

M<sup>a</sup> DOLORS TOLDRÀ ROCA



EL CONSENTIMIENTO  
MATRIMONIAL

UNIVERSITAT DE LLEIDA  
Biblioteca



1600116300

por tener una clara incidencia sobre la aptitud mental.-

Es esta capacidad natural, -como aptitud psíquica-, la que constituye el núcleo del consentimiento matrimonial. A tenor de nuestro cuerpo legal, se presume a partir de la emancipación (Cfr. art. 46-1º C.c.), a pesar de ello, es innegable que existen circunstancias que pueden afectar a la persona y que van a impedirle prestar válidamente el consentimiento matrimonial<sup>459</sup> .

En conclusión, se pretende el estudio de las circunstancias que puedan afectar la capacidad natural para la emisión del consentimiento.

Junto a esta capacidad natural, puede hablarse de una genérica capacidad matrimonial. Esta, es más amplia que la descrita, por que implica, no sólo la aptitud suficiente exigida para el consentimiento, sino también, que en el sujeto no concurra ninguna de las circunstancias previstas en los arts. 46 y 47 del C.c..

Creemos necesario, añadir una nueva limitación a esta capacidad matrimonial, que ha surgido por vía jurisprudencial. Y es el hecho de que la persona no

---

<sup>459</sup>.-sin prejuzgar "a priori", ya que debiera demostrarse en el oportuno proceso de nulidad de matrimonio, la ausencia del consentimiento.

haya sufrido un cambio de sexo, es decir, que no sea un transexual.

Tomando en consideración los diferentes conceptos tratados -capacidad natural, capacidad matrimonial- parece oportuno, analizar lo genérico, la capacidad matrimonial, para finalmente, tratar con mayor profundidad lo específico, la capacidad natural suficiente para prestar el consentimiento, que en definitiva es nuestro objetivo.

## 2.2.-LA CAPACIDAD MATRIMONIAL

### 2.2.1.-SIGNIFICADO DE LA CAPACIDAD MATRIMONIAL.

Como venimos señalando en líneas anteriores, la capacidad matrimonial implica estar en posesión de la capacidad natural, suficiente para la válida prestación del consentimiento matrimonial, y no estar afectado por ningún impedimento (Cfr. arts.46 y 47 c.c.).

No obstante, a pesar del contenido de los artículos en cuestión, no todos los impedimentos allí descritos, conllevan inexistencia de capacidad matrimonial, ya que a tenor del art.48 , determinados supuestos pueden ser dispensados, a instancia de parte , con anterioridad a la celebración del matrimonio, en cuyo caso, la concesión de la dispensa otorga la suficiente capacidad matrimonial, o inclusive con posterioridad a

dicha celebración y que tendrá por efecto inmediato la convalidación del matrimonio, desde su celebración, si no ha sido instada judicialmente la nulidad del matrimonio (Cfr. art. 48 in fine C.c.).

En virtud de este diferente tratamiento de los impedimentos matrimoniales, hemos optado por agrupar y diferenciar los supuestos de ausencia de capacidad matrimonial, de aquellos de inexistencia de dicha capacidad.

#### 2.2.2.-LOS SUPUESTOS DE AUSENCIA DE CAPACIDAD MATRIMONIAL PREVISTOS POR EL LEGISLADOR.

En los supuestos de ausencia, incluimos los impedimentos que con anterioridad a la celebración del matrimonio, o con posterioridad a la misma, son susceptibles de convalidación. Y en este sentido cabe hablar de los siguientes:

A) La persona menor de edad no emancipada. Es susceptible de dispensa , con justa causa, y a instancia de parte por el juez de Primera Instancia, a partir de los 14 años, y previa audiencia del menor y de sus padres o guardadores (art. 48 c.c.). Es importante señalar que celebrado el matrimonio de un menor de edad no emancipado, existen dos posibles vías de convalidación. La primera es la solicitud y concesión de la dispensa, en los términos antes señalados, junto al requisito de que no se haya instado judicialmente la nulidad del matrimonio.

