duradera entre un hombre y una mujer, sin que exista entre ellos el lazo jurídico del matrimonio, tiene también su reconocimiento dentro del ámbito legal¹⁴⁴.

Destacando la postura contractualista, en un sector de nuestra doctrina, se atribuye al mismo contrato la causa eficiente del matrimonio y al vínculo que surge entre los contrayentes, su esencia¹⁴⁵.

144.-En este sentido DIEZ PICAZO, L.-Familia y Derecho. Op.cit. Pág.92 pone de relieve la sociedad pluralista en la que nos encontramos en materia familiar y, esta misma pluralidad, viene recogida en nuestra Ley Suprema, art.14 y 32 de la Constitución de 1.978.

145.-DE CASTRO Y BRAVO, F.-Derecho Civil de España. Ed.Civitas. Madrid, 1.984. Pág.250. Es reimpresión del Tomo II "Derecho de la Persona". Parte, 1ª. La Persona y su Estado Civil. Publicado por el

A modo de conclusión de todo lo expuesto, puede afirmarse que en nuestra doctrina prima de forma mayoritaria, la utilización del elemento "causa" en el negocio jurídico matrimonial, con ciertas excepciones, no en el sentido de negar la causa, sino más bien en la relevancia de la misma¹⁴⁶.

3.4.3.-EL MÓVIL JURÍDICO DEL MATRIMONIO.

La causa , fin o función social en el matrimonio, se ha venido confundiendo, a nuestro entender, con una finalidad ideal, propia del Derecho natural y recogido fundamentalmente por la doctrina y legislación canónica. Nos estamos refiriendo a esa comunidad o unidad de vida que habría de conllevar el matrimonio.

Esta, la unidad de vida, ha sido señalada como un fin del matrimonio, que nosotros no ponemos en duda y que debería alcanzarse, al igual que el amor, pero al que no consideramos pueda denominarse "causa" del

Instituto de Estudios Políticos.Madrid, 1.952.Otra postura a destacar es la de SANCHEZ ROMAN,F.-Derecho Civil Español...Op.cit.Libro 3º."Derecho de Familia".Tomo V.2ª Edición .Vol.I.Madrid, 1.912, que predica como finalidad del matrimonio la constitución jurídica de la sociedad conyugal.Pág.388.

146.-GETE-ALONSO,M.C.-Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia...Vol.I.Ed.Tecnos, 1.984.Pág.373, nota 23,expone que el negocio jurídico matrimonial carece de causa tal y como emplea esta denominación en su obra Estructura y Función del Tipo Contractual...Barcelona, 1.979.Pág.578.y ss, para hacer alusión no a los negocios que no requieren causa, sino aquellos en los que ésta, y en particular su especificación (la causa específica) es indiferente para la determinación del tipo contractual.

matrimonio en su sentido jurídico. La idea de causa, referida a los negocios jurídicos en general, con independencia de su naturaleza patrimonial o no y, conceptualizada como "función social" en un aspecto genérico, es susceptible de aplicarse sin duda, a todos los negocios o actos jurídicos.

Todos ellos, están pensados para una determinada función social que el Derecho considera legítima y válida para regularla y protegerla.

Esta función social, pensada para el matrimonio, es "la formación legítima de la familia". Pero esta afirmación, en la actualidad y tras la reforma sufrida por el Derecho de Familia -(una reforma no sólo de normas, sino de la filosofía intrínseca que ha inspirado esas normas)-, no es válida, ya que de lo contrario, nada impediría afirmar que la función social del matrimonio es la formación y el núcleo de la propia sociedad.

No pretendemos negar que el matrimonio, como institución, tenga una función social. Sólo queremos resaltar que, a nuestro parecer, jurídicamente no tiene una consideración suficientemente concreta para dar una solución al planteamiento inicialmente expuesto en este capítulo: el cuestionarnos si podemos hablar de causa en el matrimonio.

Hemos expuesto ya que no puede hablarse de causa en el matrimonio, con el significado recogido en

nuestro Código Civil (-porque no es un negocio jurídico patrimonial y no tiene naturaleza contractual-). A modo de elemento del negocio jurídico en general, entendemos que no se justifica suficientemente con afirmar que la causa es la función social que el ordenamiento prevé.

Se ha señalado asimismo, que el problema causal en el negocio jurídico que nos ocupa, es un problema de relevancia y no de existencia¹⁴⁷.

El consentimiento que las partes prestan para la creación del vínculo ha de ser matrimonial, exigencia que se deduce con toda claridad de la redacción de los art.45,párrafo 1º y 73,párrafo 1º respectivamente del Código civil, al declarar que: no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial y, sancionar con la nulidad el matrimonio celebrado sin ese consentimiento.

Este, ha de tener por lo tanto, un sentido jurídico, debe tratarse de un consentimiento matrimonial, de un querer en matrimonio. Ello viene exigido por el legislador y está predeterminado en el calificativo "matrimonial", y tiene relevancia jurídica si el consentimiento se presta sin el

147.-ARECHEDERA,L.-Matrimonio y Divorcio.Comentarios... Op.cit. Pág.82.

sentido jurídico previsto. Es decir, si se declara un consentimiento que no es matrimonial¹⁴⁸.

