

TEMA 1

EL IUS CONNUBII, UN DERECHO NATURAL, RELIGIOSO Y CONSTITUCIONAL.

A/ COMO DERECHO NATURAL.

El matrimonio existe por exigencia de la misma naturaleza social y sexual del hombre y la mujer y responde a una estructura y a un dinamismo naturales, inherentes a la persona humana.

A despecho de los rasgos comunes que existen entre el hombre y la mujer, se da entre ellos una distinción complementaria, que llega hasta lo más profundo de su personalidad física y psíquica. El hombre y la mujer sienten que su unión resultará una especie de perfección y acabamiento del propio ser de ambos. Esta mutua indigencia e imperfección da lugar a una mutua atracción sentida como una tendencia espontánea a unirse entre sí de forma estable. Esta tendencia y atracción no es fruto de la cultura, de la casualidad, de las circunstancias sociales o de la ley escrita, sino que es algo innato en el hombre y la mujer.

Además, el instinto de conservación del individuo y la especie induce al hombre y a la mujer a la unión más íntima y estable. La crianza y educación de los hijos requiere mucho tiempo. El hombre recién nacido es quizás la criatura más inerte que existe, pues durante años no puede valerse por sí mismo. No ocurre así en el mundo animal.

Todo ello exige estabilidad en las relaciones; sin ella la ayuda mutua y complementaria de los esposos parece imposible. Hombre y mujer se pueden atender mejor si están permanentemente unidos en todas las circunstancias agradables o no de la vida. Esta estabilidad viene exigida sobre todo por la crianza y educación moral y física de los hijos. Las relaciones hombre-mujer y la crianza de los hijos implican una serie de derechos y deberes, relaciones de justicia. También entre ellos debe darse un orden justo.

En definitiva, la institución del matrimonio viene exigida por la misma naturaleza, porque en ella se asegura mejor que por medio de cualquier otra la estabilidad emocional de los esposos, la seguridad, el cuidado de los ancianos, la crianza de los hijos y la integración y socialización de los mismos.

El matrimonio, en este sentido, es una exigencia del mismo amor conyugal y de la crianza de los hijos. Por eso esta institución se configura, en primer lugar, como un derecho natural, pues viene exigida por los valores antes señalados, que hunden sus raíces en la misma naturaleza social, personal y sexual del hombre y la mujer.

Esta institución natural se nos presenta como monógama, estable, con finalidad procreadora y voluntariedad del consentimiento prestado por las partes.

B./ COMO DERECHO RELIGIOSO.

Pero el matrimonio también se configura como un derecho religioso, pues en todas las épocas el matrimonio ha sido considerado como algo sagrado que precisaba siempre la intervención de la autoridad religiosa competente.

San Pablo decía que el hombre dejará a su padre y a su madre y se adherirá a su mujer y los dos serán una sola carne y que este misterio (sacramento) es grande; lo digo respecto de Cristo y de la Iglesia. De esta forma, para los cristianos el matrimonio es un símbolo de la unión del hombre con la Iglesia y que es elevado a la dignidad de sacramento.

C./ COMO DERECHO CONSTITUCIONAL.

El ius connubii se encuentra recogido en nuestra Constitución en el art. 32, donde se establece lo siguiente:

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.
2. La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Pero el derecho constitucional al matrimonio no es una gracia concedida por el Estado, sino que se trata de un derecho derivado de la propia dignidad humana y de la propia personalidad del hombre y la mujer.

EL MATRIMONIO: ETIMOLOGÍA Y CONCEPTO.

Tancredo sitúa el origen de la palabra matrimonio en la unión de las palabras latinas *matris* (de madre) y *munus* (oficio o tarea), lo que se explica por la mayor tarea que tiene la madre en el cuidado y crianza de la prole.

Por su parte, el papa Gregorio IX justificaba lo anteriormente dicho en sus *Decretales* en los siguientes términos: el hijo necesita más del cuidado materno que del paterno, a la madre resulta gravoso antes del parto, doloroso en el parto y laborioso después del parto.

Las palabras anteriores fueron más tarde recogidas por *Las Partidas*.

También existen otras palabras relacionadas con el término matrimonio, pero deben ser diferenciadas de ésta por cuanto se refieren a momentos distintos. Así, se habla de casamiento (porque los cónyuges establecen su casa, que normalmente es distinta de la de sus padres), boda (se refiere a las solemnidades que acompañan la celebración del matrimonio), etc. Incluso en latín encontramos otras palabras relacionadas con el matrimonio, tales como *consortium* (que viene de *cum* y *sors* (suerte), y que supone que los casados participan de la misma suerte y condición, de los mismos derechos y deberes, del bien y del mal), *coniugium* (que viene de *cum* y *iugum* (yugo), pues los esposos se hallan sometidos al mismo yugo; también lo hacen depender de *cum* y *iungo* (conjuntar o unir), dado que los esposos están unidos de por vida), *nuptiae* (que viene del término *nubere*, que significa tapar con un velo por las antiguas costumbres de tapar con un velo a las esposas en señal de sumisión al marido y de pudor y modestia) o *contubernium* (que supone lo contrario que *connubium* (la unión de los esclavos o de persona libre con esclava), esto es, el matrimonio de las personas libres que gozaban del *ius connubii*).

En cuanto al concepto de matrimonio, históricamente, y en concreto durante la Edad Media, se aceptaron las definiciones de los jurisconsultos romanos, y así, según Modestino, el matrimonio suponía la unión del hombre y la mujer, el consorcio de toda la vida y la comunión en el derecho divino y humano. Por su parte, Ulpiano lo definía como la unión del hombre y la mujer que contiene la comunidad de vida indivisible. Ambas definiciones fueron citadas por Graciano en sus *Decretales*.

Sin embargo, muy pronto los canonistas medievales se percataron de las deficiencias de dichas definiciones aplicadas al matrimonio, razón por la cual el maestro Rolando añadió un adjetivo a la definición de Modestino: *legitima coniunctio*, mientras que Pedro Lombardo modificó levemente la de Ulpiano añadiendo la palabra *maritalis* a la *coniunctio*. Dichas modificaciones pretendían recoger mejor la esencia del matrimonio cristiano. No obstante, y aunque presentaban elementos importantes del matrimonio, dichas definiciones dejaban de contener otros tantos igualmente importantes, como los fines, propiedades, derechos y deberes conyugales, su carácter sacramental, etc.

De esta forma, el c. 1055 recoge las enseñanzas del Vaticano II, recogiendo en su definición de

matrimonio y de forma amplia la concepción personalista de dicha institución al destacar como objeto esencial el consorcio de toda la vida. En suma, se define el matrimonio como la alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Se piensa que en una primera época de la vida del hombre dominaría la promiscuidad, para pasar después a una situación de matriarcado, luego a una de patriarcado y al final a una situación de monogamia. Sin embargo esta teoría no puede ser asumida como un dogma de fe, pues es sólo una teoría de entre las muchas más que hay.

RASGOS COMUNES DEL MATRIMONIO EN LA CULTURA OCCIDENTAL.

Entre los elementos comunes que presenta esta institución y que han puesto de manifiesto los juristas anglosajones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado a través de un estudio comparado elaborado a partir de un análisis pormenorizado del matrimonio a través de los distintos países de la órbita cultural occidental, podemos citar los siguientes:

- Monogamia heterosexual.
 - Pacto conyugal como fuente de derechos y deberes entre los esposos y creador de la familia.
 - Consentimiento libre de las partes como causa única del matrimonio que nadie puede suplir.
 - Vínculo matrimonial tendencialmente permanente o indisoluble intrínsecamente; no se prevé el matrimonio temporal o de prueba y es en principio para toda la vida.
 - Entendimiento apto y voluntad para entender, conocer y querer comprometerse.
 - Intervención de la autoridad competente para los casos de divorcio, separación o nulidad.
 - La constitución del vínculo matrimonial debe hacerse mediante unas formalidades públicas, no bastando la mera cohabitación o convivencia para dar lugar a una relación conyugal o *status* matrimonial.
- Si el matrimonio es católico, se realiza mediante el oportuno sacramento.

LA UNIÓN DE LOS ESPOSOS. RELEVANCIA JURÍDICA DEL AMOR. MATRIMONIO Y VIDA MATRIMONIAL.

El amor conyugal es absolutamente necesario para que pueda existir el matrimonio. Si éste falta, el hombre y la mujer no se comprometen en serio.

Se trata de una amor específico que se distingue de otros tipos de amor por su carácter sexual y procreador; es un amor de dirección, una tendencia de la voluntad, incluyendo la elección del cónyuge. No se trata por tanto del mero sentimiento amoroso, sino de la voluntad seria de aceptar al otro como cónyuge. Supone una gran capacidad de sacrificio que busca fundamentalmente el bien de la persona amada y que se concreta en la aceptación de los posibles hijos que vengan.

El amor es el motor y el presupuesto del matrimonio, pero no su fin. En palabras de Martínez Valls, el matrimonio no es sólo para acostarse, sino que es una consecuencia del propio amor del matrimonio. Debe ser un amor pleno del uno hacia el otro, fiel, para siempre y tendente a la conservación de la especie humana.

LA ESENCIA DEL MATRIMONIO.

La esencia del matrimonio viene dada por el vínculo matrimonial como principio formal del

matrimonio. En torno a qué deba entenderse por vínculo matrimonial existen dos posturas:

- Para algunos, el vínculo matrimonial es el derechos sobre el cuerpo del otro en orden a los actos generadores.
- La mayoría de la doctrina entiende, en cambio, que el anterior derecho es una mera derivación del vínculo, pues se entiende que éste es mucho más que aquél.

Se dice que el matrimonio supone una relación jurídica que se compone de sujetos, vínculo, contenido y objeto.

- Sujetos son el hombre y la mujer, cuya unión es consecuencia de la interacción derivada de la propia distinción de sexos.
- El vínculo matrimonial propiamente dicho, que supone el nexo que une y constituye a los contrayentes y en el que están contenidos los derechos y deberes conyugales.
- El contenido del matrimonio lo constituyen los derechos y deberes conyugales:
 - El derecho al acto conyugal o *ius in corpus*.
 - El derecho a la comunidad de vida como expresión de la unidad del destino y a la vez como cauce y ambiente mejor para la recepción de los hijos.
 - El derecho a no hacer nada contra la generación de la prole, sobre todo si ya se ha dado, y recibir y educar a los hijos en el seno de la comunidad conyugal.
 - El derecho del cónyuge a las prestaciones personales del otro y de los hijos a las prestaciones de ambos.
 - En el matrimonio se da un principio de absoluta igualdad entre el esposo y la mujer.
 - El deber de ayudarse en las necesidades mutuas y de llevar una vida de acuerdo con la condición de casados.
 - El deber de fidelidad, el derecho a buscar el mutuo perfeccionamiento físico o corporal y también espiritual, el deber de convivencia, el deber de atender al bien material y espiritual de los hijos.

REFLEXIÓN SOBRE LAS LLAMADAS UNIONES DE HECHO.

Se trata de un fenómeno extendido en la sociedad actual pero que ha existido siempre y lo seguirá haciendo.

Por uniones de hecho debe entenderse aquellas uniones de personas que no pueden o no quieren legalizar su situación por las circunstancias que sean. Pero no son uniones transitorias entre un hombre y una mujer, sino que deben tratarse de uniones en donde sus componentes vivan como si se tratase de un matrimonio, en donde exista por parte de ambos la intención de vivir como tal y de asumir los compromisos propios de los esposos.

No debe olvidarse que las formalidades necesarias para contraer matrimonio aparecen en el año 1563 con el Concilio de Trento. Si se dio ese mandato de la forma jurídica necesaria para contraer matrimonio en el Derecho Canónico – ante el párroco y dos o tres testigos – fue precisamente para acabar con las situaciones de bigamia y poligamia de la época, con los matrimonios clandestinos – en donde el consentimiento no era prestado ante la Iglesia – y establecer una cierta seguridad jurídica, dado que en aquella época sólo los hijos legítimos tenían derechos sucesorios. De este modo, cuando el Derecho civil comienza a legislar sobre el matrimonio los distintos Estados empiezan a imponer también determinadas formas jurídicas de celebración del matrimonio tomadas directamente del Derecho Canónico, sustituyendo lógicamente la figura del párroco por la del funcionario competente.

No obstante, debe quedar bien clara una idea, cual es la del respeto absoluto hacia las situaciones de

uniones de hecho.

Si nos acercamos a la Constitución, ésta proclama en su **art. 32** el *ius connubii* cuando dice que: El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y añade que La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos. Sin embargo, en su **art. 39.1**, cuando dice que: Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, no distingue entre la familia matrimonial y la de hecho, por lo que acoge un concepto amplio de familia. Este concepto amplio de familia también se deduce del **art. 1** (España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político) y del **art. 39.2, 3 y 4** (Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad. / Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. / Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos). Por otro lado, la protección y respeto a la familia se relaciona con el el respeto a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás (**art. 10.1**) así como con el **art. 9.2** (Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social) y los principios de igualdad formal (**art. 14**) y de libertad religiosa, ideológica y de conciencia (**art. 16**).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional tiene sentada una reiterada jurisprudencia que niega la equivalencia entre el matrimonio y la convivencia matrimonial. Sin embargo, en materia de arrendamientos urbanos se atribuye a quien haya convivido maritalmente con el antiguo arrendatario la posibilidad de la subrogación en sus derechos. Igualmente se tiene en cuenta la convivencia de hecho en materia de pensiones, en materia penal (la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del Cp, que permite agravar o atenuar la responsabilidad penal cuando el agraviado sea cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad; sobornos en causas criminales a favor del reo por parte de su cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad; etc.), en materia procesal (el recurso de revisión en causas penales), en materia civil (la emancipación por matrimonio o por convivencia marital; la extinción del derecho de pensión compensatoria por convivencia marital del acreedor; la existencia de la filiación por naturaleza matrimonial y no matrimonial); etc.

NOTAS HISTÓRICAS SOBRE LA COMPETENCIA DE LA IGLESIA Y EL ESTADO RESPECTO AL MATRIMONIO.

Desde el nacimiento del cristianismo hasta el s. IX, la Iglesia acepta la legislación romana en tanto ésta no se opusiera a la moral cristiana o al derecho divino, produciéndose ciertas mejoras en estos aspectos tras el Edicto de Milán. Ya el Concilio de Toledo, en el año 400, reconoce el concubinato como verdadero matrimonio.