Si no se solicita la oportuna dispensa, o inclusive pudiera hablarse que solicitada ésta, no se ha concedido, los cónyuges pueden convalidar su matrimonio, a partir de la mayoría de edad, viviendo juntos durante un año después de alcanzada aquella. (Cfr. art. 75 C.c.).

B) También representa un supuesto de ausencia de capacidad matrimonial la relación de parentesco existente entre las personas que desean contraer matrimonio. Así, el ser colaterales por consanguinidad en tercer grado. Supuesto dispensable, con justa causa y a instancia de parte por el juez de Primer Instancia (art. 48 C.c.).

C) El último de los impedimentos contemplados en la ley que suponen ausencia de capacidad matrimonial es el haber sido condenado como autor o cómplice de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos (art. 47-3º C.c.).

Igual que la anterior es un supuesto de falta de capacidad matrimonial recíproca. La circunstancia descrita ha de concurrir entre las partes que pretenden contraer matrimonio. Es dispensable, a instancia de parte, por el Ministro de Justicia (art. 48-1º C.c.) e incluye el haber sido condenado como autor y como cómplice, al tratar el art. 48, en general, del impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior.

### 2.2.3.-INEXISTENCIA DE CAPACIDAD MATRIMONIAL.

En este apartado incluimos aquellos impedimentos regulados en el Código civil que no son susceptibles de convalidación en virtud de dispensa, en consecuencia, presuponen, no una ausencia en un momento determinado de capacidad matrimonial, sino de verdadera inexistencia, en cualquier momento, de dicha capacidad.

Los supuestos incluidos son:

- a) Ser menor de 14 años<sup>460</sup>
- b) Estar ligado por un vínculo matrimonial.
- c) Existir una relación de parentesco entre las partes, en línea recta por consanguinidad o adopción (art. 47-1º c.c.) o en línea colateral por consanguinidad en primer y segundo grado (art.47-2º c.c.).

---

460.-La circunstancia de que la persona sea menor de 14 años con independencia de la imposibilidad de solicitar dispensa, sería a nuestro juicio, también, un supuesto subsumible en el párrafo primero del art.73: ausencia de consentimiento matrimonial por no tener la capacidad natural o aptitud suficiente para el negocio en cuestión. Tampoco cabe respecto al supuesto planteado -menor de 14 años- la posibilidad de convalidación prevista en el art. 75 del c.c., por referirse no tanto a una edad concreta sino a la emancipación del menor. En este sentido: ALBALADEJO, M.- Curso de Derecho Civil..Op.cit.Pág.45.GETE-ALONSO Y CALERA.-Comentarios... Ed. Tecnos. Op.cit. Pág.398.

#### 2.2.4.-APORTACIÓN JURISPRUDENCIAL DE UNA NUEVA FIGURA DE INCAPACIDAD MATRIMONIAL:EL TRANSEXUALISMO.

En las líneas precedentes hemos señalado los requisitos subjetivos que deben reunir las partes para poder contrer matrimonio. Estos se reducían al hecho de no estar afectado por alguna de las circunstancias previstas en los artículos 46 y 47 del Código Civil y tener la aptitud psíquica suficiente o capacidad natural para prestar el consentimiento matrimonial exigido en el art.45.

Sin embargo, nos encontramos con la hipótesis que una persona puede reunir los requisitos descritos y, a pesar de ello, no tener la plena o suficiente capacidad matrimonial. Este es el caso concreto del transexual.

Incidimos ya, en la problemática del transexual al tratar el tema de la invalidez del negocio jurídico matrimonial.

Allí manifestamos, que una persona transexual es aquella que ha sufrido, voluntariamente, una operación irreversible de cambio de sexo morfológico para adecuarse al sexo psicológico.

