

M<sup>a</sup> DOLORS TOLDRÀ ROCA



EL CONSENTIMIENTO  
MATRIMONIAL

UNIVERSITAT DE LLEIDA  
Biblioteca



1600116300

deficiencias o anomalías psíquicas. En consecuencia, deberá exigir el dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento<sup>568</sup> .

Cuestión distinta a esta exigencia es plantear, si la falta del mismo pudiera conllevar algún defecto de forma en el matrimonio. Creemos que la falta del dictamen médico no interfiere, bajo ningún concepto, en la forma prevista para la celebración<sup>569</sup> y no podrá plantearse la nulidad de este matrimonio por defecto de forma.

En relación a la nulidad por falta de consentimiento matrimonial del incapacitado, en cuyo expediente no se ha exigido el oportuno dictamen médico, puede entenderse que bastará aportar la resolución judicial de incapacitación para probar la falta de consentimiento, excepto que se demuestre que el mismo se prestó en un intervalo lúcido<sup>570</sup>

En segundo lugar, cabe la posibilidad que dentro de los límites y contenido de la sentencia, se haga alguna mención al "ius nubendi". Esta hipótesis

---

568.-En igual sentido: RUANO ESPINA..Op.cit.Pág.261.PUIG FERRIOL. Op.cit. Pág.255. ROCA I TRIAS... Op.cit. Pág.54. GETE-ALONSO.. Op.cit. Pág.371.

569.-ROCA I TRIAS..Op.cit.Pág.54.

570.-PUIG FERRIOL... Op.cit. Pág.256. RUANO ESPINA... Op.cit. Pág.262.

provoca división de opiniones en la doctrina civilista.

Básicamente, y entre otros, se argumenta en contra de esta referencia que no es posible "una potencial restricción del derecho consagrado en el artículo 32 de la Constitución"<sup>571</sup> ni crear en virtud de sentencia un impedimento matrimonial no previsto en la ley<sup>572</sup> .

Respecto a la última de las argumentaciones entendemos que la sentencia no crea ningún impedimento nuevo, simplemente recoge el principio general consagrado en el art.45 del Código civil: "no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial".

Si del proceso de incapacitación se deduce, que por causa de la anomalía o deficiencia psíquica de carácter persistente, la persona es incapaz de prestar dicho consentimiento, mientras dura la incapacitación<sup>573</sup> ,no observamos ninguna transgresión

---

571.-ARECHEDERRA.-El Consentimiento M...Op.cit.Pág.82.

572.-PEÑA BERNALDO DE QUIROS...Op.cit.Pág.56.La misma tesis sustentan ALBALADEJO. Op.cit. Pág.91. GETE-ALONSO.. Op.cit. Pág.371.La posición de los autores referidos se deduce de la afirmación que realizan respecto a la sentencia en el sentido que la incapacitación judicial no priva de la capacidad para casarse.

573.-Con ello, no se priva al incapaz de contraer matrimonio para siempre, es decir no se le niega el ejercicio de un derecho fundamental.Sólo se especifica que, mientras persista la intensidad de las anomalías que afectan al sujeto, se le considera incapaz para prestar el consentimiento.Sin embargo cabe que "sobrevinidas nuevas circunstancias pueda instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar

del derecho fundamental a contraer matrimonio, cuando la resolución, en su caso, dictamine esta imposibilidad<sup>574</sup>.

La última de las cuestiones que, a nuestro juicio, debemos plantear es la relativa a la eficacia del dictamen médico. Esta eficacia puede desdoblarse en dos aspectos concretos.

El primero de ellos está referido a la vinculación, que en su caso, pueda presentar el dictamen médico para el instructor del expediente.

El segundo de los puntos, será determinar si a pesar del dictamen favorable a la capacidad, puede solicitarse la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento matrimonial.

La doctrina no es pacífica en la vinculación del dictamen médico, llegando a diferenciar en su eficacia el resultado del mismo<sup>575</sup>.