Durante toda esta época llegan a cambiar las leyes civiles de tal manera que se llegará a decir que unas leyes eran las del César y otras las de Cristo.

A pesar de que no exista ningún documento oficial que demuestre la voluntad de la jerarquía eclesiástica de someter el matrimonio a su exclusiva competencia, a partir del s. X la Iglesia comienza a ejercer y a exigir de forma exclusiva la jurisdicción sobre el matrimonio, coexistiendo, eso sí, tanto la legislación canónica como la imperial. Las razones de que la Iglesia ejerciera dicha jurisdicción de facto sobre el matrimonio son las siguientes:

- El debilitamiento del poder imperial que cayó en manos de los señores feudales.
- El cristianismo se había introducido en la sociedad europea.
- La sacralidad que siempre se había reconocido al matrimonio, ahora reconocido como sacramento.

A partir de este momento la legislación canónica crece de forma acusada y regula aspectos antes reservados al poder político. Esta situación se mantuvo hasta el s. XVI, en que la Reforma Protestante (1515) negó el carácter sacramental del matrimonio y lo consideró como un contrato civil, por lo que atribuyó al poder temporal su regulación. Ya en 1580 se introduce por vez primera el matrimonio civil, en concreto en Holanda, cuyo Estado no reconocerá las solemnidades religiosas católicas del matrimonio.

Durante los siglos XVII y siguientes, tanto regalistas como galicanos o josefinistas utilizaron en su provecho la distinción entre contrato y sacramento, concediendo al Estado la regulación del contrato matrimonial y a la Iglesia la del aspecto sacramental del matrimonio. De esta forma se impone poco a poco en estos Estados el matrimonio civil obligatorio.

En la actualidad se manejan tres teorías respecto de la competencia de la Iglesia o el Estado sobre el matrimonio:

- Teoría de la exclusiva competencia del Estado sobre el matrimonio, en donde el matrimonio es un contrato cuya regulación corresponde al Estado.
- Teoría de la exclusiva competencia de la Iglesia sobre el matrimonio, en donde al elevarse el matrimonio a la dignidad de sacramento se pone aquél en manos de la Iglesia.
- Teoría de la competencia cumulativa del matrimonio, elaborada por Santo Tomás, y en donde tanto el Estado como la Iglesia pueden regular los aspectos del matrimonio.

El Concilio de Trento, por su parte, se limitó a decir que la Iglesia podía regular los impedimentos dirimentes, pero no dijo que la Iglesia tenía la competencia exclusiva sobre el matrimonio.

En la actualidad hay que distinguir distintos supuestos matrimoniales:

- Matrimonio católico latino–católico latino de acuerdo con el **c. 1059** debe regularse por el Derecho Canónico en su aspecto legislativo, judicial, administrativo y penal.
- Matrimonio católico latino–bautizado acatólico se rige por el Derecho Canónico tanto en la constitución del vínculo como en la forma de celebración y las causas matrimoniales.
- Matrimonio católico latino–no bautizado ídem.
- Matrimonio católico oriental–católico oriental se rige por su Derecho propio.
- Matrimonio católico oriental–católico latino se rige por el Derecho Canónico latino u oriental.
- Matrimonio entre católicos que han abandonado la Iglesia Católica por acto formal rige el Derecho Canónico menos en lo referente al impedimento de disparidad de cultos y a la observancia de la forma canónica.
- Matrimonio bautizado acatólico–bautizado acatólico no están obligados por la legislación canónica.
- Matrimonio no bautizado–no bautizado son reconocidos por el ordenamiento canónico, pero no se les considera sacramentales, salvo que recibieran el bautismo válidamente ambos contrayentes.

EL ACTUAL SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL. CLASES Y FORMAS DE MATRIMONIO EN ESPAÑA.

Al hablar de los sistemas matrimoniales estamos haciendo referencia a la actitud del Estado respecto del matrimonio, esto es, al cuándo y en qué condiciones el Estado reconoce plenos efectos a un matrimonio determinado. Existen en este sentido distintos sistemas:

- *SISTEMAS MONISTAS* (El Estado sólo reconoce una manera de contraer matrimonio, ya sea ésta religiosa

o civil).

- *Religioso obligatorio* (actualmente sólo en los países del Islam).
 - *Civil obligatorio* (Francia, Bélgica, Holanda, Alemania y algunos países de Sudamérica).
 - *SISTEMAS DUALISTAS*
 - *Civil subsidiario* (los católicos, bajo este sistema, deben contraer matrimonio en forma canónica, mientras que se deja el matrimonio civil para aquéllos que no son creyentes).
 - *Civil facultativo* (El Estado reconoce ambas maneras de contraer matrimonio, tanto la religiosa como la civil, siendo quizá el sistema más acorde con la libertad de las personas).
- *De tipo anglosajón* (los preparativos del matrimonio deben realizarse en forma civil. Trae su origen de la Inglaterra de 1836 y de allí pasó a E.E.U.U., Canadá, Suecia, Noruega, Dinamarca, determinadas colonias británicas y algunos países sudamericanos).
 - *De tipo latino* (los preparativos del matrimonio pueden realizarse según las normas del Derecho Canónico. Es el sistema que se sigue en España, Portugal, Italia y algunas repúblicas sudamericanas).

Hay que decir respecto del sistema de matrimonio civil facultativo, que cuando uno de los contrayentes es bautizado o los dos lo son *a fortiori*, está/n obligado/s a contraer matrimonio canónico en todo caso si quieren que su matrimonio celebrado por lo civil sea reconocido por el ordenamiento canónico. Si el matrimonio civil lo contraen dos no bautizados, es válido para el Derecho Canónico pero no constituye un matrimonio religioso canónico.

Respecto del matrimonio celebrado en forma religiosa, ya sea según las normas del Derecho Canónico o de acuerdo con la ley de otra confesión, tiene plenos efectos civiles reconocidos desde su celebración, teniendo su inscripción en el Registro Civil un mero valor probatorio o declarativo, pero nunca constitutivo. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, los arts. 49 y 60 CC.

EL MATRIMONIO CIVIL. CONSIDERACIÓN ECLESIAÍSTICA.

El matrimonio civil es aquél que se celebra según las normas del Estado, según la Ley civil.

El matrimonio celebrado según el Derecho civil, cuando se refería a personas que esaban obligadas a la forma jurídica canónica (cuando al menos uno de los contrayentes es bautizado católico), antes se decía que constituía una situación irregular o un concubinato, terminología que se entiende actualmente superada. En este sentido, se adoptan una serie de precauciones:

- Vid. c. 1071
- El matrimonio civil puede ser canónico celebrado de forma extraordinaria cuando no hay posibilidad física o por motivos de persecución.

Algunos propusieron que la Iglesia católica aceptara el matrimonio civil como válido aunque fuera ilícito, cosa que no se admitió. Sin embargo, sí que se admiten los matrimonios sin la concurrencia del sacerdote en aquellos lugares en que no pueda acudir un párroco a la celebración del matrimonio, en cuyo caso se permite a un seglar que asista en nombre de la Iglesia. Tampoco se ha considerado al matrimonio civil como un impedimento.

EL MATRIMONIO RELIGIOSO. CONSIDERACIÓN CIVIL.

Por matrimonio religioso se entiende aquél que se celebra según los ritos de una determinada religión.

Debe distinguirse, dentro del sistema de matrimonio civil facultativo (El Estado reconoce ambas maneras de contraer matrimonio, tanto la religiosa como la civil, siendo quizá el sistema más acorde con la libertad de las personas), entre el matrimonio civil facultativo *de tipo anglosajón* (los expedientes preparatorios del

matrimonio deben realizarse en forma civil, siendo tan sólo la forma religiosa. Trae su origen de la Inglaterra de 1836 y de allí pasó a E.E.U.U., Canadá, Suecia, Noruega, Dinamarca, determinadas colonias británicas y algunos países sudamericanos. A este tipo pertenecen los matrimonios de las confesiones que tienen suscritos acuerdos de cooperación con España, a saber, la FEREDE, la CIE y la FCI) y *de tipo latino* (los preparativos del matrimonio pueden realizarse según las normas del Derecho Canónico. Es el sistema que se sigue en España, Portugal, Italia y algunas repúblicas sudamericanas).

El matrimonio religioso tiene una amplia consideración por el Derecho civil en tanto reconoce sus efectos civiles.

Por último, y en lo referente a la eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad y decisiones pontificias de matrimonio rato y no consumado, hay que estar a lo dispuesto en el **art. 80 CC** al respecto.

CONCEPTO DE DERECHO MATRIMONIAL CANÓNICO Y SUS FUENTES.

Se entiende por Derecho matrimonial aquel conjunto de normas jurídicas promulgadas por la autoridad eclesiástica competente para regular el matrimonio de los católicos de rito latino.

Entre sus fuentes tenemos:

- El Derecho divino, ya sea natural o positivo.
- El Derecho Eclesiástico (exigencia de la forma jurídica, el alcance y existencia de algunos impedimentos, etc.)
- Canonización de normas o relaciones jurídicas de procedencia estatal.
- El Derecho concordado.
- La Jurisprudencia (Tribunal de la Rota Romana, de la Rota de Madrid, de los Tribunales Eclesiásticos Ordinarios, etc.).
- Las Sagradas Escrituras (*Génesis*: principio de igualdad entre el hombre y la mujer; *Nuevo Testamento*: indisolubilidad, carácter sagrado de la unión de Cristo con la Iglesia).
- Derecho romano (el consentimiento como necesidad).
- La Patrística.

Es importante destacar la labor de los Santos Padres de la Iglesia, que ya pusieron de relieve allá por el s. IV que el uso de la sexualidad era algo legítimo, en contra de las voces de algunos cristianos integristas que consideraban el matrimonio como algo indigno o no decoroso y que despreciaban la sexualidad. También proclamarán la santidad y el valor del matrimonio.

San Agustín justificará el matrimonio por los tres beneficios que reporta: el bien de la prole, la fidelidad y la indisolubilidad; y ello a pesar de la opinión de maniqueos y montanistas de que el matrimonio constituía una relación despreciable.

Ya el Concilio de Toledo del año 400 reconocerá como verdadero matrimonio al concubinato. La Escolástica desarrollará entre los s. XI–XVI la idea del matrimonio como sacramento, y ya con el Concilio de Trento se imponen determinadas formas jurídicas para acabar con las situaciones de bigamia y poligamia.

En el s. XX, entre las aportaciones habidas, destaca la desaparición del matrimonio por sorpresa en 1907, en donde el párroco tenía una posición meramente pasiva.

TEMA 2

EL MATRIMONIO ENTRE BAUTIZADOS, INSTITUCIÓN NATURAL Y SACRAMENTO.

El matrimonio es una institución natural en el sentido de que viene exigida por la misma naturaleza humana. Por tanto, para los creyentes, la institución matrimonial tiene a Dios como autor o creador de la misma, y esto para el propio bien del ser humano. O dicho de otro modo, ese consorcio o comunidad exigida por la misma naturaleza del hombre, cuyo autor es Dios, y donde los seres humanos no sean solamente procreados físicamente, sino también moral y responsablemente, es el matrimonio.

Ya en el *Génesis* (2,18 y 2,24)) se dice que no es bueno que el hombre esté solo; voy a hacerle una ayuda que se acomode a él y que por eso, dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer, y vendrán a ser los dos una sola carne. También en el Nuevo Testamento se establece el mandato divino de que lo que Dios ha unido, que no lo separe el hombre.

El matrimonio, en tanto que institución natural, ha existido desde que el hombre es hombre en el mundo, y no constituye una invención del cristianismo.

Entre las razones de ese carácter natural del matrimonio tenemos el instinto de conservación, y por lo tanto como medio de perpetuación de la especie, y la búsqueda de la complementariedad y perfección a través de la ayuda del hombre para con la mujer y viceversa. Surge el matrimonio, de este modo, como algo natural y fruto de una atracción mutua y natural.

Uno de los caracteres que se le reconoce al matrimonio en nuestra órbita cultural occidental es la de la monogamia heterosexual. En este sentido, no han sido probadas las teorías de algunos etnólogos que señalan y distinguen cuatro grados en la historia evolutiva del matrimonio: promiscuidad y comunismo sexual y familiar, poliandria, poligamia y finalmente monogamia. De modo que hoy en día, las tesis de la poligamia como estado previo a la monogamia, y por lo tanto al matrimonio tal y como lo concebimos en la actualidad, están muy desacreditadas y el mero hecho de indagar en el tránsito de la naturaleza a la sexualidad constituye un abismo insalvable.

Pero además, el matrimonio constituye un sacramento en tanto en cuanto se dé entre bautizados, sean o no católicos. Se entiende por sacramento todo aquél signo sensible que produce una gracia, una ayuda especial, en virtud del mismo sacramento, sirviendo de este modo para el bien de los cónyuges y que supone la materialización de realidades o elementos divinos e invisibles a través de lo humano y visible. Los ministros de este sacramento se considera actualmente que son los propios contrayentes, esto es, son éstos los que lo administran en definitiva.

La situación del matrimonio como sacramento no ha estado siempre clara sino que las consecuencias jurídicas y teológicas del mismo se han planteado con todo rigor a lo largo de los siglos X–XIII, sobre todo por obra de la Escolástica (Alejandro de Hales, San Buenaventura, Alberto Magno, etc.). En el s. XVI es el Concilio de Trento quien establece como dogma la enseñanza del matrimonio como uno de los siete sacramentos de la Iglesia, de suerte que se considera desde entonces anatema, y por ende excomunión, cualquier consideración en contrario del matrimonio. De este modo, algunas Iglesias protestantes consideran al matrimonio como un sacramento, pero menor, y otras lo consideran como una invención del hombre.

