

M^a DOLORS TOLDRÀ ROCA



EL CONSENTIMIENTO
MATRIMONIAL

UNIVERSITAT DE LLEIDA
Biblioteca



1600116300

anteriormente, siempre y cuando no se haya instado judicialmente la nulidad por alguna de las partes.

Se ha afirmado respecto al art. 48 que no se trata de una verdadera convalidación, sino de una sanación ya que la dispensa "presupone un acto jurídico ejercitado por la autoridad y no por las partes"⁵⁹⁶ , aunque cabe precisar al respecto dos cuestiones: Si bien es verdad, que la concesión o no de la dispensa se trata en definitiva de un acto jurídico ejercitado por la autoridad competente en cada caso, dicho acto es consecuencia directa de la solicitud de la dispensa, de la que puede perfectamente deducirse la voluntad de las partes de desear la validez de ese matrimonio.

En segunda instancia, el requisito que exige el propio art. 48 del C.c., de no haber instado previamente la nulidad del matrimonio, también sirve de argumentación para presumir la voluntad de querer continuar en el estado matrimonial⁵⁹⁷

596.- CAMARERO SUAREZ, C. La Convalidación Op.cit. Pág. 75.

597.- La misma autora, al tratar el tema de la confirmación diferencia entre expresa y tácita y esta última la define como "la actitud pasiva, omisiva, en que se conoce la nulidad, pero no se ejercita la acción o excepción correspondiente. CAMARERO SUAREZ, C. La Convalidación del matrimonio. Op. cit. Pág. 286.

3.2.2.- CONVALIDACION POR CONVIVENCIA.

La convalidación del matrimonio por la convivencia de los cónyuges durante el transcurso de un año, es causa prevista por el legislador en los artículos 75 y 76 del C.c.

Respecto a la minoría de edad, -cuando el matrimonio se ha contraído con esta circunstancia y sin solicitud de dispensa-, la convalidación⁵⁹⁸ se produce por la concurrencia de tres presupuestos:

- 1.- Alcanzar la mayoría de edad el contrayente menor⁵⁹⁹ .
- 2.- Convivencia de los cónyuges.
- 3.- Plazo de 1 año.

Y todo ello, siempre que con anterioridad no se haya presentado la oportuna demanda judicial de

598.- En realidad el art. 75 no utiliza la expresión concreta de "convalidación", sino imposibilidad de ejercitar la acción de nulidad. Ésta, coincide plenamente con la definición dada por SERRANO ALONSO de convalidación: "desaparición de la acción de impugnación".Op. cit. Pág. 20.

599.- La doctrina destaca la necesidad de alcanzar la mayoría de edad. En este sentido LUNA SERRANO entiende que "el nuevo enfoque que se da en la reforma al requisito de la edad como conexo a la madurez psicológica ... habrá acaso que entender que la convivencia exigida haya de tener lugar una vez alcanzada la mayoría de edad y no simplemente la edad núbil que también se alcanza con la emancipación". Elementos de Dº Civil . Op. cit. Pág. 171. Requiere también la mayoría de edad al entender que no es suficiente la emancipación ROCA TRIAS Dº de la familia. Op. cit. Pág. 75.

nulidad o que, en todo caso, no haya recaído dispensa ulterior a la celebración del matrimonio (art. 48 C.c.), ya que en tal supuesto, se habría producido la convalidación sin necesidad de los requisitos descritos.

El art. 76, por su parte, regula los denominados vicios del consentimiento, (en concordancia con el párrafo 4º y 5º del art. 73) disponiendo la legitimación para el ejercicio de la oportuna acción de nulidad y, en su párrafo segundo, determinando la caducidad de la acción y, consecuentemente, la convalidación del matrimonio por la convivencia de los cónyuges durante un año después de desvanecido el error, de haber cesado la fuerza o la causa del miedo.

Se afirma, y no sin razón, que en la convalidación quiebra el principio consensual por que "supone otorgar validez a un matrimonio que el propio legislador considera viciado en su consentimiento inicial". Ello supone "un reconocimiento jurídico de otra manera de prestar el consentimiento consistente en una determinada actitud: seguir conviviendo sin acusar al matrimonio"⁶⁰⁰ .

600.- MARTINELL GISPert-SAUCH, Jose M^a: El consentimiento coaccionado en el matrimonio civil español. Revista General de legislación y jurisprudencia, 1981, Pág. 49. El autor señala que supone una equiparación a la affectio maritalis y que es una exigencia en la convivencia, Pág. 50.

