

M^a DOLORS TOLDRÀ ROCA



EL CONSENTIMIENTO
MATRIMONIAL

UNIVERSITAT DE LLEIDA
Biblioteca



1600116300

contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir familia mediante una plena comunhão de vida, nos termos dos disosiçoès desde Código". El art.113 del Código civil de Colombia se expresa en los siguientes términos:"..El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliase mutuamente..". Y el Código civil de Chile, en su art.102 afirma que:."el matrimonio es un contrato solemne". El art.68 del Código civil de Puerto Rico califica el matrimonio de institución, al igual que el Código civil de Filipinas en su art. 52. El Código civil de México, en el Título V, del Libro I, trata "Del contrato del matrimonio". Los comentaristas al Código mexicano, a pesar de esta denominación, le otorgan características especiales en función de ser un contrato divino por su origen y por razón del consentimiento al ser éste tan esencial, que no hay potestad humana que pueda suplirlo ni tiempo de prescripción que pueda legalizar la unión sin consentimiento. También por razón de su estabilidad y duración no se admite la rescisión por mutuo acuerdo de las partes, como lo admite la regla general de los demás contratos¹⁹⁶.

196.-En este sentido DE IBARROLA, A.-Derecho de Familia. 2ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1.981. D.F. Pág. 145.

También recoge una concepción del matrimonio el Código de la familia de Cuba en su art.2º: "El matrimonio es la unión voluntaria legalmente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en comun..."197.

197.-Ley nº 1.289 de febrero de 1.975.Gaceta Oficial de 15 de febrero de 1.975.

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.

El vocablo "forma" es utilizado, en el contexto del Negocio jurídico, en un doble sentido.

En una acepción amplia, puede afirmarse que todo negocio jurídico es formal ya que necesita un medio de expresión, un medio de exteriorización de la voluntad de las partes.

En un sentido estricto, técnico-jurídico, la expresión "forma" va referida a determinados negocios jurídicos, calificados de formales, a los que se les exige una determinada manifestación de la declaración de voluntad, sea por mandato legal o por acuerdo de las partes.

Nuestro ordenamiento jurídico , viene informado por el Principio de Libertad de forma en los negocios Patrimoniales. Este principio ha sido consolidado en nuestra tradición histórica¹⁹⁸ y a pesar de no haber sido recogido expresamente en el Código civil como

198.-Nuestra tradición histórica parte del Principio de libertad de forma desde el Ordenamiento de ALCALÁ y, está previsto en la base 20 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1.888 al disponer: "...y continuaran (los contratos) sometidos la principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aún en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas o el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente....."

tal principio, es deducible de determinados artículos relativos al contrato. Así, cabe mencionar los arts. 1.245, 1.258, 1.261 y 1.278¹⁹⁹.

Del contexto que hemos relatado, escapan los negocios de Derecho de Familia. A éstos, se les califica de negocios formales, por imperativo de la ley ante la exigencia de emitir la declaración de voluntad en presencia de determinados funcionarios.

El matrimonio, como negocio jurídico que intentamos abordar, sigue la línea general de los negocios de Derecho de Familia y, a pesar de ser el consentimiento el núcleo central para su formación, como relación jurídica, exige un comienzo propiamente jurídico.

ARECHEDERRA²⁰⁰ define este comienzo jurídico como "un hecho social al que el ordenamiento dota de la virtualidad de constituir la relación matrimonial". Este hecho social se configura en la presencia del juez competente y los testigos (Art. 58 C.c.) o la presencia del funcionario autorizado, en su caso, y

199.-Art. 1.245: "El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse...". Art. 1.258: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento...". Art. 1.261: "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes..." incluye el consentimiento, el objeto y la causa sin hacer mención de la forma. Art. 1.278: "Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado..."

200.-ARECHEDERRA, Luis.-Comentarios... Op.cit. Pág. 77.

los testigos junto a los contrayentes o, uno de ellos (Cfr. art.73-3º, en relación con el art.53 y 78 C.c.).

De la regulación anteriormente descrita puede desprenderse el carácter formal del matrimonio pero, como afirma ARECHEDERRA²⁰¹, "no el carácter constitutivo de la forma".