En definitiva, el matrimonio como sacramento supone la unión del hombre y la mujer, pero también implica el símbolo o la imagen de la alianza y vínculo existente entre Cristo y su Iglesia. Esta enseñanza se refleja en el **c. 1055,1: la alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole.** Se trata, además, de una alianza matrimonial que fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados. Precisamente por ser únicamente entre bautizados, se excluye la consideración de sacramento al matrimonio celebrado por aquéllos que no lo son. Junto a esto, del **c. 1055,2 (Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento)** se derivan algunas consecuencias importantes:

- La inseparabilidad contrato matrimonial válido sacramento entre bautizados.
- Si el matrimonio se da entre dos NO bautizados no se considera sacramento, ya que el bautismo se considera la puerta de entrada en la Iglesia y tiene carácter constitucional por tanto, de tal modo que sin haber recibido el mismo no puede recibirse ningún otro sacramento. Sin embargo, algunos autores minoritarios consideran que sería posible distinguir un matrimonio como simple contrato entre bautizados sin que fuese asimismo sacramento, lo que se desmiente por el propio *Codex*.
- Si se da entre dos personas de las cuales uno sólo es bautizado, la postura mayoritaria considera que tampoco hay sacramento para ninguno de los dos, en tanto el matrimonio se considera una realidad indivisible. Un sector minoritario sí que considera que existe matrimonio al menos para el que es bautizado.
- En ambos casos, si el/los contrayente/s se bautiza/n después, el matrimonio se convierte en sacramental automáticamente.
- La misma Iglesia reclama para sí la competencia en materia legislativa, penal y jurisdiccional sobre el matrimonio.
- Por otro lado, y según el **c. 1059**, el matrimonio entre católicos, aunque sea católico uno sólo de los contrayentes, se rige no sólo por el derecho divino, sino también por el canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio. De esta manera, la Iglesia afirma su competencia exclusiva sobre el matrimonio entre católicos, entre católicos y bautizados no católicos, y entre católicos y no bautizados.
- Si uno o ambos contrayentes excluyen con un acto positivo de la voluntad la consideración del matrimonio como sacramento, o no tienen el mínimo de fe necesaria para poder recibir el matrimonio, éste se considerará nulo a tenor de lo que reseñado en el c. 1055,2.

RAZÓN DEL ESTUDIO DEL MATRIMONIO, ESPECIALMENTE EL CANÓNICO.

Existe una razón sociológica que explica la razón del estudio del matrimonio canónico, y es la que se deriva de las estadísticas, que nos dicen que entre el 80 y el 85% de los españoles se sigue casando por la Iglesia católica y que algunos del 15 o 20% restante no lo hacen porque no pueden.

También existe una razón jurídica, que viene dada, en primer lugar, por del pleno reconocimiento de efectos civiles por parte del Estado al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico (**art. 60 CC y art. VI Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979**), y además, porque las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el ordenamiento civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (**art. 80 CC y art. VI Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979**).

Por otra parte, el TC ha señalado que en la formación de un jurista español resulta imprescindible el estudio del Derecho Canónico, al menos en materia matrimonial.

EL MATRIMONIO COMO ACTO (O *IN FIERI*) Y COMO ESTADO (O *IN FACTO ESSE*).

Al hablar del matrimonio como acto (o *in fieri*) y como estado (o *in facto esse*) no nos estamos refiriendo a dos clases distintas de matrimonio, sino que se está aludiendo a dos momentos distintos de un mismo matrimonio.

El matrimonio como acto supone el negocio jurídico en virtud del cual se contrae matrimonio, esto es, el matrimonio en su momento de constitución (p. ej., A y B se están casando), y se identifica con el consentimiento válido legítimamente manifestado por ambos contrayente; mientras, el matrimonio como

estado supone la instauración de un *status* distinto al que tenían los contrayentes con anterioridad a la celebración del matrimonio y que tiene por contenido una serie de derechos y deberes para con el otro cónyuge y terceros (p. ej., A y B están casados). Se identifica con el vínculo jurídico que une al varón y a la mujer en una sociedad conyugal.

Esta distinción es muy útil e importante a la hora de los requisitos a tener para contraer matrimonio.

EL MATRIMONIO, ¿CONTRATO O INSTITUCIÓN?

Existe una polémica doctrinal acerca de cuál sea la naturaleza jurídica del matrimonio, esto es, acerca de su consideración como contrato o como institución.

A.) TEORÍA CONTRACTUALISTA.

Desde la Edad Media, y desde luego debido a la labor de los canonistas, se viene considerando al matrimonio como contrato porque en él concurren los elementos esenciales en todo contrato, a saber, el consentimiento de las partes, el objeto (ya sea el *ius in corpus* o el consorcio de toda la vida) y la causa (el intercambio de consentimientos), pero sobre todo porque lo esencial en el matrimonio, se dice, es que se origina mediante la prestación del consentimiento, razón por la que los partidarios de esta teoría ponen el acento en el matrimonio como acto o *in fieri*. Sin embargo, los propios canonistas también ponen de relieve que es un contrato muy *sui generis*, en el sentido de que existen numerosas derogaciones del régimen general de los contratos (se da sólo entre hombre y mujer; existe libertad para contraer matrimonio o no, pero una vez se ha accedido a hacerlo no existe libertad para regular el contenido del contrato matrimonial, no existiendo en este sentido autonomía de la voluntad; no cabe que el contrato quede sin efecto por mutuo disenso).

La teoría contractualista se considera que adolece de determinadas carencias y que no explica suficientemente determinadas cuestiones del matrimonio.

B.) TEORÍA INSTITUCIONALISTA.

Como contrapartida, existe una teoría institucionalista que considera al matrimonio como una institución, entendida en el sentido que la define el profesor Jiménez Fernández, esto es, como un sistema de vinculaciones jurídicas preestablecidas en orden a una finalidad y previamente conocidas, al que libremente prestan su adhesión las personas capaces de ello, obligándose a su cumplimiento respecto del otro copartípe cuya libre elección les compete.

Aquí, los partidarios de esta teoría ponen el énfasis en la consideración del matrimonio como estado o *in facto esse*, alegando que únicamente se precisa para contraer matrimonio de un conocimiento general del contenido del mismo, a diferencia de los contratos, en los que se requiere un conocimiento pleno de su objeto.

CLASES Y FORMAS DE MATRIMONIO Y TERMINOLOGÍA LEGAL: A) POR RAZÓN DEL VÍNCULO; B) POR RAZÓN DE LA LEY A QUE ESTÁ SOMETIDO; C) POR RAZÓN DE LA FORMA O MODO; D) OTRAS DENOMINACIONES.

A.) Por razón del vínculo.

- Matrimonio válido: aquél que realmente hace surgir el vínculo y en el que, por tanto, se dan los requisitos necesarios de capacidad o habilidad, consentimiento válido y debida forma jurídica.

A'.) Matrimonio natural o legítimo: aquel matrimonio válido que se celebra entre dos no bautizados o entre un bautizado y otro que no lo es.

A".) Matrimonio rato o sacramental: aquél que se da entre dos bautizados, y que puede ser:

- Consumado: cuando después de prestar el consentimiento se realiza el acto conyugal de modo humano. Para ello se exige como requisitos, en el varón, la erección, penetración y eyaculación en la vagina de la mujer, y en la mujer, la capacidad necesaria para poder recibir de modo natural el miembro viril y la eyaculación. El matrimonio rato y consumado es el único indisoluble, salvo los supuestos de muerte de uno de los cónyuges.
- No consumado: cuando no se dan los requisitos citados anteriormente.
- Matrimonio inválido, irritó o nulo: aquél que no hace surgir el vínculo por contraerse con impedimentos dirimientes (no se dan por lo tanto los requisitos válidos de capacidad o habilidad), o/y sin la debida forma canónica, o/y sin verdadero consentimiento, siempre en el momento de contraer matrimonio.
 - Atentado: cuando el matrimonio, a sabiendas de su nulidad, se intenta contraer de mala fe por los contrayentes.
 - Putativo: cuando el matrimonio, a pesar de ser nulo por concurrir alguna causa de nulidad, tiene apariencia de verdadero matrimonio por haberse contraído de buena fe por al menos uno de los contrayentes. Es necesario que este matrimonio se celebre ante la Iglesia, a saber, según el Derecho Canónico, porque si uno de los contrayentes es bautizado o ambos lo son, y por tanto es preceptivo el matrimonio canónico pero deciden contraerlo por lo civil, dicho matrimonio no habría sido contraído ante la Iglesia.
 - El matrimonio putativo es muy importante, sobre todo debido a los efectos que se derivan respecto de los hijos. Así, el **c. 1137** establece que son legítimos los hijos concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo, mientras que el **art. 79 CC**, por su parte, nos dice que La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. / La buena fe se presume.

B.) Por razón de la ley a que está sometido.

- Matrimonio natural o legítimo: aquél que se rige por los preceptos de derecho divino natural y/o positivo.
- Matrimonio canónico o eclesiástico: aquél que se rige por las leyes positivas de la Iglesia, esto es, por el Derecho Canónico.
- Matrimonio civil: aquél que se rige por la legislación matrimonial civil. En este sentido, si los católicos contraen matrimonio entre sí o con parte católica únicamente ante las leyes civiles, la Iglesia no reconoce la validez canónica a dicho matrimonio, salvo que se haya obtenido dispensa de la forma canónica o estén excusados los contrayentes de la misma. Pero el consentimiento prestado en su día en el matrimonio civil puede ser capaz de producir en su día un vínculo canónicamente válido.

C.) Por razón de la forma o modo.

- Matrimonio público: aquél celebrado con la debida forma jurídica.
- Matrimonio secreto: aquél celebrado igualmente con la debida forma jurídica pero con la obligación de guardar secreto acerca de la celebración.
- Matrimonio oculto o clandestino: aquél celebrado sin las formalidades legales, esto es, sin las proclamas y ante los testigos exigidos.
- Matrimonio solemne: aquél celebrado con ciertas ceremonias y solemnidades públicas.

D.) Otras denominaciones.

- Matrimonio morganático (o sálico o de mano izquierda): aquél celebrado entre personas de diferente nobleza o clase social, según todos los requisitos civiles y canónicos, pero con la condición adicional de que la esposa y los hijos no participen de las dignidades y de los demás bienes de la persona más noble,

sino sólo de los que se establezcan en un pacto adicional. Etimológicamente morganático procede de la expresión germana *Morgen gabe* (don matutino o donación de la mañana), por cuanto la esposa, al no poder participar de los bienes de su esposo noble, debía conformarse con la donación que le fuese transmitida por aquél, con el don matutino, en definitiva.

- Matrimonio presunto: aquel matrimonio cuya existencia puede presumirse en el derecho por razón de algún hecho realizado. Históricamente tiene su origen en los esponsales romanos, pues se entendía que si los esposos que se comprometían tenían una relación sexual posteriormente las palabras de futuro se hacían de presente, consumándose la promesa de matrimonio.
- Matrimonio clandestino: era aquel matrimonio contraído sin la intervención de la autoridad eclesiástica, cuando la forma no se exigía como requisito condicionante de la validez del matrimonio canónico. Hasta el Concilio de Trento, allá por 1563, la Iglesia no exigía ninguna forma jurídica para contraer matrimonio, de tal modo que era posible celebrar un matrimonio entre un hombre y una mujer por sí y ante sí mismos, sin perjuicio de la existencia de los llamados matrimonios por bendición. Para acabar con esta situación de inseguridad jurídica, el Concilio de Trento estableció como forma jurídica obligatoria para considerar el matrimonio como válido la prestación del consentimiento ante el párroco y dos o tres testigos.
- Matrimonio por sorpresa: Se trataba del matrimonio celebrado ante la Iglesia, con los fieles reunidos tras haber impartido el párroco la correspondiente misa, y en donde éste tenía una posición meramente pasiva por cuanto se limitaba a escuchar el consentimiento prestado por ambos contrayentes. Para acabar con esta situación, Pío X promulgará el edicto *Nec Temere* (1907) estableciendo una posición activa del párroco, que desde entonces ha de pedir y recibir el consentimiento en nombre de la Iglesia.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MATRIMONIO: A) CIVIL. B) CANÓNICO. EL FAVOR IURIS Y SUS CONSECUENCIAS.

Según el **c. 1060**, el matrimonio goza del favor del derecho, por lo que en la duda se ha de estar por la validez del matrimonio, mientras no se pruebe lo contrario.

En definitiva, el favor iuris o favor del derecho es un principio general que supone la tendencia o propensión general del Derecho a proteger, de un modo especial y preferente, la institución matrimonial, y sobre todo, su estabilidad. Por tanto, ante la duda de la validez o no del matrimonio, se presume *iuris tantum* que es válido.

Como reflejos más claros de este principio en el ordenamiento canónico tenemos los siguientes:

- La institución del Defensor del Vínculo, cuya intervención es preceptiva en las causas matrimoniales de nulidad canónica. Viene a ser una especie de Ministerio Fiscal que tiene por obligación la defensa de la existencia del matrimonio.
- La presunción de que la persona que contrae matrimonio lo hace tal y como lo entiende la Iglesia.
- No puede acusarse la nulidad de un matrimonio canónico cuando uno de los cónyuges ha fallecido, y tampoco se admiten en las causas matrimoniales ni la transacción ni el compromiso, y nunca pasa a ser cosa juzgada.
- Para que una sentencia de nulidad sea firme y ejecutiva se precisan dos sentencias de nulidad en el mismo sentido.

El favor del derecho, como hemos dicho, es un principio, que a su vez puede ser general del derecho (1) o procesal (2).

- Se basa en la consideración de que es mejor la condición de quien está en la posesión de este estado que no privarle del mismo en caso de duda.
- Se estima que ante la duda racional, el Juez no decretará la nulidad del matrimonio sino que lo declarará como válido, salvo prueba en contrario.

Este principio sólo cede ante el Privilegio de la Fe, regulado en el **c. 1150** y que dice que: en caso de duda, el

privilegio de la fe goza del favor del derecho, y cuyo supuesto de hecho es el siguiente: hay un matrimonio celebrado por dos no bautizados que, aunque puede ser válido, no es sacramental, y uno de ellos (o ambos) se convierte y recibe el bautismo y posteriormente contrae matrimonio, ya sacramental; aquí se duda de la nulidad o no del primer matrimonio, pero en este caso no se aplicará el favor del derecho, considerándose por el contrario como nulo el primer matrimonio porque el privilegio de la fe prevalece sobre el matrimonio sacramental.

En cuanto a la protección jurídica del matrimonio en el ámbito civil, no existe un principio explícito del favor matrimonii, lo que no quiere decir que no existan mecanismos de protección de la estabilidad de la institución matrimonial, los cuales no son más que expresión del principio general del derecho del favor negotii (se presume la validez del negocio jurídico celebrado).

Así, tenemos los siguientes artículos del Código civil que lo atestiguan:

Art. 53. La validez del matrimonio no quedará afectada por la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del Juez, Alcalde o funcionario que lo autorice, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiere procedido de buena fe y aquéllos ejercieran sus funciones públicamente.

Art. 78. El Juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe salvo lo dispuesto en el número 3 del artículo 73.