A nuestro juicio, la convivencia exigida por los art. 75 y 76 para la convalidación del matrimonio, puede interpretarse como una prestación tácita del consentimiento matrimonial; como la actitud concreta que señalabamos en líneas anteriores; en definitiva, como una declaración continuada y duradera de querer asumir el contenido del vínculo.

La convivencia de los cónyuges durante el periodo de tiempo previsto en la ley, se interpreta por el legislador como una expresión patente de la existencia e integridad del consentimiento matrimonial⁶⁰¹.

Dicha convivencia, como causa de convalidación del matrimonio, cambia la valoración legal de la nulidad por la concurrencia de un nuevo elemento que elimina los motivos por los que el matrimonio podía calificarse como nulo⁶⁰².

Nos resta, llegado este punto, entrar en el análisis de los presupuestos básicos que debe reunir la convivencia para que produzca el efecto convalidante del matrimonio.

601.- DORAL afirma que la cohabitación mantiene la virtud de conferir un significado constitutivo al consentimiento sucesivamente manifestado en los hechos. Comentarios a ... dirigidos por LACRUZ BERDEJO. Op. cit. Pág. 435.

602.- ROCA TRIAS. Dº de familia. Op. cit. Pág. 74.

3.3.- PRESUPUESTOS DE LA CONVIVENCIA.

Se asevera, respecto al consentimiento matrimonial, una doble perspectiva en su análisis: la consideración del mismo como ritual externo, que se toma en consideración para fundar y organizar la publicidad y, como "acto significativo", que presupone la entrega mutua a una relación de especial intimidad (affectus) y sirve, a su vez, para valorar la efectiva existencia del matrimonio⁶⁰³ .

Entendemos que es dentro de este contexto, donde debe situarse la convivencia exigida en los art. 75 y 76 del C.c.

Existe una cuestión, en relación al tema de análisis, que puede tener una clara incidencia en el proceso de nulidad, y que está en íntima conexión con la convivencia aludida.

Esta, hace referencia al hecho de determinar si la presunción de convivencia que realiza el art. 69 del C.c. es aplicable a los matrimonios afectados por la nulidad.

603.- ALVAREZ CAPEROCHIPI. Curso de Dº de familia. Op. cit. Pág. 119. El autor señala: "no hay matrimonio sin "affectus" y el rito matrimonial formal (aún inscrito) no tiene por si mismo eficacia jurídica y podría ser impugnado por cualquier afectado, y podría ser desconocido por la administración como acto inexistente", Pág. 137.

Opinión en contra, -(y en consecuencia la convivencia no se presume)- la mantiene LUNA SERRANO⁶⁰⁴ argumentando la propia nulidad del matrimonio.

Nosotros diferimos de la postura mencionada basicamente en razón de tres argumentos.

Del texto literal del art. 69 no puede deducirse, en ningún caso, que la presunción de convivencia esté limitada al matrimonio validamente contraído. Por lo tanto el art. 69 tiene una aplicabilidad general sobre cualquier matrimonio, aún aparente o afectado por causa de nulidad.

Es perfectamente posible que dentro de un matrimonio declarado en virtud de sentencia nulo, haya existido convivencia entre los cónyuges, -(sin llegar al plazo de un año que produce la imposibilidad de ejercitar la acción)-, ya que tal supuesto está previsto por el propio legislador, -(y éste es el segundo de los fundamentos), -en el art. 98 al determinar que el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal⁶⁰⁵, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97.

604.- LUNA SERRANO. Elementos Op.cit. Pág. 171.

605.-El subrayado es nuestro.

El Juez, ante la solicitud de demanda de nulidad, deberá apreciar la causa que se alega y el cumplimiento, en todo caso, del plazo previsto en la ley. Si éste ha transcurrido, serán las partes quienes deberan probar, por los medios oportunos, que no ha existido convivencia entre ellos. En definitiva lo que se hace es invertir la carga de la prueba a efectos procesales.

El tercero de los argumentos señalados se deduce también del texto de la ley, en concreto del art. 102 del C.c., dentro de las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, se especifica que admitida la demanda de que se trata, se producen por ministerio de la ley, los efectos siguientes:

1º Los cónyuges podran vivir separados y "cesa la presunción de convivencia conyugal".

A sensu contrario, hasta el momento en que se admite la demanda de nulidad ha existido presunción de convivencia conyugal.

Sentada la aplicabilidad de esta presunción, deben determinarse los presupuestos o características que la convivencia debe reunir.