Paso previo al estudio de la incidencia de la forma en el consentimiento matrimonial, será pararnos oportunamente a contemplar las posibles interpretaciones o sentidos, que en su caso, pueda tener el término "forma" en nuestra legislación referida al matrimonio. La primera alusión debe situarse en la Constitución al señalar en su art.32.2 que "la ley regulará las formas de matrimonio".

El precepto constitucional remite expresamente a la ley y, consecuentemente, limita las posibles formas de celebración del matrimonio a las regidas y contempladas en nuestro cuerpo legal.

Es en el contexto del Código civil, cuando el legislador utiliza de forma heterogénea el vocablo forma.

201.-ARECHEDERRA,Luis.-Comentarios...Op.cit.Pág.83.

BADOSA²⁰² ha puesto de manifiesto esta heterogeneidad señalando que básicamente hace referencia a dos sentidos. Un primer sentido negocial, referido a la forma de celebración ,de prestación del consentimiento matrimonial (Arts.59 y 60 C.c.) ,y al que corresponde las "formas de matrimonio" recogido en el art.32.2 de la Constitución.

Junto a este sentido negocial, el autor destaca un segundo sentido normativo, referido a la forma prescrita o establecida por un determinado ordenamiento (Art.49-2º y 50 C.c.).

A este último significado le denomina "sistema matrimonial", conceptuándolo en: "la manera o modo como un orden normativo dado configura la o las distintas "formas de celebración" atribuyéndole eficacia".

Realizada esta distinción, podríamos acotar la forma, en estudio que aquí se pretende, como aquella que posee un sentido negocial y vinculada al matrimonio civil.

202.-BADOSA COLL,Ferran.-La regulación del matrimonio a partir de la Constitución.Op.cit.Pág.344 y ss.

1.2.-NECESIDAD DE FORMA EN EL MATRIMONIO.

Históricamente el matrimonio ha sido conceptualizado como un negocio jurídico formal. La exigencia de forma determinada en la prestación del consentimiento matrimonial, fue instaurada por el ordenamiento jurídico canónico a partir de la publicación del capítulo **Tametsi** surgido a raíz del Concilio de Trento en el siglo XVI.

Sabido es que con anterioridad, la exigencia de la forma para la celebración del matrimonio, en cuanto a requisitos formales, no precisaba de ninguno que estuviera ordenado y previsto.

Esta sustancial variación, vino precedida por una motivación histórica y, perseguía una finalidad específica. A saber, evitar la gran problemática que revestían los matrimonios secretos, por falta de certeza y seguridad en la existencia del vínculo matrimonial.

En definitiva, se trató de dotar de forma jurídica sustancial a la celebración del matrimonio, dando publicidad al acto y considerando, que la función o papel que desempeñaba el sacerdote asistente era la de un testigo cualificado o notario²⁰³.

203.-Código de Derecho Canónico."Comentario al canon 1.108 y ss." E.U.N.S.A, 1.983.

partimos de esta breve referencia histórica porque ,a nuestro juicio ,es importante poner de manifiesto el objetivo primordial que tuvo la exigencia de forma en la celebración del matrimonio y la consiguiente consideración que se hacía, (-vigente en la actualidad-), de la persona prevista y legitimada para asistir al acto de celebración.

Hoy, la forma es preceptiva en los diferentes ordenamientos con independencia que regulen el matrimonio religioso o civil²⁰⁴.

Han sido diversas las consideraciones que se han aducido para fundamentar su necesidad. Y en este sentido, se ha visto como uno de los medios para conseguir que los futuros contrayentes presten una declaración más reflexiva y responsable, en orden a asumir la institución matrimonial. También puede

204.-Así, el Código civil italiano en su art.107:"Nel giorno dalle parti l'ufficiale dello estato civile, alla presenza di due testimoni, anche se parenti, dà lettura agli sposi, degli articolo 143,144 e 147 ,riceve da ciascuna della parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazioni che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie, e di sèquito dichiara che esse sono unite in matrimonio.L'atto di matrimonio deve essere compilato immediatamente dopo la celebrazione."Y el Código Napoleón en el art.165:"Le mariage sera célébré publiquement devant l'officier de l'état civil de la commune où des époux aura son domicile ou sa résidence à la dat de la publication..."En igual sentido requieren la presencia de una persona legitimada el Código civil de Argentina (Art.39), el Código civil de Brasil (Art.194) , el Código civil de Colombia (Art.115), el Código civil de México (Art.103), el Código civil de Suiza (Art.117) y el Código civil de Uruguay (Art.97).

ayudar la tramitación del expediente matrimonial (cfr. art. 53-1º C.c. y arts. 243 a 252 R.R.c.).