---

*sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida" (art.212 C.c.)*

574.-ALBACAR-MARTIN GRANIZO admiten la probabilidad que la sentencia contenga un explícito pronunciamiento sobre la posibilidad que los padres, en la patria potestad prorrogada o rehabilitada o los tutores en su caso, pudieran consentir el matrimonio, a título de excepción y sin que suponga un consentimiento por sustitución o representación: "Código civil" .Op.cit.Pág.510,511.Contemplan también la viabilidad de que la sentencia pueda referirse al "ius nubendi" :ROCA TRIAS...Op.cit. Pág.54. PUIG FERRIOL. .Op.cit.Pág.256.REINA Y MARTINELL, proponen la sustitución del párrafo segundo del art.56 señalando que "fuera de los casos del judicialmente incapacitado para obrar, que no podra contraer válido matrimonio hasta que no le sea levantada la incapacitación..."Propuesta de Reforma Op. cit. Pág.39.(Vid. argumentaciones y conclusiones Pág.30 a 32).

ALBALADEJO Y ENTRENA KLENT<sup>576</sup> mantienen que a pesar de la resolución negativa del dictamen, ésta, no priva de contraer matrimonio al incapaz, dejando siempre a salvo la impugnación del matrimonio por falta de consentimiento.

Hemos señalado en lo referente al tema de capacidad, que el juez o autoridad competente carece de los conocimientos necesarios para juzgar, desde nuestra perspectiva, tanto de las anomalías o deficiencias como de los efectos de las mismas. Debe confiar, en cuanto al tema de suficiente capacidad, en la opinión que se refleja en el dictamen de personas autorizadas en la materia<sup>577</sup>. En consecuencia, el resultado del dictamen sí vincula al juez, única y exclusivamente en el tema de la capacidad<sup>578</sup> quedando a su apreciación el resto de requisitos subjetivos que

---

575.-RUANO ESPINA.L.-La Incapacidad...Op.cit.La autora distingue entre el dictamen favorable a la aptitud, y en este caso entiende que sí obliga al juez -señalando que en todo caso, puede impugnarse judicialmente la validez- y el dictamen negativo para el incapaz que no vincula al juez, argumentando que, de lo contrario, "la función calificadora personal quedaría substituida por otra persona".Pág.263

576.-ALBALADEJO.Op.cit.Pág.92.ENTRENA KLENT..Op.cit.Pág.377.

577.-Aunque la ley no requiere que sea un especialista en la materia el encargado de realizar el dictamen, sino que por el contrario el art.245 del Reglamento del Registro Civil determina que se recabará del médico del Registro Civil o de su sustituto.

578.-En idéntico sentido sobre la vinculación del dictamen médico: GETE ALONSO.Op.cit.Pág.371.PUIG FERRIOL.-Comentario del Código civil.Op.cit.Pág. 293.ROCA TRIAS,E. Op.cit. Pág.54. ESPIN CANOVAS..Op.cit.Pág.76.

han de reunir las partes para la celebración del matrimonio<sup>579</sup> .

Siguiendo la misma temática queda por resolver el segundo de los puntos planteados sobre la solicitud de nulidad del matrimonio, a pesar del dictamen favorable.

Se ha señalado en el dictamen se realiza una apreciación referida al momento de efectuar el examen temporalmente anterior al momento de la prestación del consentimiento. Cabe, en consecuencia, que en el último instante las circunstancias psíquicas hayan variado y no preste un consentimiento válido y esta circunstancia puede ser acreditada con posterioridad a efectos de destruir la presunción creada por el dictamen médico<sup>580</sup>.

Matizando esta postura, se limita la posibilidad de impugnación en el supuesto que el dictamen estuviera equivocado<sup>581</sup> .

La postura que nosotros mantenemos sobre el tema en cuestión, nos conduce a afirmar que la vía de

---

579.-Ante un dictamen favorable a la capacidad para prestar consentimiento matrimonial de un incapacitado, el juez puede denegar la posibilidad de contraer matrimonio por apreciar algún impedimento o vicio de la voluntad en la tramitación del oportuno expediente.

580.-MORENO QUESADA..Op.cit.Pág.258. LOPEZ ALARCON.-.El nuevo sistema... Op .cit.Pág.73.

581.-GETE-ALONSO.Op.cit.Pág.371.ROCA TRIAS,E.-Op.cit.Pág.55.

nulidad matrimonial por ausencia de consentimiento no puede cerrarse a pesar de la resolución favorable.

Piensese que si la persona que no padece anomalías o perturbaciones, mayor de edad o menor emancipado, respaldado por la presunción de capacidad, puede acudir, sin trabas, al párrafo 1º del art. 73, -a efectos de nulidad-, con mayor motivo podrá hacerlo aquella persona sobre la que pesa una sentencia de incapacitación. Será, en última instancia, el juez quien deberá apreciar en el caso concreto la existencia o ausencia del consentimiento matrimonial.