Y así, cabe señalar que la convivencia o vida en común, debe realizarse con la intención de vivir como marido y mujer; de esta conducta, la ley deduce la

voluntad de convalidación, la existencia de "affectio maritalis"⁶⁰⁶ ". Se trata que los cónyuges asuman plena y libremente el elenco de derechos y deberes que conforman el contenido propio y específico del vínculo matrimonial.

La convalidación se produce ex-tunc sin necesidad de renovar el consentimiento⁶⁰⁷ a efectos formales o de publicidad. Pero entraña necesariamente una prestación, nosotros afirmariamos que continuada, del consentimiento matrimonial que se refleja en la convivencia y presupone la perseverancia del consentimiento o prestación, en caso de ausencia, de los dos cónyuges, por que no debemos olvidar que la convivencia puede ser interrumpida o no asumida en su plenitud por la parte que no ha padecido el vicio o la ausencia inicial⁶⁰⁸ .

La vida en el mismo domicilio, en una relación igualitaria presume el affectus⁶⁰⁹ y presume también la convivencia en los términos señalados, aunque no

606.- VALLADARES. Nulidad, Separación ... Op. cit. Pág. 143-144.

607.- GARCIA CANTERO. Comentarios ... dirigidos por ALBALADEJO. Tomo II. Op. cit. Pág. 71 y 73.

608.- En igual sentido VALLADARES, Nulidad, SeparaciónOp.cit. Pág. 249 y 255.

609.- ALVAREL CAPEROCHIPI. Curso de Derecho... . Op. cit. Pág. 136.

es requisito imprescindible al contemplar el art. 87 la compatibilidad entre:

1.- cese efectivo de la convivencia conyugal y mantenimiento de la vida en el mismo domicilio por las razones previstas en la propia ley y, por otra parte entender

2.- que la interrupción de la convivencia, (no vivir en el mismo domicilio) no implica el cese efectivo de la misma atendiendo a motivos laborales, profesionales, o a cualesquiera otros de naturaleza análoga.

De todo lo expuesto, se deduce que la convivencia, como causa prevista de convalidación del matrimonio, presupone un elemento espiritual que se circunscribe a la asunción del vínculo matrimonial.

La convivencia se considera una prestación tácita del consentimiento matrimonial, una declaración continuada y duradera⁶¹⁰ de querer asumir el

610.-En igual sentido, señala la doctrina italiana: "Per coabitazione s'intende la convivenza sotto lo stesso tetto, ... deve essere ininterrotta e per tanto non v'è decadenza se uno dei coniugi si allontanano, anche se per ragioni di lavoro o di salute; assenza brevi ed occasionali invece non comportano interruzione della coabitazione " CIAN TRABUCCHI, Comentario breveOp. cit. Pág. 152. "Tuttavia v'è chi richiese la sussistenza della comunione spirituale tra i coniugi o quanto meno la convivenza che secondo la coscienza sociale costituisce normale esplicazione del rapporto coniugale... que si tratti di una coabitazione pacifica e tranquilla, che faccia presumere l'intenzione del coniuge di non volersi più valere della causa

contenido del vínculo y es, en definitiva, por la fuerza del consentimiento matrimonial por lo que se convalida el matrimonio⁶¹¹ .

3.4.-CONVALIDACION DEL MATRIMONIO NULO POR AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.

Se pretende tratar, en este último epígrafe, la convalidación del matrimonio nulo por la causa primera del artículo 73 del C.c., es decir, todos aquellos supuestos que con independencia de la causa productora, una de las partes, o las dos en su caso, ha celebrado el matrimonio cumpliendo todos los requisitos de forma establecidos en la ley, pero sin embargo, ha realizado una declaración ausente de consentimiento matrimonial⁶¹² .

d'invalidita... intende la coabitazione come comunione di casa e di mensa". Codice civile annotato a cura di PERLINGIERI. Op. cit. Pág. 440. FINOCCHIARO determina en relación al tema tratado que de "...la coabitazione...è logico dedurre il sopravvenire de una volontà delle parti diretta a rendere effettiva la comunanza spirituale e materiale e, perciò, a convalidare el consenso apparente manifestato in occasione della celebrazione" (comentario del art. 123, 2º C.c.) en Matrimonio civile Op. cit. Pág.72.

611.- Es el consentimiento matrimonial libre y voluntario, los cónyuges convalidan su matrimonio por que así lo desean. La convalidación, es expresión directa de la presencia de la autonomía de la voluntad en el negocio jurídico matrimonial.

612.- Aludimos a aquella declaración afirmativa realizada en presencia del Juez o persona autorizada y los dos testigos, que carece de la voluntad efectiva de asumir el contenido del vínculo matrimonial, el elenco de derechos y deberes que conforman la relación jurídica del matrimonio.