Art. 75. Si la causa de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor, sólo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal.

Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla.

Art. 76. En los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio.

Caduca la acción y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo.

Art. 68. Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

Además, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dice que será preceptiva la intervención del mismo en aquellas causas que afectan al estado civil de las personas, y en este sentido, es claro que la nulidad lo es.

TEMA 3.

ESTRUCTURA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.- FUNCIÓN DEL CONSENTIMIENTO, COMO CAUSA EFICIENTE O ELEMENTO CREADOR DEL MATRIMONIO; (ART. 45 DEL C.C. Y CANON 1057 DEL C.I.C.).

Siempre se ha dicho que el matrimonio gira sobre el trípode vital de la *habilidad* o capacidad de las partes, la prestación del *consentimiento* por ambos cónyuges y la *forma jurídica* en la que debe manifestarse dicho consentimiento. Sin embargo, y con ser esto cierto, se puede decir que el elemento más decisivo en la creación del matrimonio es el consentimiento, hasta el punto que constituye la base, el eje o la pieza fundamental del sistema matrimonial canónico. Sólo el consentimiento es la causa eficiente o elemento creador del matrimonio. La habilidad y la forma son algo extrínseco.

El consentimiento se determina por la misma naturaleza del matrimonio, tanto en el derecho civil como

canónico, y así, el propio **art. 45 CC** nos dice que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial, mientras que el **c. 1057, 1º** nos dice que el matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir, de tal suerte que el consentimiento es la causa eficiente o elemento creador del matrimonio, por lo que si no es válido, no hace surgir el matrimonio. En su apartado 2º, el antecitado canon nos dice qué debemos entender por consentimiento: el consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad, por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio. Por otro lado, se le da mucha importancia a la manifestación de la voluntad, pero lo realmente importante es la voluntad interna de contraer matrimonio, que prevalece siempre sobre la manifestación externa de la misma.

EN EL DERECHO ROMANO. LA POLÉMICA MEDIEVAL.

En el Derecho romano el mismísimo Ulpiano sentenció que *nuptias non concubitus sed consensus facit*, esto es, que las nupcias no las hace el acostarse sino el consentimiento. Dicho consentimiento, en el Derecho romano, tenía que perdurar en el tiempo (la llamada *affectio maritalis*), de tal modo que si faltaba, el matrimonio dejaba de existir.

Sin embargo, en el Derecho canónico, y a pesar de aceptar en un principio lo establecido por el Derecho romano, fue introduciéndose poco a poco la indisolubilidad del matrimonio celebrado entre cristianos.

Ya en el Medievo, la canonística se ocupó del problema dando lugar a una larga e interesante polémica entre la Escuela de Bolonia y la Escuela de París en torno a si el matrimonio era un contrato consensual (aquél que se perfecciona por el simple intercambio de los consentimientos) o real (aquél que se perfecciona por la mera entrega de la cosa (*traditio rei*), objeto de la contraprestación).

Se discutía por parte de los autores si el matrimonio se constituía por el mero consentimiento o si además precisaba de la ulterior consumación, tema espinoso sobre el que la Universidad de Bolonia y la de Sorbona (París) adoptaron posturas contrapuestas. Así, mientras en la Universidad de Bolonia era defendida la teoría de la cópula (según la cual el matrimonio se iniciaba con el consentimiento y se perfeccionaba con la cópula o acto sexual, en que marido y mujer se hacían una sola carne, o lo que es lo mismo, sólo las nupcias seguidas de consumación eran consideradas verdadero matrimonio) por nombres tan ilustres como Graciano (s. XII) o Rolando Ruffini), en la Universidad de Sorbona (París) se defendía la teoría consensual (según la cual bastaba el mero consentimiento para la perfección del matrimonio, siendo por lo tanto el matrimonio perfecto, indisoluble y verdadero consentimiento desde el momento de la prestación del consentimiento), cuyos máximos exponentes fueron Pedro Damián, Pedro Lombardo, Hugo de San Víctor e Ivo de chartres.

Esta polémica quedó zanjada a mediados del s. XII por el Papa Alejandro III (Rolando Bandinelli), que procedía de la Escuela de Bolonia, donde había sido profesor, pero el cual aceptó, sin embargo, que el matrimonio era perfecto por el simple intercambio consensual. Esta decisión pontificia fue apoyada en 1493 en el Concilio de Florencia y desde entonces, y sucesivamente, se ha venido manteniendo tal teoría.

QUÉ ES EL CONSENTIMIENTO. REQUISITOS DE EXTERIORIZACIÓN.

Este consentimiento matrimonial necesita de unas vías de exteriorización porque es un acto jurídico solemne que si se da entre bautizados constituye sacramento. Tiene que ser legítimamente manifestado en la forma legalmente establecida y no puede ser válido si no hay acto externo que sea perceptible por los sentidos.

Además, debemos hacer mención al c. 1104, 1º: Para contraer válidamente matrimonio es necesario que ambos contrayentes se hallen presentes en un mismo lugar, o en persona o por medio de un procurador. Al tratarse, según el c. 10, de una ley invalidante, si no se dieron los requisitos expresados en el canon anterior, el consentimiento manifestado será nulo. En su apartado 2º, se nos dice que Expresen los

esposos con palabras el consentimiento matrimonial, o, si no pueden hablar, con signos equivalentes, lo que no puede considerarse como una ley invalidante.

No olvidemos, por otro lado, que el consentimiento matrimonial es un acto humano y que el hombre sólo es responsable de sus actos humanos, al menos, ante su conciencia. Para que haya un acto enteramente humano se precisa inteligencia y voluntad para hacerlo, si no existe uno o ambos requisitos o uno o ambos se encuentran mermados, no estaremos ante un acto humano sino ante un acto del hombre.

Tradicionalmente, según la Filosofía antigua, se ha venido sosteniendo que el conocimiento o la inteligencia se tiene a través de los sentidos (que son las ventanas del alma a través de las cuales se captan y entienden las cosas y que ayudan al hombre a enjuiciar las cosas). La Psicología moderna ha puesto de relieve que, dado que la unidad del sujeto es de tal naturaleza, en todo acto humano participan los tres componentes de la realidad del hombre: el *espíritu*, por medio del entendimiento y la voluntad; la *psique*, mediante los dinamismos psíquicos conscientes e inconscientes que son utilizados por el alma y le sirven de substrato; el *cuerpo*, por medio de las reacciones químicas unidas a las precedentes y que tienen lugar en el ámbito de los varios órganos interesados, en particular en el sistema nervioso.

En la formación de juicios, intervienen diversos aspectos de la persona (formación, tipo de vida, ambiente, educación, principios éticos o morales o sociológicos, etc.), lo que no puede interpretarse en el sentido que el hombre sea un robot, ya que de esta forma destruiríamos la libertad del hombre.

En el consentimiento interviene, por tanto, la inteligencia y la voluntad (actos humanos), prevaleciendo la voluntad interna sobre externa en caso de divergencia, presumiéndose *iuris tantum* la concordancia entre ambas voluntades de acuerdo con el c. 1101: el consentimiento interno de la voluntad se presume que está conforme con las palabras o signos empleados al celebrar el matrimonio. Pero no debemos olvidar que también se trata de un acto jurídico entre bautizados.

BREVE EXPOSICIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DEL MATRIMONIO.

A/ Requisitos subjetivos: el elemento cognoscitivo y el elemento volitivo.

Dentro de los requisitos subjetivos tenemos al entendimiento o elemento cognoscitivo por un lado, y a la voluntad o elemento volitivo por otro, pero todo ello sin perder de vista que el ser humano es un todo, siendo por lo tanto bastante difícil en la práctica delimitar hasta donde llega uno y comienza el otro.

- *Elemento cognoscitivo.*
- El uso de razón.

Por uso de razón debe entenderse la capacidad para aprehender, la capacidad intelectual de todo ser humano que se contrapone al mero conocimiento sensitivo. Esa capacidad para aprehender debe referirse al matrimonio.

La advertencia en que consiste el uso de razón, puede ser:

- Plena o perfecta (cuando se aprehenden todos los elementos fundamentales del matrimonio) o semiplena o imperfecta (cuando por drogodependencia, embriaguez u otra causa, no se logran advertir dichos elementos esenciales).
- Total (cuando se aprehenden todos los elementos esenciales del matrimonio) o parcial (cuando se advierten en parte).

- Clara o distinta (cuando se aprehenden todos los elementos del matrimonio con claridad y precisión) o confusa (cuando se conocen borrosamente).
- Antecedente (cuando se aprehenden todos los elementos esenciales del matrimonio inmediatamente antes de su celebración) o consiguiente (cuando se advierten después de haberse celebrado matrimonio).

Para que podamos hablar de existencia de uso de razón, debe darse, por lo tanto, una advertencia plena, total, clara y antecedente de los elementos fundamentales del matrimonio; la falta de alguno de estos requisitos en la advertencia supone la nulidad del matrimonio.

- **Discreción de juicio.**

Además de tener suficiente uso de razón, el consentimiento matrimonial precisa de la discreción de juicio, a saber, de la capacidad que tiene el hombre de valorar o ponderar la conveniencia de una determinada acción que se puede realizar, que aplicado al matrimonio puede definirse como la estimación práctica y objetiva de la conveniencia o no para el contrayente de un determinado matrimonio por la que sopesa y se percata de los deberes y derechos que asume, así como los motivos para decidirse o no.

- *Elemento volitivo.*

Además del elemento cognoscitivo, se precisa por parte de la voluntad que el acto sea voluntario, esto es, que se trate de un acto procedente de la voluntad pero con conocimiento del fin que se pretende. Se precisa, por lo tanto, que el consentimiento se pueda atribuir a la voluntad de contraer matrimonio y al conocimiento del fin. Por lo tanto, no habrá verdadera voluntad de contraer matrimonio cuando se accede al mismo por broma, por error, ignorando la esencia del mismo matrimonio o concibiéndose de forma distinta a como lo hace el ordenamiento jurídico.

Llegados a este punto, debemos matizar que si bien todo acto libre es voluntario, no todo acto voluntario es libre, dado que para que exista un acto libre se precisa que el contrayente pueda autodeterminarse al matrimonio sin coacciones o presiones internas o externas, que sea dueño de su acto decisonal de casarse, y de casarse con una persona concreta. De esta forma, puede existir un acto voluntario pero que haya sido realizado por coacciones o presiones externas o internas.

La libertad para contraer matrimonio puede ser impedida totalmente cuando hay de por medio una coacción física, en cuyo caso desaparece la voluntariedad y la libertad. Por el contrario, puede ser mermada la libertad de casarse por una amenaza externa racional. Cuando el miedo (sea o no reverencial) perturba incluso la razón, no hay acto humano voluntario; si el miedo limita gravemente la voluntad pero no supone una perturbación de la razón, existe voluntariedad pero no libertad.

Pero puede ocurrir que el contrayente no tenga una voluntad capaz de resistir impulsos, pasiones o sentimientos, que carezca de control y que se halle sin facultad de autodeterminarse. A esto se le llama falta de libertad interna. En estos casos, al no haber facultad de autodeterminarse, no hay libertad. Quien se ve predeterminado a obrar por impulsos interiores irresistibles no puede casarse válidamente.

Tanto en los casos de presiones o coacciones externas, como en el de falta de libertad interna, aquello que aparentemente era un acto voluntario y libre de contraer matrimonio, o bien no lo es en verdad, o bien únicamente es un acto voluntario, pero nunca libre. Por lo tanto, el matrimonio celebrado en tales circunstancias podrá ser declarado nulo.

Es necesaria una libertad y voluntad proporcionales al acto que se va a realizar.

En resumen:

- En la hipótesis de carencia absoluta de libertad (coacciones o presiones que lleguen a causar terror y eliminen el uso de razón) no hay consentimiento matrimonial.
- Si la libertad está gravemente limitada por condicionamientos o perturbaciones propias de las personas, estaremos ante un acto voluntario pero no suficientemente libre y no sería válido.
- Cuando la libertad está gravemente limitada por elementos extrínsecos al contrayente (ya sean racionales o no), el acto es voluntario, pero no existe libertad y no hay por tanto consentimiento válido.

B/ Requisitos objetivos.

En el c. 1057. 2º se indica el objeto del matrimonio. Lo que especifica el acto de la voluntad en que consiste el consentimiento matrimonial es que va dirigido a la constitución del matrimonio, cuyo objeto no puede ser otro que el consorcio de toda la vida ordenado al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, y que supone la entrega y aceptación mutua del hombre y la mujer libre e irrevocable.

El contenido de este consorcio de toda la vida lo configura la relación interpersonal de carácter conyugal, que abarca la totalidad de la vida. En este sentido, se precisa que ambos contrayentes se entreguen y acepten como personas de distinto sexo para constituir una comunidad de vida y amor.

La persona que no quisiera este objeto o no pudiera cumplirlo no contraería válidamente el matrimonio canónico.

Estos requisitos exigen una cierta madurez humana, una cierta capacidad de convivir, una cierta capacidad heterosexual y la voluntad libre, consciente y responsable de dar y aceptar estos derechos-deberes conyugales.

Quien contrajera matrimonio sólo como medio para conseguir otros objetivos se casaría inválidamente, salvo que aceptara estos derechos-deberes.

Quien utiliza el matrimonio solamente como instrumento para lograr otros intereses no coincidentes con los expuestos contrae inválidamente. No sería inválido, sin embargo, el matrimonio cuando uno de los contrayentes pretendiera el objeto del matrimonio canónico, y al mismo tiempo otros motivos.

Tampoco se consideraría válido el matrimonio en donde no se respeta y es anulada la personalidad de uno de los contrayentes, dado que el matrimonio es aceptado con una plena igualdad jurídica fundamental entre los cónyuges derivada de la misma dignidad humana.

En cuanto al contenido del matrimonio, éste se centra en:

- Una unión sexual heterosexual y normal en cuanto al modo y frecuencia.
- Una relación interpersonal afectivo espiritual para descubrir valores de uno u otro cónyuge.
- Un sentido de corresponsabilidad ideal en el aspecto económico para poder dirigir a la familia.
- Enriquecimiento mutuo de los cónyuges fruto de la mutua entrega y aceptación, basado en la unidad y perpetuidad que entre cristianos alcanza un nivel superior centrado en la indisolubilidad.
- La educación y crianza y búsqueda del bien de los hijos.
- También hay que destacar los tres bienes del matrimonio que elaboró San Agustín, esto es, la prole, la fidelidad y la indisolubilidad, al que debe añadirse la comunidad de vida y amor.