Dicho cambio de sexo, comporta, en virtud del oportuno procedimiento, la rectificación en el Registro civil del sexo de la persona y, en

consecuencia del nombre, a fin de que coincida la nueva realidad de la persona con el Registro<sup>461</sup> .

Nuestra jurisprudencia ha entrado en la problemática de la transexualidad<sup>462</sup> ,haciendose eco de una realidad social que "el Derecho no puede ignorar y que obliga a tomar posturas"<sup>463</sup>.

Reconoce que " el transexual operado es morfológicamente una hembra, caracteriológicamente es femenina y se comporta social e individualmente como una mujer" pero " sin que la modificación registral suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de éstos exigirá la plena capacidad y aptitud en cada supuesto"<sup>464</sup> , y "reconociendo que la inexistencia de la norma

---

461.-Hubo una primera corriente en el ámbito gubernativo que dió por supuesto que el expediente de rectificación de error, en cuanto al sexo, que posibilitaba el artículo 93.2ª de la Ley del Registro Civil, era aplicable a situaciones de transexualidad; doctrina seguida y ampliada por las posteriores resoluciones de 2 de marzo y 12 de junio de 1.971.Dicha interpretación fue abandonada por la Resolución de 17 de marzo de 1.982, que rechaza la tesis que la transexualidad pueda ser viable para la rectificación del asiento del Registro civil y que se mantiene en las siguientes resoluciones del mismo Centro de 17 de febrero de 1.983 y 26 de abril de 1.984, señalando todas ellas que la vía judicial es la apropiada para el cambio de sexo de un transexual.(Sta. 2 de julio 1.987.R.5045).

462.-Sta. 2 de julio 1.987. R.5045. Sta. 15 de julio 1.988. R.5722. Sta. 3 de marzo 1.989. R.1993. Sta. 19 de abril 1.991. R.2725.

463.-sta.2 de julio 1.987.1º fundamento de Derecho.

464.-sta. 2 de julio 1.987-3ª fundamento de Derecho.



reguladora de estos cambios plantea el problema relativo a la determinación de los efectos de la declaración jurisdiccional, atiende celosamente a la limitación de los mismos al proclamar, en declaración que esta resolución comparte, que los eventuales matrimonios del individuo sujeto al cambio ordenado, serían nulos"<sup>465</sup>. En la misma línea, el tercer fundamento de Derecho de la Sentencia de 19 de abril de 1.991 afirma:"...conforme a la naturaleza de las cosas, la supresión o extirpación de los caracteres primarios y secundarios del varón convierten a éste en persona del sexo femenino; pero en vías del desarrollo de la personalidad que sanciona el art. 10.1 de la Constitución ha de permitirle al menos ejercitar su derecho a cambiar de nombre de varón por el de hembra; más aún que tal modificación en el Registro Civil suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para determinados actos o negocios jurídicos especialmente contraer matrimonio como tal transexual, toda vez que cada uno de estos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto..el libre desarrollo de la personalidad del transexual tiene el límite de no poder, al no ser ello posible, contrar matrimonio, a parte de otras limitaciones deducidas de la naturaleza física humana, ya que tales matrimonio serían nulos por

---

<sup>465</sup>.-Sta. 3 de marzo 1.989;3º fundamento de Derecho.

inexistentes, como se deduce de los artículos 44 y 73, núm. 4 del Código civil y 32.1 de la Constitución".

A lo largo del presente trabajo, y en sede de invalidez, ya nos pronunciamos al respecto, constatando nuestro desacuerdo en esta concreta limitación de la capacidad matrimonial puesta de manifiesto por la jurisprudencia y señalando que a estas personas se les niega, el derecho de por vida, a contraer matrimonio<sup>466</sup>.

### 2.3.-LA CAPACIDAD NATURAL

Como venimos afirmando la capacidad natural a la que aludimos, va referida a la suficiente aptitud psíquica para la válida prestación del consentimiento matrimonial que requirer el art. 45 del C.c..