Hemos ido afirmando a lo largo del presente estudio que el consentimiento matrimonial, como expresión directa de la voluntad, crea el matrimonio.

Asimismo, por la voluntad puede conseguirse la suspensión de sus efectos típicos, -separación-, y llegar inclusive a la misma disolución del vínculo validamente constituido, -Divorcio-.⁶¹³ .

Es también la voluntad de los contrayentes, la que va a configurar el ejercicio de los derechos y deberes que vienen previstos en la ley, sin olvidar la regularización de los efectos patrimoniales que pueden depender exclusivamente de su voluntad.

Si de lo expuesto, puede determinarse que el consentimiento matrimonial es el núcleo central y fundamental de la creación y existencia del matrimonio, no vemos inconveniente alguno, no solo en admitir sino, en defender la fuerza convalidante del consentimiento matrimonial para la generalidad⁶¹⁴ de

613.- Los supuestos señalados, vendrán determinados por sentencia judicial, pero la causa puede fundamentarse, junto a otras, en la voluntad de los cónyuges. Vid. para la separación: art. 82 1º, 82-5º y 6º y, para la disolución: art. 86, 1º2ª, 3,a) y 4º del c.c.

614.- Exceptuamos de esta afirmación, la ausencia de forma (73,3º) y la contravención de los impedimentos no dispensables (46, 2º, 47, 1º y 47, 2º hasta el segundo grado).

los supuestos de nulidad incluidos en el párrafo primero del art. 73 del C.c.⁶¹⁵ .

En contra puede argumentarse que, expresamente, el legislador no prevé la convalidación del matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial y, la única norma a la que puede acudirse es al art. 74 que trata, en general, de la legitimación para pedir la nulidad, exceptuando la regulación de los art. 75 y 76 para determinados supuestos y que a su vez, contemplan la convalidación del matrimonio.

Los artículos referidos, -75 y 76-, determinan la legitimación procesal y la caducidad de la acción para su ejercicio por la convalidación del matrimonio.

Por su parte, el art. 74 no presenta ningún plazo de caducidad para el ejercicio de la acción. Sin embargo, ello no implica directamente que ese matrimonio nulo (vía art.74) no pueda convalidarse. Solo determina la no existencia de un plazo concreto para ejercitar la acción. No hay un término legalmente establecido, por lo tanto las personas aludidas en el art. 74 podrían presentar la demanda

⁶¹⁵.- sin ánimo exhaustivo, realizamos una aproximación a los diferentes supuestos subsumibles, en el punto 2.6 del anterior capítulo.

de nulidad en cualquier tiempo⁶¹⁶ y será el Juez cuando entre en el fondo del asunto, quien apreciará o no la existencia de la convalidación, sin que en ningún caso pueda negarse la admisión de la demanda por caducidad de la acción.

Apartandonos del campo procesal, el legislador contempla dos casos concretos en los que puede convalidarse el matrimonio y, sin embargo, éste ha sido celebrado sin consentimiento matrimonial. Sirve, incuestionablemente a la defensa de nuestra tesis los dos casos aludidos.

Nos referimos a los apartados 4º y 5º del art. 73 en concordancia con el art. 76 del C.c: el matrimonio celebrado por error en la identidad del otro contrayente no comporta un vicio en el consentimiento, sino plena ausencia del mismo, por faltar la característica de la reciprocidad del consentimiento matrimonial. La parte afectada por el error, no desea contraer matrimonio con la persona a la que dirige su declaración de voluntad.

En el mismo orden de cosas, el matrimonio celebrado con coacción física o violencia, tampoco supone un vicio del consentimiento, a diferencia de

⁶¹⁶.- En el texto, no pretendemos defender la inseguridad jurídica que comporta la no existencia de un plazo.

la coacción psíquica o intimidación, sino total ausencia del mismo.

Si en la mente del legislador hubiera estado presente la idea de no convalidar el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial, no hubiera previsto la caducidad de la acción y convalidación del matrimonio por la convivencia de los cónyuges durante el plazo de un año después de desvanecido el error o de haber cesado la causa del miedo.

Posiblemente, dentro del párrafo 1º del art. 73, sean dos los supuestos que deban tratarse con mayor profundidad en el tema que nos ocupa y que seguidamente pasamos a abordar: la convalidación del matrimonio celebrado por una persona afectada de una enfermedad mental y la del matrimonio simulado.

3.4.1.-LA ENFERMEDAD MENTAL.