LOS FINES DEL MATRIMONIO.

Por fin debe entenderse aquello por lo cual se hace una determinada cosa, que aplicado al Derecho, supone aquello a lo que va dirigido un determinado acto jurídico.

Debe distinguirse entre *finis operis* (aquello a lo que tiende de suyo el matrimonio o fin de la institución) y *finis operandis* (aquello que pretende el matrimonio o fines del agente).

De esta forma, los fines del matrimonio son siempre *operis*, pero el que contrae matrimonio puede que con el mismo busque otros fines *operandis*.

En el antiguo *Codex* de 1917 se hablaba de un fin primario, que era el de la procreación y educación de la prole, y de un fin secundario, que era el de la mutua ayuda y el remedio de la concupiscencia. Esta visión objetivista y excesivamente procreacionista del matrimonio fue objeto de numerosas críticas que trataban de destacar la dimensión personalistas del matrimonio. Resultado de las mismas fue la redefinición que del concepto de matrimonio hará el Concilio Vaticano II a través de su Constitución *Gaudium et Spes*, donde se pondrá de relieve su aspecto personalista. Las enseñanzas del Vaticano II serán recogidas en el nuevo Código de 1983, de modo que ya no se habla de fin primario y secundario ni de la jerarquía existente entre ambos. Es más, ni siquiera se habla propiamente de fines. El c. 1055 dice que el matrimonio se ordena por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole.

LAS PROPIEDADES ESENCIALES.

El c. 1056 afirma que las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento.

1.) Unidad.

En toda nuestra civilización occidental, el matrimonio es monógamo y fiel (matrimonio de un solo varón con una sola mujer) y se opone a la poliandria y a la poliginia. En definitiva, la unidad consiste en la imposibilidad de que una persona pueda contraer simultáneamente el vínculo conyugal con diversas personas.

2.) Indisolubilidad.

Consiste en la imposibilidad jurídica de disolver el vínculo conyugal, lo que debe diferenciarse de la separación, en donde los cónyuges, a pesar de no convivir juntos en virtud de razones legales o fácticas, siguen estando casados.

Se habla de *indisolubilidad intrínseca* (la imposibilidad de disolución del vínculo por la mera voluntad de los cónyuges, lo que no se admite ni en Derecho canónico ni en Derecho civil) y de *indisolubilidad extrínseca* (la imposibilidad de disolución matrimonial ni siquiera por la intervención de la autoridad competente). En el Derecho civil de la mayoría de los Estados se admite la disolución del matrimonio por la intervención de la autoridad competente mediante el divorcio. En el Ordenamiento canónico el único supuesto en que no cabe de ningún modo la disolución, ni siquiera extrínseca, es el del matrimonio rato o sacramental y consumado. Todos los demás supuestos (matrimonio rato y no consumado; matrimonio no rato y consumado; matrimonio no rato y no consumado) sí son susceptibles de disolución.

BIENES DEL MATRIMONIO.

Es una terminología que emplea actualmente la Rota Romana y otros tribunales, no recogida en el Código, y que procede de San Agustín, el cual condensó su doctrina sobre el matrimonio en torno al *tripartitum bonum prolis, fidei et sacramentum*.

- El bien de la prole (*Bonum prolis*): procreación y educación de los hijos.
- El bien de la fidelidad (*Bonum fidei*): implica la fidelidad entre los esposos y la unidad o monogamia.
- El bien de la indisolubilidad (*Bonum sacramenti*): se refiere a la insolubilidad y firmeza del matrimonio tanto de fieles como de infieles.

A estos tres bienes se le suele añadir un cuarto, que es el de la comunidad de vida y amor.

EFFECTOS DEL MATRIMONIO: 1) EN LOS CÓNUGES: EL VÍNCULO; IGUALDAD DE DERECHOS Y DEBERES. MUTUA AYUDA, FIDELIDAD, CONVIVENCIA. 2) EFFECTOS ENTRE CÓNUGES E HIJOS: EDUCACIÓN, PATRIA POTESTAD. 3) EN LOS HIJOS: LA FILIACIÓN.

1) Efectos en los cónyuges.

a.) El vínculo conyugal.

De todo matrimonio válido se origina entre los cónyuges un vínculo jurídico, o sea, una relación jurídica recíproca, constituida por el derecho y la obligación que cada cónyuge tiene respecto del otro en orden al consorcio de vida conyugal, o sea, de la comunidad de vida y amor. Este vínculo es por su propia naturaleza perpetuo y exclusivo si tenemos en cuenta el c. 1134, que nos dice que del matrimonio válido se origina entre los cónyuges un vínculo perpetuo y exclusivo por su misma naturaleza; además, en el matrimonio cristiano los cónyuges son fortalecidos y quedan como consagrados por un sacramento peculiar para los deberes y dignidad de su estado.

Este vínculo es la esencia del matrimonio en cuanto que por el mismo se procede a la mutua entrega y aceptación de los cónyuges y ambos quedan formalmente unidos. Además, se caracteriza porque constituye a dos personas de distinto sexo en la relación específica de marido y mujer.

Socialmente, el vínculo conyugal supone la relación interpersonal entre los cónyuges, y puede permanecer en los casos de separación (tanto en el Derecho civil como canónico). Sólo se rompe el vínculo por la muerte o la disolución.

b.) Derechos y obligaciones de los cónyuges.

El matrimonio reposa sobre la base de la igualdad fundamental de derechos y deberes entre el hombre y la mujer, igualdad que se deriva de la propia dignidad del ser humano, tal y como nos enseña el Vaticano II. De hecho, el art. 66 CC ya nos dice que el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes.

La comunidad de vida o consorcio de vida conyugal abarca a toda la vida en cuanto a intensidad, y se concreta en una serie de derechos y deberes:

- El derecho a la comunidad de vida, esto es, la entrega y aceptación mutua de los esposos como objeto del consentimiento matrimonial.
- El mutuo auxilio o la mutua ayuda, tanto espiritual como material. La convivencia conyugal o vida en común, salvo que les excuse una causa legítima.
- La fidelidad recíproca.

En este sentido, el art. 68 CC establece que los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse

fidelidad y socorrerse mutuamente, recogiendo los mismos elementos anteriormente citados.

2) Efectos entre cónyuges e hijos.

a.) Educación de la prole.

El **c. 1136** establece que: los padres tienen la obligación gravísima y el derecho primario de cuidar en la medida de sus fuerzas de la educación de la prole, tanto física, social y cultural como moral y religiosa. Esto constituye un efecto dimanante de uno de los fines del matrimonio, que es la generación, y en su caso, la educación de la prole, que no sólo se refiere a la sustentación física o material, sino también a la educación social y cultural, cívica, moral y religiosa.

b.) Patria potestad.

La patria potestad es el poder especial que tienen los padres o, en su defecto, quienes hagan sus veces en orden al ejercicio de sus funciones paternas. El Código parece remitir implícitamente esta materia a las prescripciones del ordenamiento civil.

Así, la persona menor o incapacitada está sujeta a la patria potestad de los padres o tutores, que es conjunta o compartida, se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y que comprende los deberes y facultades del **art. 154 CC**. Los hijos, por su parte, tienen los deberes a que se refiere el **art. 155 CC**.

En el ordenamiento canónico el contenido de la patria potestad es el siguiente:

- Facultad de elegir o designar padrinos en el bautismo y en la confirmación.
- Elegir rito.
- Elegir sepultura.
- Elegir domicilio.
- Aconsejar a los hijos menores que van a contraer matrimonio.
- Demandar y responder en juicio en nombre de los menores y de los que carecen de uso de razón.

3) Efectos en los hijos: la filiación.

La filiación es un hecho que da lugar a una relación jurídica entre padres e hijos, que puede ser por naturaleza o por adopción. Su fundamento es biológico. En este sentido, el Código civil establece algunas presunciones de paternidad en los **arts. 116 y 117**.

Antes, los hijos se clasificaban en legítimos o ilegítimos (según hubieran sido concebidos o nacidos de padres que en el momento de la concepción o nacimiento se encontraban unidos por matrimonio válido o putativo, o no), y éstos últimos en naturales o espúreos (adulterinos, sacrílegos, incestuosos y nefarios).

EFFECTOS MERAMENTE CIVILES. EL RÉGIMEN MATRIMONIAL ESPAÑOL.- REQUISITOS, TANTO EN DERECHO CIVIL COMO CANÓNICO, PARA QUE SURJA O NAZCA EL MATRIMONIO.

El actual régimen matrimonial en España se basa en el sistema de matrimonio civil facultativo, ya sea de tipo latino (en el caso de los matrimonios celebrados según las normas del Derecho canónico) o de tipo anglosajón (en el caso de los matrimonios celebrados según la forma protestante, islámica o judía, así como los matrimonios civiles).

El anterior sistema en España era el del matrimonio civil subsidiario.

Los requisitos, tanto en Derecho civil como canónico, para que surja el matrimonio, son tres:

- La habilidad o capacidad de las partes.
- El consentimiento válidamente prestado.
- La observancia de la forma jurídica legalmente establecida.

TEMA 4.

PRECEDENTES PARA CONTRAER MATRIMONIO.- LOS ESPONSALES EN EL DERECHO CANÓNICO Y CIVIL.

En la antigüedad y en nuestro tiempo también, en algunos países, antes de la celebración propiamente dicha del matrimonio suele existir un período más o menos largo en el que los futuros esposos hacen un compromiso público por el que se comprometen a casarse en un futuro más o menos lejano. En definitiva, los esponsales no son más que la promesa cierta y sincera de matrimonio realizada por dos personas (bilateral) o por una sola de ellas (unilateral).

El origen de los esponsales es muy antiguo, pues se encuentra entre los hebreos, griegos y romanos y otras culturas precristianas. La Iglesia aceptó esta tradicional costumbre despojándola de las supersticiones y le dio su bendición, pero siempre sin exigirse ninguna formalidad para su celebración. En la Edad Media, especialmente las *Decretales* de Graciano, recogieron los esponsales como negocio jurídico vinculante para las partes hasta el punto de que éstas podían exigir y urgir ante los tribunales el cumplimiento de lo pactado, es decir, la celebración del matrimonio.

El Concilio de Trento no reguló su celebración, por lo que en la práctica no se exigía una forma determinada, hasta 1907 en que Pío XI, con el decreto *Ne Temere*, exigió una forma escrita para su validez. En la actualidad, los esponsales son una institución en desuso.

El Código recoge los esponsales en el **c. 1062**, donde se nos dice que La promesa de matrimonio tanto unilateral, como bilateral a la que se llama esponsales, se rige por el derecho particular que haya establecido la Conferencia Episcopal, teniendo en cuenta las costumbres y las leyes civiles, si las hay. En su apartado segundo añade que La promesa de matrimonio no da origen a una acción para pedir la celebración del mismo; pero sí para el resarcimiento de daños, si en algún modo es debido.

De esta forma, como se ve, el Código remite la regulación de los esponsales a la Conferencia Episcopal de cada país. De esta manera se puede adaptar mejor a las costumbres y tradiciones de los diferentes pueblos. Advirtiéndole al mismo tiempo que la Conferencia Episcopal debe tener en cuenta las costumbres y las leyes civiles.

La Conferencia Episcopal española, en un decreto de 1987, estableció: Que tenga fuerza de ley canónica la legislación civil española, que regula los esponsales, tanto la del Código civil como la de los derechos forales. De esta forma, lo que se produce es una canonización de la legislación civil en esta materia, que viene recogida en los **arts 42 y 43 CC**.

Art. 42. La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración.

No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento.

Art. 43. El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.

El Código civil habla de daños patrimoniales, pero también estaría abierta la vía de los daños morales por la vía del **art. 1902 CC** de la culpa extracontractual.

EL EXPEDIENTE MATRIMONIAL CIVIL. FORMALIDADES Y SUPUESTOS ESPECIALES, TANTO PARA CONTRAER MATRIMONIO CIVIL COMO RELIGIOSO SEGÚN LAS CONFESIONES CON ACUERDO.

De acuerdo con el **art. 56 CC**: Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código.

Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por defectos o anomalías psíquicas, se exigirá un dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento.

De esta forma, el expediente prematrimonial se configura como una serie de formalidades que tienen por cometido comprobar y acreditar que los esposos reúnen los requisitos de capacidad para contraer matrimonio.

Hay que tener en cuenta la tramitación del expediente se debe realizar conforme a la legislación del Registro Civil, que no es otra que la **Ley del Registro Civil de 1957** y su **Reglamento de 1958**. A pesar de que la **Ley de 7 de julio de 1981** modificó el Código civil en materia matrimonial, la modificación del tema que nos ocupa se realizó por el **R. D. De 28 de agosto de 1986**, por el que se vienen a dar nueva redacción a los **arts. 238 y ss. RRC**.

De acuerdo con el **art. 240**, la iniciación del expediente tiene lugar con la presentación de un escrito, que será firmado por un testigo a ruego del contrayente que no pueda hacerlo, y en el que se contendrán:

- Las menciones de identidad, incluso la profesión de los contrayentes.
- En su caso, el nombre y apellidos del cónyuges o cónyuges anteriores y fecha de disolución del matrimonio.
- Una declaración de que no existe ningún impedimento para el matrimonio.
- La mención del Juez o Funcionario elegido, en su caso, para la celebración del matrimonio.
- Los pueblos en que hubiesen residido o estado domiciliados en los dos últimos años.

Con arreglo al **art. 241**, con el escrito anterior se presentará la prueba del nacimiento (certificado o partida de nacimiento) y, en su caso, la prueba de la disolución de los anteriores vínculos, la emancipación o la dispensa, que no prejuzga la inexistencia de otros impedimentos u obstáculos.

El **art. 238** establece la competencia del Juez Encargado (Juez de Primera Instancia) o de Paz o el Encargado del Registro Civil consular, correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayente, para la instrucción del expediente prematrimonial, que aplicará para ello el Código civil. Como resultado del expediente, se dictará auto en el que se autorizará o no el matrimonio. Si el resultado es desfavorable, contra el auto denegatorio cabe recurso gubernativo, que deberá resolver la Dirección Gral. de los Registros y el Notariado. Al tiempo de tramitarse el expediente, deberán publicarse edictos y proclamas para que las personas que tengan conocimiento de algún impedimento en la persona de alguno o ambos contrayentes lo pongan de manifiesto.