#### 2.5.2.2.-PERSONA NO DECLARADA INCAPAZ

Respecto a la persona no declarada judicialmente incapaz, el instructor del expediente tiene un amplio campo de actuación, ya que las anomalías o deficiencias psíquicas serán apreciadas, en todo caso, subjetivamente.

El juez, no posee aquí, a diferencia del incapaz, una resolución que "a priori" le determine las perturbaciones y le limite su percepción.

A pesar de ello, si se solicita el dictamen, entendemos que éste sigue siendo vinculante en lo relativo a la capacidad de la persona.

Posiblemente, el punto con mayor problema, lo presente el supuesto de la persona que no declarada incapaz contrae matrimonio, y con posterioridad al

mismo, se solicita la incapacitación, basandose en anomalías o deficiencias padecidas con anterioridad a la celebración del matrimonio. En principio y en virtud del "favor matrimonii" se reputará válido a todos los efectos, no incidiendo, a nuestro juicio, la resolución de incapacitación. Aunque ello no obstaría a la solicitud de nulidad por la vía 1ª del art. 73 del C.c. o por la vía 4ª del mismo artículo<sup>582</sup> si la otra parte no tenía conocimiento de las perturbaciones.

Si no se fundamentan en hechos anteriores al matrimonio, continuará abierta la posibilidad de impugnación por falta de consentimiento matrimonial, pero sin embargo, no será posible acudir a la nulidad por error en una cualidad que por su entidad, haya sido determinante de la prestación del consentimiento.

#### 2.6.-DIFERENTES SUPUESTOS DE FALTA DE CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL SUBSUMIBLES EN EL PÁRRAFO 1º DEL ARTÍCULO 73 EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 45 DEL CÓDIGO CIVIL

Nuestra pretensión, en este epígrafe, se circunscribe a señalar, sin ánimo exhaustivo, algunas

---

582.-El art.119 del Código civil italiano contempla el supuesto señalado:"Il matrimonio dichi é stato interdetto per infermità di mente può essere impugnato dal tutore, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano un interesse legittimo se, al tempo del matrimonio, vi era già sentenza di interdizione passata ingiudicato, ovvero se la interdizione è stata pronunziata posteriormente ma l'infermità esisteva al tempo del matrimonio...".



circunstancias personales que inciden sobre el consentimiento matrimonial ,pudiendo provocar previa apreciación judicial,la nulidad del matrimonio .

Puede realizarse una triple clasificación, que se corresponde con: la falta de manifestación de la declaración ante el juez o funcionario autorizado, y el error producido sobre la misma declaración. En un segundo apartado se agrupan aquellas circunstancias que conllevan una falta de capacidad suficiente para prestar el consentimiento matrimonial, con independencia que sea de forma transitoria o duradera. Y finalmente el tercero se correspondería con la particularidad de presuponer una capacidad de la persona junto a la ausencia de consentimiento en la declaración.

A) *Falta de declaración o manifestación.*

A la pregunta realizada por el juez o funcionario después de leídos los artículos 66, 67 y 68 del C.c., puede suceder que no aparezca de forma expresa o tácita la voluntad de contraer matrimonio en el momento de la celebración<sup>583</sup> ,o que ante la respuesta negativa de alguna de las partes -o de las dos- ,se interprete por error una declaración afirmativa<sup>584</sup> .

---

583.-GETE-ALONSO.-Op.cit.Pág.325, en relación con el art.58 del C.c.GARCIA CANTERO, en Comentarios... dirigidos por ALBALADEJO. Op.cit. Pág.200.

584.-LUNA SERRANO.-Elementos...Op.cit.Pág.162.

B) *Falta de capacidad en la prestación del consentimiento matrimonial.*

En principio, en el presente apartado, cabe agrupar todos aquellos supuestos en los que se carece en el momento de consentir de entendimiento y voluntad adecuados para el acto de celebración del matrimonio.

Queremos precisar que ésta es la regla general aplicable a todos ellos, aunque deberá incluirse una circunstancia que supone una excepción a este principio y que abordaremos posteriormente.

Se incluyen aquí todas las anomalías o deficiencias psíquicas y perturbaciones mentales sean de carácter duradero o transitorio que impiden la válida prestación del consentimiento.