Antes de la reforma de 1981 , la doctrina señalaba la duda respecto a la convalidación del matrimonio celebrado por quienes no estuvieran en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de concluir el negocio jurídico matrimonial, partiendo de la premisa que el código civil expresamente contemplaba como impedimento no estar en el pleno ejercicio de la razón.

Respecto al tema, se afirmó que "dada la naturaleza de este impedimento, la renovación del

consentimiento, recobrado el uso de la razón, no constituye una convalidación, sino existencia de nuevo matrimonio por lo que se aplicará nuevamente la exigencia de forma sustancial"⁶¹⁷ .

Manteniendo tesis contrapuesta, los anotadores de ENNECERUS contemplaban la posibilidad de convalidar, por su confirmación, el matrimonio contraído por quien no estuviera en el pleno ejercicio de su razón⁶¹⁸ .

En la actual regulación, la inclusión de este supuesto de nulidad estaría prevista en el párrafo primero del art. 73⁶¹⁹ , coherentemente con lo que acabamos de afirmar en las líneas precedentes, podría convalidarse por la convivencia de los cónyuges, a partir del momento en que se recobre el pleno ejercicio de la razón.

La tesis positiva de convalidación se fundamenta en los argumentos generales ya descritos y centrados en la fuerza del consentimiento matrimonial, y sigue la línea de los ordenamientos que de forma específica han tratado el tema.

617.- LA CRUZ-ALBALADEJO. El matrimonio y su economía... .Op. cit. Pág. 114, nota 12.

618.-ESPIN CANOVAS. Derecho de Familia . Op. cit. Pág. 80, nota 1.

619.- con independencia del dictamen previsto en el art. 56, 2º C.c.

Así, el Código civil italiano contempla respectivamente en los artículos 119 y 120 la impugnación del matrimonio del enfermo mental sobre el que ha recaído sentencia de incapacidad (Interdizione) y de la persona incapaz de entender o de querer; en los dos supuestos prevé la convalidación por la convivencia⁶²⁰, señalando la doctrina al respecto: "... l'ordinamento di individuare nella convivenza una sanatoria del matrimonio di cui, nella specie beneficia un consenso che era stato espresso in condizioni psichiche anormali"⁶²¹ y "...che esclude la coabitazione nell'ipotesi del coniuge degente in clinica"⁶²².

La misma línea sigue el ordenamiento jurídico alemán que determina la validez del matrimonio, si el cónyuge después del cese de la incapacidad negocial, de la inconsciencia o de la perturbación de la aptitud mental, reconoce que quiere continuar casado⁶²³ o cuando excluye la impugnación del matrimonio si el

620.- Art. 119 infine "... l'azione non può essere proposta se, dopo revocata l'interdizione, vi è stata coabitazione per un anno". Art. 120 infine "... L'azione non può essere proposta se vi è stata coabitazione per un anno dopo che il coniuge incapace ha recuperato la pienezza delle facoltà mentali".

621.- FINOCCHIARO: Matrimonio civile. Op. cit. Pág. 56.

622.- Codice Civile annotato a cura di PERLINGIERI. Op. cit. Pág. 440.

623.- Art. 18 de la ley matrimonial 20 de febrero de 1946 con las modificaciones introducidas por la ley de 13 de junio de 1980 y por la ley 25 de julio de 1986.

representante legal ratifica el matrimonio o si el conyuge despues que su capacidad negocial sea plena, confirma el matrimonio⁶²⁴ .

El Código civil portugués requiere, para considerar sanado y válido el matrimonio, que se confirme delante del funcionario del Registro civil y dos testigos después de levantada la interdicción o haber verificado judicialmente el estado mental de la persona afectada⁶²⁵ .

La misma posibilidad de convalidación contempla el ordenamiento jurídico argentino si ha existido "vida marital" cuando se haya recobrado la razón o en caso de ignorancia de la locura de un cónyuge por el otro, éste ha hecho "vida marital" después de conocida la incapacidad⁶²⁶

Sin fundamento en la convivencia, o cualquier otra circunstancia, el Código civil Suizo determina el plazo de prescripción de la acción de nulidad en general y lo limita a 6 meses a partir del momento en que se descubre la causa de nulidad y, siempre por 5 años después de la celebración del matrimonio⁶²⁷ .

624.- Art. 30 de la ley matrimonial de 20 de febrero de 1946 con las modificaciones referidas en nota anterior.

625.- Art 1.633 Código civil Portugués.

626.- Art. 85 Código civil de Argentina.

627.- Art. 127 Código civil suizo.