Para evitar el confusionismo creado en cuanto a la determinación de la causa en el matrimonio, nos apartamos de esta denominación causal, y entendemos que pueda resultar clarificador utilizar la terminología de "móvil jurídico".

Con esta expresión, hacemos referencia sencillamente al sentido matrimonial que ha de tener el consentimiento.

El móvil jurídico no se confunde en ningún caso, con los motivos o motivaciones subjetivas de los cónyuges. Se trata, por el contrario, de un móvil jurídico objetivo e idéntico en el negocio jurídico matrimonial.

Las causas y razones que mueven a las personas a contraer matrimonio y, consecuentemente a prestar su consentimiento, son susceptibles de una gran variedad de motivos y carecen de interés para el legislador, hasta tal punto que ni se los cuestiona o plantea.

148.-Al afirmar que la prestación del consentimiento tiene relevancia jurídica, en el supuesto que no sea matrimonial, que carezca de sentido jurídico, nos estamos refiriendo a la simulación y la reserva mental, como supuestos incluidos en el párrafo 1º del art.73 y tratarse de matrimonios nulos. Ante un matrimonio simulado o celebrado con reserva mental, estamos en presencia de una declaración de consentimiento que no es matrimonial, por no asumir las partes el contenido del vínculo. El tema de la simulación y reserva mental es tratado en el Título II, Capítulo III del presente trabajo.

Así, podríamos hablar del amor que sienten recíprocamente los futuros cónyuges, de la posible coacción por embarazo de la mujer, de la perspectiva de adquirir una mejor posición social o económica, de intentar lograr la independencia del vínculo que liga a la persona con la familia nuclear y de un largo etcétera más.

El ordenamiento jurídico exige la prestación del consentimiento matrimonial, en la forma prevista, para que surga entre los cónyuges el vínculo matrimonial con todos los derechos y deberes que comporta.

Son precisamente los derechos y deberes determinados en los artículos 67 y 68 del Código civil¹⁴⁹ los que conforman el contenido en el aspecto personal del vínculo matrimonial y, en nuestra comprensión, ello significa la ACEPTACIÓN O ASUNCIÓN DE ESE CONTENIDO PROPIO Y ESPECÍFICO , el móvil jurídico al que hemos aludido. Consecuentemente,

149.-No aludimos al artículo 66 del C.c. , a pesar de estar contenido en el capítulo V, que trata de los Derechos y Deberes, por entender que es una norma que recoge los principios constitucionales, en concreto la plasmación en nuestro Código civil, de los artículos 14 y 32-1º de la Constitución que disponen: Art.14.-*Los Españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*" Art.32-1º.-*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.*

matrimonial¹⁵⁰ significa el sentido jurídico que ha de tener el consentimiento y éste no es otro que el

150.-La posibilidad de conceptuar el calificativo matrimonial, fue ya puesta de relieve en el Congreso de los Diputados en el examen del art.45 del C.c. con la discusión de la enmienda presentada por el grupo parlamentario andalucista, que proponía la supresión del mencionado artículo.La defensa de la enmienda fue realizada por el Diputado Sr.Aguilar Moreno, que argumentaba la supresión por"...entender que no existe ningún contrato, según el C.c. sin consentimiento.Luego podemos pensar que con la inclusión del concepto de consentimiento, apellidado matrimonial, parece indicarse un nuevo tipo de consentimiento. Es decir, o bien el consentimiento matrimonial que exista en esta redacción es el normal consentimiento para contraer matrimonio, como para celebrar cualquier contrato y por lo tanto es innecesario decirlo, puesto que ya está en otros artículos del Código y habrá matrimonio cada vez que haya consentimiento ,o bien, si se quiere decir que es un especial consentimiento el que se llama matrimonial, nos encontraríamos con que, en virtud de ese nuevo tipo de consentimiento, se introduciría aquí y en otros artículos del Dictamen y del Proyecto en que se mencionan expresamente este consentimiento matrimonial, una serie de variantes, podríamos decir de anomalías, en lo que hasta ahora ha sido toda una línea de nuestro Derecho positivo y de nuestra doctrina legal(...), parecería que nace entonces una nueva figura de consentimiento, creada expresamente para este caso, que es, como digo, el matrimonial y que dada su creación ex-novo, va a tener, yo creo que necesariamente una contaminación podemos decir que canónica..".Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados.Sesión Plenaria,nº151 de fecha 18 de marzo de 1.981.Pág.9.430 y ss. La réplica a dicha argumentación fue dada por el Diputado Sr.Escartín Ipiens aduciendo que: "...el art.45 es una de las bases fundamentales de este proyecto...En el contexto histórico y en el actual es obvio que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial y en eso estamos tan de acuerdo que creo que nadie podrá dudar de que no existe contrato sin consentimiento".Aquí se perdió a nuestro juicio, la gran oportunidad de clarificar el sentido que el legislador atribuye al calificativo matrimonial, por no entrar en el fondo de la cuestión planteada.Cabe resaltar el temor existente a la posible "contaminación canónica" tal y como ha quedado patente en la defensa de la enmienda presentada.Temor, que en parte está fundamentado por la evolución histórica del estudio del matrimonio, centrado fundamentalmente en el matrimonio canónico.Es necesario observar, no obstante, las diferencias básicas y fundamentales que separan al matrimonio celebrado en forma religiosa, (en este caso canónica) y el celebrado en forma civil.