Si por cualquier causa el matrimonio se prolongara más allá de un año sin celebrarse, sería necesario realizar de nuevo el expediente prematrimonial.

La celebración del matrimonio civil sin la previa tramitación del expediente prematrimonial, al no

considerarse éste como un requisito o formalidad esencial, de conformidad con el **art. 78 CC** en relación con el **73 CC**, el matrimonio así celebrado no podría ser declarado nulo por defecto de forma.

Existen algunos supuestos especiales:

- El matrimonio secreto del **art. 54**: Cuando concurra causa grave suficientemente probada, el Ministro de Justicia podrá autorizar el matrimonio secreto. En este caso, el expediente se tramitará reservadamente, sin la publicación de edictos o proclamas.
- Los matrimonios celebrados por protestantes, judíos y musulmanes. En este caso, el art. 7 de los respectivos Acuerdos de cooperación entre el Estado y la FEREDE, CIE y FCI, establece los siguientes pasos. Se requiere la previa promoción del expediente matrimonial ante el encargado del Registro Civil para la acreditación de los requisitos de capacidad de cada contrayente. Cumplido este trámite, el encargado del Registro expedirá por duplicado a los contrayentes la oportuna certificación acreditativa de sus respectivas capacidades matrimoniales, que deberán ser entregadas al respectivo ministro de culto.

Para la validez civil del matrimonio, el consentimiento habrá de expresarse ante el ministro de culto oficiante de la ceremonia y, al menos, dos testigos mayores de edad, antes de que hayan pasado seis meses desde la expedición de la certificación de capacidad matrimonial. En otro caso, la doctrina mayoritaria entiende que no es que el matrimonio sea nulo, sino que es simplemente inexistente e irrelevante para el Estado, surtiendo únicamente sus efectos dentro de la confesión respectiva. Y ello porque cada Acuerdo autoriza los matrimonios celebrados en la forma religiosa en concreto a efectos civiles únicamente si cumplen escrupulosamente los requisitos establecido en el mismo.

Contraído el matrimonio, el ministro de culto extenderá en la certificación de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio, que contendrá los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos. Uno de los ejemplares de la certificación así diligenciada se remitirá, acto seguido, al encargado del Registro Civil competente para su inscripción, y el otro se conservará como acta de celebración en el archivo de la confesión de que se trate.

De acuerdo con la Instrucción del 10 de febrero de 1993, de la Dirección Gral. De los Registros y el Notariado, y como excepción, los musulmanes pueden contraer matrimonio en su forma religiosa directamente y sin necesidad del previo expediente matrimonial, que deberá diligenciarse posteriormente.

EL EXPEDIENTE MATRIMONIAL CANÓNICO PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO POR LA IGLESIA CATÓLICA REQUISITOS. LAS PROCLAMAS.

De acuerdo con el **c. 1067**: La Conferencia Episcopal establecerá normas sobre el examen de los contrayentes, así como sobre las proclamas matrimoniales u otros medios oportunos para realizar las investigaciones que deben necesariamente preceder al matrimonio, de manera que, diligentemente observadas, pueda el párroco asistir al matrimonio.

La Conferencia Episcopal Española, en su **Decreto de 26.11.1983 n. 12, (BCEE 1 [1983] 103)**, estableció que el expediente matrimonial incluyera el examen de los contrayentes y testigos, y ofreció un modelo orientativo; igualmente estableció la obligatoriedad de las proclamas orales al menos dos días de fiesta, donde hubiera costumbre, o escritas en las puertas de las parroquias durante quince días. Sólo después de cumplimentada esta investigación con resultado negativo, podrá asistirse lícitamente al matrimonio. Las proclamas se publican por edictos.

Es preciso aportar la partida o certificado de bautismo, que hace al matrimonio canónico lo que el certificado o partida de nacimiento al matrimonio civil.

Con arreglo al **c. 1066**, Antes de que se celebre el matrimonio, debe constar que nada se opone a su celebración válida y lícita, razón por la que si el matrimonio se celebra sin el expediente matrimonial previo, al no tratarse el canon anterior de una ley invalidante, el matrimonio así celebrado sería válido, aunque ilícito (Vid. **c. 10**).

Según el **c. 1115**, Se han de celebrar los matrimonios en la parroquia donde uno de los contrayentes tiene su domicilio o cuasidomicilio o ha residido durante un mes, o, si se trata de vagos, en la parroquia donde residen en ese momento; con licencia del Ordinario propio o del párroco propio se pueden celebrar en otro lugar. Además, Si realiza las investigaciones alguien distinto del párroco a quien corresponde asistir al matrimonio, comunicará cuanto antes su resultado al mismo párroco, mediante documento auténtico (c. 1070).

Por otro lado, según el **c. 1069**, Todos los fieles están obligados a manifestar al párroco o al Ordinario del lugar, antes de la celebración del matrimonio, los impedimentos de que tengan noticia.

La excepción de la obligación de tramitar del expediente prematrimonial, tanto canónico como civil, viene dada por el matrimonio en peligro de muerte.

Así, según el **art. 52 CC**, puede autorizar el matrimonio del que se halle en peligro de muerte:

1§. El Juez encargado del Registro Civil, el delegado o el Alcalde, aunque los contrayentes no residan en la circunscripción respectiva.

2§. En defecto del Juez, y respecto de los militares en campaña, el Oficial o Jefe superior inmediato.

3§. Respecto de los matrimonios que se celebren a bordo de nave o aeronave, el Capitán o Comandante de la misma.

Además, el último párrafo del mismo artículo establece que este matrimonio no requerirá para su autorización la previa formación de expediente, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad, salvo imposibilidad acreditada. De esta manera, este matrimonio puede celebrarse incluso sin la comparecencia de testigos.

También el **c. 1068** lo recoge estableciendo que En peligro de muerte, si no pueden conseguirse otras pruebas, basta, a no ser que haya indicios en contra, la declaración de los contrayentes, bajo juramento según los casos, de que están bautizados y libres de todo impedimento. Por peligro de muerte no hay que entender inminencia de la muerte o persona moribunda, sino aquella situación en la que la persona tiene tantas posibilidades de morir como de sobrevivir.

LOS MATRIMONIOS MIXTOS.

En **sentido amplio** se entiende por matrimonio mixto aquél celebrado entre una parte bautizada católica y la otra acatólica, sea o no bautizada. En este caso, se está haciendo referencia al impedimento de disparidad de cultos.

En **sentido estricto**, comprende el matrimonio celebrado entre dos personas bautizadas, una de las cuales haya sido bautizada en la Iglesia católica o recibida en ella después del bautismo y no se haya apartado de ella mediante acto formal, y otra adscrita a una Iglesia o comunidad eclesial que no es halle en comunión plena con la Iglesia católica.

Los requisitos y licencias que a continuación se estudiarán son de aplicación tanto al matrimonio con disparidad de cultos como a los matrimonios mixtos. En el primer supuesto, además de la correspondiente licencia, será precisa la dispensa del impedimento de disparidad de cultos.

El c. 1124 establece el principio general de que está prohibido, sin licencia expresa de la autoridad competente, el matrimonio mixto en su sentido estricto. El supuesto, por tanto, es:

- Persona católica, por bautismo o recepción posterior y que no la haya abandonado mediante un acto formal.
- Persona cristiana no católica, o sea, persona adscrita a una Iglesia o comunidad eclesial que no está en comunión plena con la Iglesia católica.

Según el c. 1125, referido a la licencia a que nos hemos referido antes:

Si hay una causa justa y razonable, el Ordinario del lugar puede conceder esta licencia; pero no debe otorgarla si no se cumplen las condiciones que siguen:

1.º que la parte católica declare que está dispuesta a evitar cualquier peligro de apartarse de la fe, y prometa sinceramente que hará cuanto le sea posible para que toda la prole se bautice y se eduque en la Iglesia católica;

2.º que se informe en su momento al otro contrayente sobre las promesas que debe hacer la parte católica, de modo que conste de que es verdaderamente consciente de la promesa y de la obligación de la parte católica;

3.º que ambas partes sean instruidas sobre los fines y propiedades esenciales del matrimonio, que no pueden ser excluidos por ninguno de los dos.

En cuanto al modo de realizar las declaraciones y promesas antes mencionadas, según el c. 1126, corresponde a la Conferencia Episcopal determinar el modo según el cual han de hacerse estas declaraciones y promesas, que son siempre necesarias, como la manera de que quede constancia de las mismas en el fuero externo y de que se informe a la parte no católica. En España, según lo dispuesto por las normas dictadas por la Conferencia Episcopal Española el 25 de enero de 1971, las promesas y declaraciones han de hacerse por escrito y dicho escrito deber ser incorporado al expediente prematrimonial.

Por lo que atañe a la forma de celebración del matrimonio, el principio general es que todo matrimonio en donde haya una parte católica, por tanto también los matrimonios mixtos, debe casarse en forma canónica, ordinaria o extraordinaria.

En primer lugar, se admite la dispensa de la forma canónica, que corresponde otorgarla al Ordinario del lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos (c. 1127,2):

- Si existen graves dificultades para observar la forma canónica (p. ej., la oposición radical de los familiares del contrayente no católico para que no contraiga matrimonio en forma canónica).
- Previa consulta en cada caso al ordinario del lugar en que se celebra el matrimonio.
- Empleando para la validez alguna forma pública, ya sea civil, ya religiosa.

En estos casos el matrimonio, aun habiendo sido celebrado en forma distinta de la canónica, es también un matrimonio canónico; de ahí que pueda decirse que se produce una verdadera recepción canónica o canonización de la forma aceptada.

En segundo lugar, el c. 1127,1 indica que si se trata de contraer matrimonio entre una parte católica con otra no católica de rito oriental, se requiere para su validez la intervención de un ministro sagrado. La forma canónica, en este caso, sólo se precisa para su licitud.

Por último, con arreglo al c. 1127,3, se prohíbe que antes o después de la celebración canónica a tenor del apartado primero, haya otra celebración religiosa del mismo matrimonio para prestar o renovar el consentimiento matrimonial; asimismo, no debe hacerse una ceremonia religiosa en la cual juntos el asistente católico y el ministro no católico y realizando cada uno de ellos su propio rito, pidan el consentimiento de los contrayentes.

NECESIDAD DE LA LICENCIA ESPECIAL DEL ORDINARIO EN LOS CASOS DEL CANON 1071.

El **c. 1071** recoge lo que en el antiguo *Codex* se denominaban impedimentos impeditentes. En dicho canon se recogen siete supuestos distintos en donde, excepto en caso de necesidad, se precisa de la licencia del Ordinario para asistir al matrimonio. Se tratan de supuestos que no permiten una interpretación extensiva y cuya característica común es la existencia de una cierta previsión en cada uno de los supuestos de que pueden faltar elementos necesarios para la válida celebración del matrimonio, y/o se intenta que el matrimonio en forma canónica se celebre cumpliendo su propio contenido.

Esta licencia contemplada en este canon no se requiere para la validez del matrimonio, sino sólo para su licitud. De tal suerte que si el párroco no la solicitara o se la denegaran, y aun así persistiera en su voluntad de asistir al matrimonio de esa pareja que presenta un caso especial, ese matrimonio sería válido, pero ilícito. Esta prohibición afecta al asistente al matrimonio y a la licitud del matrimonio, pudiéndose prescindir de la licencia sólo en caso de necesidad.

Los casos son los siguientes:

- **Matrimonio de vagos.**

El motivo está en la mayor dificultad de comprobar la veracidad de los datos que se aportan, ya que estamos ante personas carentes de un domicilio o cuasidomicilio conocido.

- **Matrimonio que no puede ser reconocido o celebrado según la ley civil.**

Se trata del caso de un matrimonio canónico que el Estado no reconoce, no le da plena eficacia civil. Esta norma pretende evitar perjuicios a los fieles cristianos, que, tras un matrimonio canónico, descubren que el Estado no inscribe su matrimonio. Suelen ser los casos de un matrimonio civil celebrado por aquéllos que están obligados a contraerlo en forma canónica (uno o dos bautizados), matrimonio que para la Iglesia no es válido (precisamente por venir obligados sus contrayentes a celebrarlo en forma canónica y no hacerlo), y en donde uno de los cónyuges decide contraer matrimonio canónico con otra persona distinta más tarde y sin que su matrimonio civil haya sido previamente disuelto. En este caso, el segundo matrimonio celebrado canónicamente, al producir también plenos efectos civiles, colisionaría con el previo matrimonio civil no disuelto. En definitiva, con esta norma se trata de evitar colisiones innecesarias con la ley civil.

- **Matrimonio de quien esté sujeto a obligaciones naturales nacidas de una unión precedente, hacia la otra parte o hacia los hijos de esa unión.**

Aquí se trata no sólo de las uniones heterosexuales no legalizadas jurídicamente, sino también del matrimonio civil de los obligados al canónico.

- **Matrimonio de quien notoriamente hubiera abandonado la fe católica.**

Se trata del matrimonio de quienes públicamente abandonan la fe católica, ya que sería un contrasentido que alguien que ha abandonado la fe católica, aun siendo bautizado, contraiga matrimonio canónico en tanto es de prever que no cumplirá con las obligaciones nacidas del mismo.

- **Matrimonio de quien esté incurso en una censura.**

Se trata del caso de un matrimonio en donde uno de los contrayentes esté incurso en censura, ya sea o no conocida por los demás. Es lógico, ya que uno de los efectos de la censura es precisamente la prohibición de celebrar y recibir los sacramentos.

- **Matrimonio de un menor de edad, si sus padres lo ignoran o se oponen razonablemente.**

Por menor de edad se entiende quien no ha cumplido todavía los dieciocho años de edad, por lo que todavía no ha alcanzado el pleno ejercicio de sus derechos. La razón de esta prohibición está en que se viola la reverencia debida a los padres y en que se despreja el asesoramiento de los mismos que son los naturales y mejores consejeros de sus hijos. Ahora bien, esta licencia sólo hace falta cuando los padres se oponen de forma razonable. Es desde el bien del hijo desde donde se ha de medir la racionalidad de una oposición.

- **Matrimonio por procurador.**

En estos casos se trata de, mediante la licencia del Ordinario, comprobar si en este tipo de matrimonios existe algún hecho que atente contra la validez o licitud del matrimonio.

PROHIBICIONES LEGALES PARA CONTRAER, SEGÚN LOS CC. 1077 Y 1684, Y ALCANCE DE LAS MISMAS.