Esta capacidad natural, va a comportar la presencia, en grado suficiente, de las facultades volitivas y cognoscitivas. Exigirá que la persona de quién se trate tenga voluntad para contraer el vínculo y conocimiento de los efectos jurídicos que emanan de dicho acto.

---

<sup>466</sup>.--Somos conscientes que el tema de la transexualidad, abarca una mayor problemática que la descrita, sin embargo, y por razones de limitación del tema, no entramos en su estudio.

La ley, presume y dispone, que el primer presupuesto para poseer las facultades referidas, es llegar a una determinada edad<sup>467</sup>.

Esta, se fija en los 16 años, límite a partir del cual, puede producirse la emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad (Cfr. art. 317 C.c.) , por concesión judicial (Cfr. art. 320 C.c.), por el beneficio de la mayor edad (Cfr. art. 321 C.c.), o por el hecho de vivir de forma independiente con consentimiento de los padres (Cfr. art.319 C.c.). Todo ello, en relación con el párrafo primero del art. 46 que contempla la limitación para contrar matrimonio a partir de la emancipación.

En el mismo orden de cosas no debe olvidarse la posibilidad de dispensa, que a partir de los catorce años, con justa causa y a instancia de parte, puede conceder el Juez de Primera Instancia (Cfr. art. 48 C.c.)<sup>468</sup>.

---

467.-La doctrina ha señalado, no obstante, que no es en razón de la edad por lo que se adquiere la capacidad para contraer matrimonio, sino por razón de la independencia del sujeto, ante la exigencia de la emancipación que realiza el art. 46-1º del C.c.. En este sentido ALBALADEJO, -Curso de Derecho...Op.cit.Pág.45.

468.-La regulación de la edad en el matrimonio ha sido calificada, en cierta manera, de contradictoria debido a "...una situación de conflicto entre los principios orientadores de la reforma:madurez psíquica contra madurez sexual..., control judicial en materia de matrimonio del menor y , en fin, la dualidad de legislaciones, civil, y canónica del impedimento de edad que se trata de amortiguar con resultados desiguales".SALVADOR CODERCH.P.-Comentarios...Ed.Tecnos.Op.cit. Comentario al art. 46.Pág.159.

Contemplando, esta posibilidad de dispensa, el legislador pudo presumir<sup>469</sup>, que a partir de los catorce años, y en determinados supuestos, -justa causa- la persona puede disponer de la capacidad natural suficiente para prestar el consentimiento matrimonial.

Dicha presunción, a nuestro juicio, va en contra de los principios orientadores de la reforma de 1.981, en la que se persigue una madurez psíquica frente a una edad sexual, tal como se puso de relieve en el iter legislativo, y en concreto en la discusión del art.46 por el diputado Sr.ESCARTIN IPIENS al afirmar que la elevación de la edad para poder contraer matrimonio tiene su razón de ser en que: ".no es la simple posibilidad de tener hijos la edad núbil, sino la edad que representa una madurez mental y psíquica para afrontar las responsabilidades de la comunidad matrimonial"<sup>470</sup>.

Realizadas estas consideraciones, nuestra pretensión, no es otra, que analizar el requisito de la edad, y su posibilidad de dispensa, en relación con la capacidad natural y poner, así mismo de relieve, la inaplicabilidad al negocio jurídico

---

<sup>469</sup>.-Opinión que no compartimos, por la inmadurez, en relación al negocio jurídico matrimonial, que puede comportar la edad de 14 años.

<sup>470</sup>.-Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 151,18 de marzo de 1.981.Pág.9486.

matrimonial del art. 1.263 del Código Civil sobre capacidad para prestar consentimiento en general.

### 2.3.1.-LA EDAD COMO PRESUPUESTO DE CAPACIDAD

Uno de los puntos claves de la reforma en sede de capacidad ha sido el límite de la edad exigida para prestar consentimiento matrimonial. Ya hemos manifestado en líneas anteriores que era uno de los objetivos que el legislador perseguía, y que es consecuencia inmediata, a nuestro entender, de un cambio de visión sobre la institución del matrimonio.