Sin embargo la exteriorización de la voluntad en virtud de la declaración que realizan, es en definitiva, una declaración premeditada por las partes y fruto de una relación anterior, cuya culminación es el matrimonio, todo ello sin olvidar que tal declaración es plenamente libre hasta ese momento, (el de la celebración).

A pesar de las argumentaciones, la auténticas razón y justificación de la existencia de la forma²⁰⁵ en el matrimonio, es a nuestro entender, la veracidad y seguridad que requiere la institución del matrimonio en el Derecho Positivo.

Todo el elenco de relaciones jurídicas que surgen con ocasión de la celebración del matrimonio, afectan a los propios cónyuges en el aspecto personal (derechos y deberes del matrimonio, maternidad y paternidad en relación a la filiación), y patrimonial (obligación de atender las cargas del matrimonio, etc...) que será necesario poder atribuir

205.-SANCHO REBULLIDA, Francisco de A.-Elementos de Derecho Civil. Op.cit. Al referirse a la forma específica de la manifestación y recepción del consentimiento, la describe como: "la exteriorización concomitante, inequívoca y -salvo el matrimonio por poder- personal del consentimiento matrimonial (voluntad) de contraer matrimonio con el otro contrayente, mediante la respuesta afirmativa de palabra -si pueden hablar- a la pregunta formulada al respecto por el legítimo autorizante". Pág.17.

a cada uno de los cónyuges en atención única y exclusivamente al vínculo matrimonial²⁰⁶.

1.3.-SIMULTANEIDAD DE LA FORMA Y DEL CONSENTIMIENTO.

El matrimonio es un negocio jurídico que, por exigencias sociales, requiere conocimiento y certeza, así como su constitución ante la persona legitimada y prevista por el legislador.

Todo esto, sin embargo, no es óbice para afirmar que el requisito de la forma, no añade absolutamente nada al consentimiento y que ésta, carece de valor constitutivo.

El vínculo matrimonial nacerá a partir del momento en que los futuros contrayentes

206.-La posible relajación del vínculo matrimonial (nulidad, separación o divorcio), no exime en ningún caso, a los padres respecto de sus obligaciones para con los hijos (Cfr.art.92-1º C.c.).En similar sentido VATIER FUENZALIDA,Carlos en "La Celebración del matrimonio en Inglaterra.Nota crítica." en Anuario de Derecho Civil.tomo XXXVI.Fascículo III.Madrid, 1.983.Pág.838-839. Se trata, en todo caso, como indica ARECHEDERRA de una constitución pública del matrimonio que se manifiesta en el anuncio de la celebración, en el acceso al mismo acto y en la incorporación (del matrimonio) a un "instrumento de publicidad perdurable como es el Registro civil".ARECHEDERRA,Luis.-El Consentimiento Matrimonial.Pamplona, 1.989.Pág.33.GONZALEZ PORRAS, José Manuel., señala en relación a la forma, que la presencia de los dos testigos además del juez o funcionario delegado, es el mejor "medio de identificar el acto y de asegurarle protección, pues emitido el consentimiento matrimonial, sólo se podría probar en la medida que lo haya recogido "la forma del acto"; y de ahí la convenciencia de que se haga ante instrumentos idóneos...para garantizar la firmeza y seriedad del matrimonio"en Estudios sobre el Matrimonio civil.Córdoba, 1.985.Pág.145..

"consientan"²⁰⁷, dirigiendo su voluntad y dándola a conocer por medio de la declaración, a la válida constitución del vínculo matrimonial.

La declaración o exteriorización de su consentimiento ha de realizarse, según indicábamos anteriormente, ante el juez o funcionario autorizado y dos testigos (Art.57 C.c.). Este, después de leer los artículos 66,67 y 68 del Código civil -que entrañan el contenido del vínculo matrimonial- preguntará a cada uno de los contrayentes si consienten en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contraen en dicho acto. Ante la respuesta afirmativa de ambos DECLARA²⁰⁸ que los mismos quedan unidos en matrimonio y extiende la inscripción o acta correspondiente (Art.58 C.c.).