Todas las prohibiciones legales que vamos a estudiar tienen como común denominador la exigencia de licencia previa del Ordinario, pero cuya omisión no implica nunca la invalidez del matrimonio, sino en todo caso la ilicitud.

De acuerdo con el c. 1077:

1. Puede el Ordinario del lugar prohibir en un caso particular el matrimonio a sus propios súbditos, donde quieran que residan y todos los que de hecho moren dentro de su territorio, pero sólo temporalmente, por causa grave y mientras ésta dure.

2. Sólo la autoridad suprema de la Iglesia puede añadir a esta prohibición una cláusula dirimente.

No estamos ante la existencia de un impedimento en cuanto que prohibición legal de contraer, sino de determinadas prohibiciones temporales para casos particulares, ya que el Ordinario carece de potestad para establecer impedimentos dirimentes, competencia exclusiva que el Código consagra a favor de la autoridad suprema de la Iglesia.

La causa grave que motiva el veto debe ser enjuiciada por el Ordinario según su discrecionalidad, y mientras dure la misma se mantiene la prohibición, que como ya hemos señalada sólo afecta a la licitud.

De acuerdo con el c. 1684:

1. Cuando la sentencia que por vez primera declaró la nulidad de un matrimonio ha sido confirmada en grado de apelación mediante decreto o nueva sentencia, aquellos cuyo matrimonio ha sido declarado nulo pueden contraer nuevas nupcias a partir del momento en el que se les ha notificado el decreto o la nueva sentencia, a no ser que esto se prohíba por un veto incluido en la sentencia o decreto, o establecido por el Ordinario del lugar.

2. Las prescripciones del c. 1644 han de observarse aunque la sentencia que declaraba la nulidad del matrimonio hubiera sido confirmada no con otra sentencia, sino mediante decreto.

Como es sabido, para que sea posible la eficacia de la nulidad matrimonial canónica, es preciso que exista una doble sentencia en el mismo sentido, ya esté confirmada mediante decreto o nueva sentencia. Pues bien, a partir del momento en que el interesado tiene conocimiento de dicha resolución, podrá contraer nuevas nupcias. Pero aquí yace la excepción, y es que en dicha sentencia o decreto se prohíba, por un veto incluido en la resolución, o mediante la correspondiente prohibición del Ordinario del lugar, la celebración de dichas segundas nupcias por el interesado.

Su fundamento radica en la posibilidad de que se pueda contraer un nuevo matrimonio nulo. Así, por ejemplo, si una persona pide la nulidad de su matrimonio por causa de exclusión de una de las propiedades esenciales del matrimonio en el momento de su celebración, y mediante el correspondiente proceso se consigue demostrar que tal afirmación es cierta, en este caso, se presume que si esa persona actuó de la manera demostrada en el primer matrimonio, en la celebración de segundas nupcias actuará de igual modo, por lo que se procede a imponer un veto de cautela. De igual modo se procedería, por ejemplo, en el caso de que la causa de nulidad del primer matrimonio fuera debida a la falta de madurez del contrayente que pretende contraer un segundo matrimonio.

El veto no supone una prohibición absoluta de contraer, que en caso de duda debe ceder ante el derecho natural de toda persona a contraer matrimonio.

EXCEPCIONES A LA NECESIDAD DEL EXPEDIENTE PREVIO.

La excepción de la obligación de tramitar del expediente prematrimonial, tanto canónico como civil, viene dada por el matrimonio en peligro de muerte.

Así, según el **art. 52 CC**, puede autorizar el matrimonio del que se halle en peligro de muerte:

1§. El Juez encargado del Registro Civil, el delegado o el Alcalde, aunque los contrayentes no residan en la circunscripción respectiva.

2§. En defecto del Juez, y respecto de los militares en campaña, el Oficial o Jefe superior inmediato.

3§. Respecto de los matrimonios que se celebren a bordo de nave o aeronave, el Capitán o Comandante de la misma.

Además, el último párrafo del mismo artículo establece que este matrimonio no requerirá para su autorización la previa formación de expediente, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad, salvo imposibilidad acreditada. De esta manera, este matrimonio puede celebrarse incluso sin la comparecencia de testigos.

También el **c. 1068** lo recoge estableciendo que En peligro de muerte, si no pueden conseguirse otras pruebas, basta, a no ser que haya indicios en contra, la declaración de los contrayentes, bajo juramento según los casos, de que están bautizados y libres de todo impedimento. Por peligro de muerte no hay que entender inminencia de la muerte o persona moribunda, sino aquella situación en la que la persona tiene tantas posibilidades de morir como de sobrevivir.

TEMA 5.

LA CAPACIDAD DE LAS PARTES. INHABILIDAD E INCAPACIDAD. NOCIÓN DE IMPEDIMENTO. NATURALEZA JURÍDICA.

En nuestro tiempo, el *ius connubii* se refiere al derecho que toda persona tiene a contraer matrimonio, lo que no debe ser considerado como una invención del Derecho canónico en tanto viene recogido en las distintas

declaraciones internacionales de derechos humanos, en nuestro texto constitucional en su **art. 32** (1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. / 2. La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos), y en su desarrollo, en nuestro Código civil en su **art. 44** (El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código), introducido por la Ley 30/1981, de 7 de julio. En el Ordenamiento canónico dicho derecho viene reconocido en el **c. 1058**, donde se dispone que Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe.

Hay que decir también que mientras que la Constitución, y ello con independencia de que el *ius connubii* venga conectado con las declaraciones de derechos humanos ratificadas por España en relación con lo dispuesto en el art. 10.2 CE, considera al derecho de contraer matrimonio como un derecho constitucional, por lo que carece de la tutela que el ordenamiento dispensa a los derechos de rango fundamental, el Ordenamiento canónico considera que estamos ante un derecho fundamental e innato a toda persona. En uno u otro caso, y aunque varíen las garantías institucionales o jurídicas del mismo, la plasmación jurídica de este derecho lleva claramente consigo el que sólo de manera excepcional puedan establecerse limitaciones al ejercicio del mismo, que, por supuesto, es voluntario y libre. Entre las limitaciones a este derecho destacan los impedimentos, que vienen contemplados por todos los ordenamientos jurídicos con una mayor o menor amplitud y que, por ser restricciones a un derecho fundamental de la persona, deben justificarse en motivaciones fundadas en el bien común o de la persona o de la misma institución y deben ser interpretados siempre en sentido estricto, por lo que no cabe la creación de nuevos impedimentos por analogía.

En cuanto al concepto de impedimento, hay que diferenciar un concepto amplio y otro estricto del mismo. Así, en un sentido amplio, por impedimento se entiende *todo aquello que supone un obstáculo para la válida y lícita celebración del matrimonio*, mientras que en un sentido estricto, por tal entendemos *aquella circunstancia inherente a la persona que se opone a la válida celebración del matrimonio y lleva consigo una prohibición de contraer*.

De esta forma, cuando nos encontramos ante un impedimento debemos atender tanto a la *circunstancia o hecho concreto*, natural o jurídico, que es la base del mismo, y al *elemento jurídico* o la ley que, fundándose en dicha circunstancia personal, prohíbe el matrimonio a la persona o persona afectadas.

El Código de 1917 entendía los impedimentos en su sentido amplio, esto es, como *todo aquello que supone un obstáculo para la válida y lícita celebración del matrimonio*, distinguiéndose entre impedimentos dirimentes (cuya inobservancia provocaba la invalidez del matrimonio) e impedientes (cuya inobservancia provocaba la ilicitud del matrimonio). Por el contrario, el actual Código acoge un concepto más estricto de impedimento en tanto que posibilita, aunque no absolutamente estricto, ya que, por ejemplo, se contempla entre los impedimentos el de la impotencia antecedente, lo que más bien podría ser considerado como una incapacidad o circunstancia personal basada en una falta de capacidad

Llegados a este punto debemos diferenciar entre *inhabilidad* (prohibición legal basada en una cualidad personal) e *incapacidad* (cuando uno o ambos contrayentes no pueden aportar algún elemento esencial constitutivo del matrimonio; vid. **c. 1095**).

En cuanto a la naturaleza jurídica de los impedimentos, decir que para la válida celebración del matrimonio se requiere: personas hábiles (sin impedimentos), consentimiento válidamente prestado y forma jurídica. De esta forma, los impedimentos son prohibiciones de contraer matrimonio.

Podemos efectuar una clasificación de los impedimentos:

1.) Por razón del origen o fuente.

- De derecho divino, natural o positivo.

- De derecho humano, eclesiástico o civil (éstos pueden ser dispensados, a diferencia de los primeros).

2.) Por razón de su eficacia.

- Dirimentes
- Impedientes (desaparecidos en el actual Código, aunque con una reminiscencia de los mismos posiblemente en el Derecho de la Conferencia Episcopal española que eleva el impedimento de edad a los dieciocho años, ya que su incumplimiento hace ilícito el matrimonio).

3.) Por razón de su dispensa.

- Dispensables (los de derecho humano) o no dispensables (los de derecho divino).

4.) Por razón de su ámbito.

- Absolutos (cuando impiden el matrimonio frente a todas las personas, o dicho de otro modo, cuando lo anulan *erga omnes*).
- Relativos (impiden el matrimonio *erga aliquos*).

5.) Por su duración.

- Perpetuos (los hechos en que se basan permanecen siempre).
- Temporales (la edad).

6.) Por razón de su voluntariedad.

- Voluntarios o necesarios, según que el hecho fundante dependa o no de la voluntad de las personas.

7.) Por razón de su certeza.

- Ciertos.
- Dudosos.
- Duda de hecho (cuando no aparece clara la existencia del hecho en que se funda).
- Duda de derecho (cuando no aparece clara la existencia o sentido de la ley).
- Duda de hecho y de derecho.

8.) Por razón de su publicidad (según puedan probarse o no en el fuero interno).

- Públicos.
- Ocultos.

QUIÉN LOS ESTABLECE.

En principio, los establece la autoridad suprema de la Iglesia a tenor de lo que nos dice el **c. 1075** (1. Compete de modo exclusivo a la autoridad suprema de la Iglesia declarar auténticamente cuándo el derecho divino prohíbe o dirime el matrimonio. / 2. Igualmente, sólo la autoridad suprema tiene el derecho a establecer otros impedimentos respecto de los bautizados), que puesto en relación con el **c. 330** nos indica que será tanto el Romano Pontífice como el Colegio Cardenalicio.

CLASES, TANTO EN EL ORDENAMIENTO CIVIL COMO EN EL CANÓNICO. ENUMERACIÓN DE LOS IMPEDIMENTOS EN AMBOS ORDENAMIENTOS.

Los impedimentos canónicos se enumeran en el **c.1083 y ss.**:

- 1.- La edad.
- 2.- Impotencia antecedente y perpetua.
- 3.- Ligamen o vínculo matrimonial previo.
- 4.- Órdenes sagradas recibidas.
- 5.- Voto público perpetuo de castidad en instituto religioso.
- 6.- Disparidad de cultos.
- 7.- Rapto y crimen.
- 8.- Consanguinidad. Afinidad. Pública honestidad. Parentesco legal o adopción.

Los impedimentos civiles se regulan en los **arts. 46 y 47 CC**, en relación con el **73**, que declara nulo al matrimonio celebrado por personas en quienes concurra alguno de los impedimentos recogidos en los dos artículos anteriores:

- Menores de edad no emancipados.
- Ligamen o vínculo matrimonial previo.
- Parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción.
- Colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.
- Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.

Como se ve, los impedimentos canónicos y civiles son prácticamente idénticos, salvo algunas excepciones:

- El Ordenamiento civil no contempla como impedimento ninguna circunstancia personal con raíz o base confesional, por aplicación de los arts. 16 y 14 de la Constitución, con lo que no cabe el impedimento de orden sagrado, de voto público y solemne en instituto religioso ni de disparidad de cultos.
- Algunos impedimentos tienen un mayor alcance en el Ordenamiento canónico que en el civil por la propia concepción del matrimonio que tiene aquél (parentesco, pública honestidad, afinidad, etc.).
- Existe un impedimento basado en una incapacidad, como es el de la impotencia, que no contempla el Ord. Civil.
- El Ord. canónico contempla tanto el impedimento de rapto como el de crimen, mientras que el Código civil sólo habla de éste último.

ANÁLISIS DE LOS MISMOS: 1) POR INCAPACIDAD FÍSICA: EDAD.

El **c. 1083** dispone que:

1. No puede contraer matrimonio válido el varón antes de los dieciséis años cumplidos; ni la mujer antes de los catorce, también cumplidos.
2. Puede la Conferencia Episcopal establecer una edad superior, para la celebración lícita del matrimonio.

Para el cómputo de la edad ha de tenerse en cuenta el **c. 203**, que establece que el día de nacimiento no se

cuenta y el tiempo termina al acabar el último del mismo número.

En cuanto a su naturaleza, estamos ante un impedimento absoluto, cesable por el paso del tiempo, de Derecho eclesiástico, y en parte de Derecho natural. Por lo tanto, cabe ser dispensado por el ordinario del lugar.

La Conferencia Episcopal española, en virtud del apartado segundo del antecitado canon, y por Decreto General de 26 de noviembre de 1983, estableció en su art. 11 una elevación de la edad para contraer matrimonio hasta los dieciocho años, tanto para el varón como para la mujer.

IMPOTENCIA. NOCIONES Y CLASES. CONDICIONES PARA QUE CONSTITUYA IMPEDIMENTO. IMPOTENCIA Y ESTERILIDAD. TEORÍAS SOBRE LA CÓPULA. EL DECRETO DE LA CONGREGACIÓN DE LA FE DEL 13 DE MAYO DE 1977 (A.A.S. DEL 31 DE JULIO DE 1977), Y PROBLEMAS QUE PLANTEA. CASOS CLAROS DE IMPOTENCIA TANTO EN EL VARÓN COMO EN LA MUJER.

Aunque el Código no nos da ninguna definición de impotencia, sin embargo, nos da elementos suficientes para elaborar una noción del impedimento de impotencia:

- El **c. 1055** nos dice que el matrimonio está ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la *generación y educación de la prole*.
- El **c. 1061** llama matrimonio rato y consumado cuando entre los cónyuges se ha realizado de modo humano el acto conyugal, apto de por sí para engendrar la prole a la que el matrimonio se ordena.
- El **c. 1084**, en su número 3, nos dice que la esterilidad no prohíbe ni dirime el matrimonio.