Efectivamente, aunque conceptuemos, en términos generales, el consentimiento como aquella declaración de voluntad recíproca, libre, que realizan las partes con capacidad suficiente, en

móvil jurídico previsto y predeterminado por el legislador¹⁵¹.

presencia de las personas autorizadas, -concepto éste que abarca las dos formas-, el contenido de los mismos es perfectamente delimitado. Así podríamos señalar, a grandes rasgos, respecto del matrimonio civil la no exigencia de consumación, la no exigencia de asumir la procreación, como un fin básico del mismo, y la imposibilidad -por estas razones y otras- de simulación parcial. Todo ello en clara disimilitud respecto del matrimonio contraído en forma canónica, en el que sí se dan estos presupuestos.

151.-Esta opinión parece ser mantenida por ARECHEDERRA, L.- Matrimonio y Divorcio. Comentarios... Op.cit. al afirmar la consideración del consentimiento, no sólo como presupuesto voluntario inexcusable, sino con alcance constitutivo específico que se pone de relieve en la necesidad de la pureza del proceso volitivo y en el sentido matrimonial. Pág.83. El autor utiliza la noción de causa y hace referencia al querer causal y explícita que este debe ser utilizada por la amplitud de investigación judicial del negocio que proporciona al Juez, concluyendo que la adjetivación que el consentimiento (matrimonial) recibe en el art.45, parece definitiva. Pág.88. Este sentido jurídico del consentimiento, se pone también de relieve en la distinción que se realiza respecto de ese consentimiento, entre la voluntad de los efectos y la voluntad de la declaración. En este sentido PINO, Augusto.- Il Diritto de Famiglia .2ª Edizione. Edizioni Cedam. Padova, 1.984. al afirmar: "...distinguiere la volontà di sposarsi della volontà di celebrare il matrimonio, cioè la volontà degli effetti dalla volontà della dichiarazione... La Legge distingue chiaramente la volontà di dichiarare, cioè quella di celebrare il matrimonio in un dato rito e in un dato momento e la volontà che sorregge la dichiarazione di prendersi in marito e moglie e non di creare rapporto di altra natura o di crearlo con persona diversa, o di non creare alcun rapporto. Il ruolo, svolto dalla celebrazione, pone in escondo piano la volontà degli effetti, essendo improbabile che questa manchi quando n'è la volontà della celebrazione e, viceversa, che essa sussista, quando manchi la volontà della celebrazione... Improbabile, ma non impossibile... Manca la volontà della celebrazione nei casi... di violenza fisica... manca la volontà degli effetti... in tutti i casi di errore ostativo... La distinzione tra il consenso matrimoniale, cioè la volontà di sposarsi, e la volontà della celebrazione, è rivelante da un lato perchè la disciplina dettata per i vizi si applica al consenso matrimoniale e non alla volontà della celebrazione, dall'altro perchè la volontà della celebrazione, se non sovrapposta al consenso matrimoniale, non è idonea, di regalarla, a creare il matrimonio" Pág.58,59.

3.5.-EL CONSENTIMIENTO, UNICO ELEMENTO COMUN EN EL CONTRATO Y EN EL MATRIMONIO.

A lo largo del presente capítulo hemos puesto de relieve una serie de figuras y efectos, propios del contrato, que no son susceptibles de aplicación al negocio jurídico matrimonial. Puede argumentarse que la razón está en las características propias y específicas, y consecuencia a su vez de los principios informadores, no tan sólo del matrimonio en sí mismo, si no de todo el Derecho de Familia.

A pesar de la diversidad de principios, a nuestro parecer, debe negarse la naturaleza contractual al matrimonio porque no puede afirmarse dicha naturaleza ante un negocio que carece de dos, de los tres elementos que configuran los requisitos esenciales para la validez del negocio jurídico patrimonial por excelencia. Con ello aludimos al objeto y a la causa como ha quedado reflejado a lo largo del presente capítulo¹⁵². No es válido limitarnos a decir que se trata de un contrato "sui generis" o de un contrato al que no puede aplicarse las normas generales sobre contratos. Atribuir al matrimonio naturaleza

152.-En igual sentido DE IBARROLA, A.-Derecho de Familia. Op.cit.pág.144 niega la naturaleza contractual al matrimonio, porque éste no puede acomodarse a la doctrina general sobre el objeto y la causa ya que nunca la "persona humana, como tal, puede ser objeto de relaciones jurídicas, ni el lucro o la liberalidad (causas genuinas contractuales), son la causa del matrimonio", concluyendo, que la causa efficiens del matrimonio es el propio consentimiento matrimonial (Pág.181).