Efectivamente, en éste, no se contempla como finalidad primordial la posibilidad de procreación, como sucedía en la antigua regulación, sino crear el vínculo matrimonial; los derechos y deberes que comporta, así como la responsabilidad en cuanto a los efectos patrimoniales.

También se ha señalado al respecto, que la exigencia de mayor edad venía determinada por respeto a ciertos principios constitucionales. Y en este sentido, se afirma que la regulación anterior: "...violentaba el principio consensualista, y hacía escarnio de la propia libertad matrimonial que...se predica constitucionalmente del hombre y de la mujer y no del niño y de la niña ( art. 32 de la Constitución), se oponía al propio principio de protección a la familia ( art. 39 de la Constitución), al principio de libre desarrollo de la

personalida y a sus presupuestos: educación, cultura (arts. 17 y 44 de la Constitución), trabajo (art. 35 de la Constitución)...ya que el matrimonio a edades tan tempranas supone en mayor o menor medida, pero siempre en todo caso, la obstaculización o interrupción de la propia educación y formación...violentaba el principio de igualdad ante la ley potenciando la discriminación de la mujer al dictar unos mínimos de edad tan bajos y diferentes -menores- para ésta en relación al varón...uno de los objetivos tradicionales de los programas legislativos dirigidos a procurar la elevación de la edad núbil venía dado por el intento de evitar que el matrimonio temprano obstaculizara la mejora de la posición social de la mujer pues era ella, normalmente, quien quedaba privada al casarse de iguales posibilidades de formación cultural y profesional que el marido"471.

Soslayando todos los posibles argumentos relativos al aumento del límite de edad para contraer matrimonio, es incuestionable que, en principio, si no concurre ninguna circunstancia que afecte a la capacidad, a una mayor exigencia de edad corresponde una mayor capacidad natural de la persona. Es decir,

---

471.-SALVADOR CODERCH,P.--Comentarios.... Ed.Tecnos. Op.cit. Comentario al art.46. Págs.157 y 158.

la edad tiene una incidencia básica en la aptitud mental.

Y en este sentido, es loable la regulación prevista, sin embargo, quiebra la finalidad perseguida ante la posibilidad de dispensa a partir de los catorce años (Cfr. art.48 C.c.)<sup>472</sup>.

Resulta totalmente contradictorio con la orientación de la reforma; con la exigencia de una madurez psíquica contemplar esta posibilidad de dispensa a partir de tan temprana edad, al entender que difícilmente a partir de ella pueda presumirse o constatarse una madurez psíquica suficiente para prestar el consentimiento matrimonial<sup>473</sup>.

Atendiendo a la redacción del art. 48, se toma en consideración una serie de medidas, -exigencia de oír

---

<sup>472</sup>.-El ordenamiento jurídico francés dispone en su art.144 "*l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage*". Prevé la posibilidad de dispensa en el art. 145 : "*Néanmoins, il est loisible au procureur de la République du lieu de célébration du mariage, d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves*" no señalando límite de edad, para solicitar la dispensa y exigiendo, en todo caso, la licencia familiar en el art. 148. "*Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère, ce partage emporte consentement*". La legislación alemana también exige la mayoría de edad para poder contraer matrimonio, aunque susceptible de dispensa por el Tribunal Tutelar si el menor ha cumplido dieciseis años y el futuro cónyuge es mayor de edad (art. 1º de la Ley matrimonial de 20 de febrero de 1.946 con las modificaciones introducidas por la Ley de 13 de junio de 1.980 y Ley de 25 de julio de 1.986).

<sup>473</sup>.-Aunque entendemos que la una -la dispensa- no implica la existencia del otro -el consentimiento matrimonial-. La dispensa es relativa al impedimento de edad, pero no suple en ningún caso el consentimiento matrimonial exigido en el art. 45 del C.c.