Asimismo, la minoría de edad que comporte falta del suficiente discernimiento para prestar el consentimiento<sup>585</sup>.

En este mismo grupo tienen entrada el delirio febril, la hipnósis, la embriaguez, el alcoholismo, la toxicomanía y cualquier otra circunstancia ajustable a esta tipología.

La ignorancia en el significado esencial del matrimonio comporta también una falta de capacidad. La

---

585.-PEÑA BERNALDO DE QUIROS.Op.cit.Pág.83.LUNA SERRANO.-  
Elementos... Op.cit.Pág.161.

ignorancia se define como "un estado mental caracterizado por la carencia de conocimiento....y puede haber tenido lugar o por que el conocimiento nunca ha existido, o por haber relegado al olvido de modo habitual o actual un conocimiento precedente"<sup>586</sup>.

Hemos apuntado, al inicio de este apartado una circunstancia que a pesar de su inclusión, no conlleva falta de entendimiento y voluntad. Estamos aludiendo a la persona del transexual<sup>587</sup> al que se le niega jurisprudencialmente<sup>588</sup> la capacidad suficiente para ejercitar el "ius nubendi".

C) Falta o ausencia de consentimiento en la declaración.

---

<sup>586</sup>.-ALVAREZ FERNANDEZ.A.-"El tema de la ignorancia en el consentimiento matrimonial" en El Consentimiento Matrimonial Hoy.Ed.Banchs.Barcelona, 1.976.Pág.31.El autor entiende que "debiendo ser el comportamiento humano un proceder voluntario y libre y dada la relación de los elementos intelectual y volitivo(....) nada más lógico que considerar a la ignorancia, que es un estado de privación de conocimiento en razón de su incidencia en el aspecto de la voluntariedad".Pág.34. LUNA SERRANO incluye el error obstativo en el apartado 1º del art.73, y lo diferencia del error motivo. Elementos..Op.cit.Pág.161,162.

<sup>587</sup>.-vid. sobre la problemática del transexual. STANZIONE, Pasquale.-"Transessualismo e tutela della persona: la legge nº164 del 1.982" en Studi di diritto Civile.Edizioni scientifiche italiane. Napoli, Roma, 1.986.Del mismo autor "La soluzione normativa del transessualismo:l'esperienza tedesco-occidentale" en Comparazione e diritto civile saggi.Edizioni scientifiche italiane, Napoli, Roma.1.987. WACKE,Andreas.-"Del hermafroditismo a la transexualidad".en Anuario de Derecho Civil.Tomo XLIII,Fascículo III, 1.990.

<sup>588</sup>.-Las sentencias ya referidas en este estudio del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1.987, 15 de julio de 1.988, 3 de mayo de 1.989 y 19 de abril de 1.991.

Incluimos aquí las hipótesis en la cual las partes tienen plena capacidad para prestar el consentimiento matrimonial y sin embargo, la declaración que prestan ante el juez o funcionario autorizado, está ausente del requisito exigido en el art. 45 del C.c.. Y en este sentido podemos hablar de la simulación y de la reserva mental cuando reúnen los presupuestos ya señalados, en epígrafes anteriores y el matrimonio "iocandi causa".

En el matrimonio concluido mediante apoderado y en relación estricta al poder<sup>589</sup>, puede mencionarse el supuesto de la revocación del poder antes que dicha declaración de voluntad llegue a conocimiento del juez o funcionario autorizante (Cfr. art. 55 C.c.). Y también, en todo caso, que el poder no reúna las condiciones de validez exigidos en el ordenamiento jurídico<sup>590</sup>.

En última instancia, son también subsumibles en este tercer apartado, hipótesis ya desarrolladas a lo largo de este estudio y que aquí nos limitamos a enumerar.

---

589.-En este matrimonio, aparte de las cuestiones referentes al poder otorgado, también ha de tenerse en cuenta todo lo relativo a la capacidad, -al igual que en el resto de matrimonios-, de la persona que otorga dicho poder.

590.-GETE-ALONSO.-Comentarios.....Ed.Tecnos.Op.cit.Pág.325.

Estás son: la prestación del consentimiento bajo ejercicio de violencia física en la persona ; cuando se realiza la declaración con error en la identidad de la persona del otro contrayente -ya que ese consentimiento carece de la nota de la reciprocidad- y finalmente, la condición impuesta al consentimiento puede provocar la nulidad del matrimonio por ausencia del primero.