El juez o funcionario autorizado, da fe que las partes han declarado mutuamente unirse en matrimonio, pero él por sí mismo, no añade nada a ese matrimonio²⁰⁹.

207.-Como acepción de consentimiento podemos señalar la dada por DIEZ PICAZO, L.-Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Op.cit.Pág.103:"En un sentido vulgar consentimiento es la acción de consentir y consentir es permitir o tolerar algo, es decir, dar aquiescencia o aprobación a algo.En otro sentido quizá más técnico, consentir (De cum-sentire), puede considerarse como el común sentimiento o la común voluntad de dos o más personas".

208.-El subrayado es nuestro.

209.-Al igual que un notario, como fedatario público, da fe de las declaraciones de voluntad que crean una transmisión patrimonial.

Es un testigo cualificado de las declaraciones de voluntad, que presume coincidirán con el verdadero consentimiento de las partes, y efectivamente el matrimonio se habrá constituido como una relación jurídica válida entre los dos. Pero puede darse perfectamente el supuesto previsto por el propio legislador, en el que se realice la declaración sin consentimiento matrimonial o con el consentimiento afectado por algún vicio (Cfr. arts. 73-1º, 4º y 5º C.c.)²¹⁰.

La simultaneidad de la forma y del consentimiento supone la coincidencia en el tiempo de la prestación del consentimiento y la presencia del juez o funcionario autorizado y los dos testigos.

En el supuesto legal previsto en el art. 55 del Código civil, pudiera pensarse "a priori" que esta simultaneidad no se produce.

La norma citada contempla el denominado matrimonio por apoderado. El futuro cónyuge que no constata su presencia física en el acto de celebración, indudablemente no presta su consentimiento en este acto porque, éste, ha sido emitido al otorgar el poder.

210.-Puede distinguirse en este caso, entre celebración y constitución. El matrimonio se ha celebrado pero no se ha constituido. Así lo corroboran los Arts. 45-1º y 73-1º del C.c.

sin embargo este consentimiento no es vinculante y puede revocarse en cualquier momento en forma auténtica, antes de la celebración del matrimonio, notificando tal revocación inmediatamente al juez o funcionario autorizado (Art.55-3º C.c.).

La simultaneidad, a la que aludimos entre forma y consentimiento, también se da en este caso, porque hemos afirmado que la persona legitimada da fe de las declaraciones de voluntad y será el apoderado quien manifestará públicamente (-mediante su declaración-) la existencia de ese consentimiento, que ha sido emitido con anterioridad. Se tratará de un consentimiento no declarado hasta el instante de la celebración.

Otro supuesto interesante a destacar, es el previsto en el art.52 del C.c.. Se trata de una celebración excepcional del matrimonio y es la que contempla el matrimonio "in artículo mortis".

La excepcionalidad no viene referida a las personas legitimadas para poder celebrar este matrimonio, porque puede entenderse que forman parte de los *funcionarios competentes*; expresión ésta, que utiliza el Código como sinónimo de juez.

De la ratio del art.52 del C.c. se deduce la mínima expresión de la forma, cuando se de la "imposibilidad acreditada" y no se requiera la presencia de los dos testigos mayores de edad.

Será el intercambio del consentimiento entre las partes celebrantes ante la presencia física de una persona autorizada, que hace las veces de testigo cualificada, para dar fe de la celebración de ese matrimonio²¹¹.

1.4.-LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ O FUNCIONARIO AUTORIZADO EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.

En el presente Capítulo se pone de manifiesto el significado, que a nuestro juicio, tiene la intervención del juez o funcionario autorizado en la celebración del matrimonio. En este sentido afirmamos que su presencia es la de un testigo cualificado en el acto de celebración.

La opinión respecto al valor de la declaración que realiza la persona legitimada, (constitutiva o declarativa), responde en gran medida a la diferente visión que se tenga del negocio jurídico matrimonial.

Considerado éste, como una institución regulada y enmarcada en normas de derecho Público, resulta coherente que a esa declaración se le conceda un

211.-Para la evolución histórica y derecho comparado del matrimonio civil celebrado en inminente peligro de muerte. Vid. GONZALEZ PORRAS, José Manuel.-Estudios....op.cit.Pág.48 y 93.