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

### 3.1.- PRESUPUESTOS DE LA CONVALIDACION.

La posibilidad de convalidar al matrimonio ha estado presente a lo largo de nuestra tradición jurídica<sup>591</sup>, con fundamento en el "favor matrimonii" y en la incertidumbre que supone la situación de provisionalidad sobre el matrimonio que dependa de la voluntad de uno de los conyuges<sup>592</sup> .

Resulta, sin embargo, excepcional aplicar la convalidación del negocio jurídico al campo estricto del matrimonio<sup>593</sup> . Si partimos del concepto que la doctrina proporciona de la misma: "Situación en virtud de la cual y por obra de un hecho, un negocio que hasta entonces era ineficaz comienza a producir sus efectos como si no hubiese estado viciado"<sup>594</sup> ,

---

591.- El actual párrafo 2º del art. 76 tiene su antecedente inmediato en el derogado art. 102, 3º del C.c. La Convalidación del matrimonio fue ya recogida asimismo en la ley de Partidas (Partida 4ª, título 10, ley 1ª y ley 3ª) y en la ley de matrimonio civil de 1870 (arts. 92 y 93) que provienen, en opinión de CAMARERO SUAREZ, de la Instrucción Kanscher (Decreto ad. id. (X,4,1,21) de 4 -V-1855). La Convalidación del matrimonio ... Op. cit. Pág. 286.

592.- Comentando el párrafo 2º del art. 76 del c.c. ROCA TRIAS, De de familia Op. cit. Pág. 74.

593.- ALBALADEJO señala que en pura lógica es inaceptable la convalidación del negocio nulo pero el Derecho la acoge, en el caso del matrimonio, por el "favor matrimonii" El Negocio jurídico Op. cit. Pág. 417.

594.- ALBALADEJO, El Negocio jurídico Op. cit. . Pág. 417. DE CASTRO El Negocio jurídico Op. cit. Pág. 485.

apreciamos que no resulta del todo veraz dicha definición, por la existencia del denominado matrimonio putativo (art. 79 C.c).

A la convalidación también se la ha denominado como "la desaparición de la acción de impugnación, lo cual quiere decir que en punidad de principios la convalidación no elimina el vicio que afectaba al negocio, sino que simplemente elimina la posibilidad de hacerlo valer<sup>595</sup>". Esta segunda acepción, es a nuestro juicio, más acorde con la convalidación del matrimonio, aunque añadiríamos posiblemente una matización. Es verdad que la convalidación del matrimonio conlleva la imposibilidad de impugnación del mismo por la causa en concreto que se ha convalidado, sin embargo, entendemos que en el matrimonio, el mismo supuesto de convalidación elimina la causa que afectaba de nulidad, y ello, no por la institución de la convalidación, sino por uno de los requisitos básicos de la misma: el consentimiento matrimonial.

### **3.2.- SUPUESTOS LEGALES PREVISTOS.**

Nuestro Cuerpo legal trata en tres artículos concretos de la convalidación del matrimonio. Así el

---

595.- SERRANO ALONSO, Eduardo: La Confirmación de los Negocios jurídicos, Tecnos, Madrid, 1976, Pág. 20.



art. 48 que regula la dispensa ante determinados impedimentos; el art. 75 relativo a la minoría de edad y el art. 76, párrafo segundo sobre error, fuerza o miedo.

No obstante, y a pesar que los preceptos referenciados traten la misma temática, - convalidación del matrimonio-, de la lectura de los mismos se desprende que el cauce o vía para la convalidación son diferentes.

Y en esta línea puede hablarse de la convalidación en virtud de dispensa y de la convalidación con fundamento en la convivencia durante un determinado plazo de tiempo.

### 3.2.1.- CONVALIDACION EN VIRTUD DE DISPENSA.

La dispensa prevista en el art. 48 del C.c. se presenta con una doble finalidad.

La primera, va dirigida a permitir la válida celebración del matrimonio de aquellas personas afectadas por alguno de los impedimentos de: muerte dolosa del conyuge, parentesco de tercer grado entre colaterales y el de edad a partir de los 14 años.

La segunda de las finalidades previstas, es la convalidación propiamente dicha del matrimonio celebrado con alguno de los impedimentos descritos