Con estos presupuestos, podemos definir la impotencia como la prohibición legal de contraer matrimonio basada en la incapacidad fisiológica para realizar de modo humano el acto conyugal al que el matrimonio se ordena por su misma índole natural. Consecuentemente, será potente el varón si es capaz de erección, penetración y eyaculación en la vagina de la mujer. Será potente la mujer si es capaz de recibir directamente en la vagina lo eyaculado por el varón.

En este sentido, hay que distinguir entre *potentia coeundi* (impotencia en tanto que incapacidad para realizar el acto conyugal) y *potentia generandi* (esterilidad o incapacidad para generar descendencia). El impedimento de impotencia, por lo tanto, sólo se refiere a la primera de ellas, ya que la esterilidad sólo puede conllevar la nulidad del matrimonio para el caso de que se ocultara dolosamente y, lógicamente, este punto fuera probado.

Para determinar la naturaleza de este impedimento, la doctrina canonística ha venido elaborando una serie de teorías con base, sobre todo, a la situación que tuvo lugar en la Alemania nacionalsocialista tras la masiva esterilización de millones de personas. Estas teorías han sido tres:

A. Teoría de la cópula fecundativa.

Según los partidarios de esta teoría, se deben poseer, tanto por parte del varón como de la mujer, todos aquellos órganos necesarios para que sea posible la realización del acto conyugal y se pueda permitir la generación.

B. Teoría de la cópula saciativa o cognoscitiva.

Sus partidarios sólo exigen la mera realización del acto conyugal de modo humano (sin estimulantes, profilácticos, etc.).

C. Teoría del *verum semen* o semen verdadero.

Se exige, al amparo de esta teoría, no sólo la realización del acto conyugal de modo humano, sino que el varón sea capaz de eyacular semen elaborado en los testículos, esto es, semen verdadero.

Sobre el alcance de este impedimento, es importante destacar el Decreto de la Sagrada Congregación de la Fe del 13 de mayo de 1977, por el que se tratan de resolver dos cuestiones principales: a.) ¿es necesario para que exista impotencia que ésta sea antecedente, cierta y perpetua?; b.) ¿es necesario que exista verdadero semen?.

A la primera cuestión la Congregación contestará afirmativamente, lo que se refleja en el **c. 1084**, mientras que a la segunda lo hace de forma negativa, con lo que sólo se admite la teoría de la cópula saciativa y se rechazan las otras dos, dejando la puerta abierta de la potencia sexual a los vasectomizados.

Este decreto plantea una cierta problemática en lo que atañe a su aplicación o no retroactiva. En este sentido, como el impedimento de impotencia tiene su raíz en la naturaleza del matrimonio, si hasta en un momento determinado en el tiempo existe una interpretación restrictiva del mismo y si, posteriormente, dicha interpretación cambia en cuanto se conoce con mayor exactitud las consecuencias de la naturaleza en que se basa el matrimonio, cabría la aplicación retroactiva.

El régimen actual de la impotencia, para que constituya impedimento, debe reunir los requisitos de: antecedente, cierta y perpetua. No es posible su dispensa por provenir de la misma naturaleza del matrimonio.

En cuanto a los casos claros de impotencia femenina y masculina, tenemos los siguientes:

A/ Defectos en los órganos femeninos:

- Carencia de vagina.
- Vagina artificial
- Vagina infantil.
- Vaginismo o irritación que experimenta la mujer al más leve contacto con el pene. Sólo constituye impotencia si es incurable.

B/ Defectos en los órganos masculinos:

- Ausencia de testículos o anorquidia.
- Carencia total de pene.
- Infantilismo o paralización del desarrollo del pene, depende.
- Elefantiasis o pene excesivamente grande que no sirve para penetrar a ciertas mujeres.
- Frigidez o anafrodisia.
- Afrodisia o exceso de excitación que provoca la eyaculación precoz.
- Cuando el orificio del pene no está en el extremo sino en la base del mismo.

TEMA 5.

LA CAPACIDAD DE LAS PARTES. INHABILIDAD E INCAPACIDAD. NOCIÓN DE IMPEDIMENTO. NATURALEZA JURÍDICA.

En nuestro tiempo, el *ius connubii* se refiere al derecho que toda persona tiene a contraer matrimonio, lo que no debe ser considerado como una invención del Derecho canónico en tanto viene recogido en las distintas declaraciones internacionales de derechos humanos, en nuestro texto constitucional en su **art. 32** (1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. / 2. La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos), y en su desarrollo, en nuestro Código civil en su **art. 44** (El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código), introducido

por la Ley 30/1981, de 7 de julio. En el Ordenamiento canónico dicho derecho viene reconocido en el c. 1058, donde se dispone que Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe.

Hay que decir también que mientras que la Constitución, y ello con independencia de que el *ius connubii* venga conectado con las declaraciones de derechos humanos ratificadas por España en relación con lo dispuesto en el art. 10.2 CE, considera al derecho de contraer matrimonio como un derecho constitucional, por lo que carece de la tutela que el ordenamiento dispensa a los derechos de rango fundamental, el Ordenamiento canónico considera que estamos ante un derecho fundamental e innato a toda persona. En uno u otro caso, y aunque varíen las garantías institucionales o jurídicas del mismo, la plasmación jurídica de este derecho lleva claramente consigo el que sólo de manera excepcional puedan establecerse limitaciones al ejercicio del mismo, que, por supuesto, es voluntario y libre. Entre las limitaciones a este derecho destacan los impedimentos, que vienen contemplados por todos los ordenamientos jurídicos con una mayor o menor amplitud y que, por ser restricciones a un derecho fundamental de la persona, deben justificarse en motivaciones fundadas en el bien común o de la persona o de la misma institución y deben ser interpretados siempre en sentido estricto, por lo que no cabe la creación de nuevos impedimentos por analogía.

En cuanto al concepto de impedimento, hay que diferenciar un concepto amplio y otro estricto del mismo. Así, en un sentido amplio, por impedimento se entiende *todo aquello que supone un obstáculo para la válida y lícita celebración del matrimonio*, mientras que en un sentido estricto, por tal entendemos *aquella circunstancia inherente a la persona que se opone a la válida celebración del matrimonio y lleva consigo una prohibición de contraer*.

De esta forma, cuando nos encontramos ante un impedimento debemos atender tanto a la *circunstancia o hecho concreto*, natural o jurídico, que es la base del mismo, y al *elemento jurídico* o la ley que, fundándose en dicha circunstancia personal, prohíbe el matrimonio a la persona o persona afectadas.

El Código de 1917 entendía los impedimentos en su sentido amplio, esto es, como *todo aquello que supone un obstáculo para la válida y lícita celebración del matrimonio*, distinguiéndose entre impedimentos dirimentes (cuya inobservancia provocaba la invalidez del matrimonio) e impedientes (cuya inobservancia provocaba la ilicitud del matrimonio). Por el contrario, el actual Código acoge un concepto más estricto de impedimento en tanto que posibilita, aunque no absolutamente estricto, ya que, por ejemplo, se contempla entre los impedimentos el de la impotencia antecedente, lo que más bien podría ser considerado como una incapacidad o circunstancia personal basada en una falta de capacidad

Llegados a este punto debemos diferenciar entre *inhabilidad* (prohibición legal basada en una cualidad personal) e *incapacidad* (cuando uno o ambos contrayentes no pueden aportar algún elemento esencial constitutivo del matrimonio; vid. c. 1095).

En cuanto a la naturaleza jurídica de los impedimentos, decir que para la válida celebración del matrimonio se requiere: personas hábiles (sin impedimentos), consentimiento válidamente prestado y forma jurídica. De esta forma, los impedimentos son prohibiciones de contraer matrimonio.

Podemos efectuar una clasificación de los impedimentos:

1.) Por razón del origen o fuente.

- De derecho divino, natural o positivo.
- De derecho humano, eclesiástico o civil (éstos pueden ser dispensados, a diferencia de los primeros).

2.) Por razón de su eficacia.

- Dirimentes

- Impedientes (desaparecidos en el actual Código, aunque con una reminiscencia de los mismos posiblemente en el Derecho de la Conferencia Episcopal española que eleva el impedimento de edad a los dieciocho años, ya que su incumplimiento hace ilícito el matrimonio).

3.) Por razón de su dispensa.

- Dispensables (los de derecho humano) o no dispensables (los de derecho divino).

4.) Por razón de su ámbito.

- Absolutos (cuando impiden el matrimonio frente a todas las personas, o dicho de otro modo, cuando lo anulan *erga omnes*).
- Relativos (impiden el matrimonio *erga aliquos*).

5.) Por su duración.

- Perpetuos (los hechos en que se basan permanecen siempre).
- Temporales (la edad).

6.) Por razón de su voluntariedad.

- Voluntarios o necesarios, según que el hecho fundante dependa o no de la voluntad de las personas.

7.) Por razón de su certeza.

- Ciertos.
- Dudosos.
- Duda de hecho (cuando no aparece clara la existencia del hecho en que se funda).
- Duda de derecho (cuando no aparece clara la existencia o sentido de la ley).
- Duda de hecho y de derecho.

8.) Por razón de su publicidad (según puedan probarse o no en el fuero interno).

- Públicos.
- Ocultos.

QUIÉN LOS ESTABLECE.

En principio, los establece la autoridad suprema de la Iglesia a tenor de lo que nos dice el **c. 1075** (1. Compete de modo exclusivo a la autoridad suprema de la Iglesia declarar auténticamente cuándo el derecho divino prohíbe o dirime el matrimonio. / 2. Igualmente, sólo la autoridad suprema tiene el derecho a establecer otros impedimentos respecto de los bautizados), que puesto en relación con el **c. 330** nos indica que será tanto el Romano Pontífice como el Colegio Cardenalicio.

CLASES, TANTO EN EL ORDENAMIENTO CIVIL COMO EN EL CANÓNICO. ENUMERACIÓN DE LOS IMPEDIMENTOS EN AMBOS ORDENAMIENTOS.

Los impedimentos canónicos se enumeran en el **c.1083 y ss.:**

1.– La edad.

2.– Impotencia antecedente y perpetua.

- 3.- Ligamen o vínculo matrimonial previo.
- 4.- Órdenes sagradas recibidas.
- 5.- Voto público perpetuo de castidad en instituto religioso.
- 6.- Disparidad de cultos.
- 7.- Rapto y crimen.
- 8.- Consanguinidad. Afinidad. Pública honestidad. Parentesco legal o adopción.

Los impedimentos civiles se regulan en los **arts. 46 y 47 CC**, en relación con el **73**, que declara nulo al matrimonio celebrado por personas en quienes concurra alguno de los impedimentos recogidos en los dos artículos anteriores:

- Menores de edad no emancipados.
- Ligamen o vínculo matrimonial previo.
- Parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción.
- Colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.
- Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.

Como se ve, los impedimentos canónicos y civiles son prácticamente idénticos, salvo algunas excepciones:

- El Ordenamiento civil no contempla como impedimento ninguna circunstancia personal con raíz o base confesional, por aplicación de los arts. 16 y 14 de la Constitución, con lo que no cabe el impedimento de orden sagrado, de voto público y solemne en instituto religioso ni de disparidad de cultos.
- Algunos impedimentos tienen un mayor alcance en el Ordenamiento canónico que en el civil por la propia concepción del matrimonio que tiene aquél (parentesco, pública honestidad, afinidad, etc.).
- Existe un impedimento basado en una incapacidad, como es el de la impotencia, que no contempla el Ord. Civil.
- El Ord. canónico contempla tanto el impedimento de rapto como el de crimen, mientras que el Código civil sólo habla de éste último.

ANÁLISIS DE LOS MISMOS: 1) POR INCAPACIDAD FÍSICA: EDAD.

El **c. 1083** dispone que:

1. No puede contraer matrimonio válido el varón antes de los dieciséis años cumplidos; ni la mujer antes de los catorce, también cumplidos.
2. Puede la Conferencia Episcopal establecer una edad superior, para la celebración lícita del matrimonio.

Para el cómputo de la edad ha de tenerse en cuenta el **c. 203**, que establece que el día de nacimiento no se cuenta y el tiempo termina al acabar el último del mismo número.

En cuanto a su naturaleza, estamos ante un impedimento absoluto, cesable por el paso del tiempo, de Derecho eclesiástico, y en parte de Derecho natural. Por lo tanto, cabe ser dispensado por el ordinario del lugar.

La Conferencia Episcopal española, en virtud del apartado segundo del antecitado canon, y por Decreto

General de 26 de noviembre de 1983, estableció en su art. 11 una elevación de la edad para contraer matrimonio hasta los dieciocho años, tanto para el varón como para la mujer.

IMPOTENCIA. NOCIONES Y CLASES. CONDICIONES PARA QUE CONSTITUYA IMPEDIMENTO. IMPOTENCIA Y ESTERILIDAD. TEORÍAS SOBRE LA CÓPULA. EL DECRETO DE LA CONGREGACIÓN DE LA FE DEL 13 DE MAYO DE 1977 (A.A.S. DEL 31 DE JULIO DE 1977), Y PROBLEMAS QUE PLANTEA. CASOS CLAROS DE IMPOTENCIA TANTO EN EL VARÓN COMO EN LA MUJER.

Aunque el Código no nos da ninguna definición de impotencia, sin embargo, nos da elementos suficientes para elaborar una noción del impedimento de impotencia:

- El **c. 1055** nos dice que el matrimonio está ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la *generación y educación de la prole*.
- El **c. 1061** llama matrimonio rato y consumado cuando entre los cónyuges se ha realizado de modo humano el acto conyugal, apto de por sí para engendrar la prole a la que el matrimonio se ordena.
- El **c. 1084**, en su número 3, nos dice que la esterilidad no prohíbe ni dirime el matrimonio.

Con estos presupuestos, podemos definir la impotencia como la prohibición legal de contraer matrimonio basada en la incapacidad fisiológica para realizar de modo humano el acto conyugal al que el matrimonio se ordena por su misma índole natural. Consecuentemente, será potente el varón si es capaz de erección, penetración y eyaculación en la vagina de la mujer. Será potente la mujer si es capaz de recibir directamente en la vagina lo eyaculado por el varón.

En este sentido, hay que distinguir entre *potentia coeundi* (impotencia en tanto que incapacidad para realizar el acto conyugal) y *potentia generandi* (esterilidad o incapacidad para generar descendencia). El impedimento de impotencia, por lo tanto, sólo se refiere a la primera de ellas, ya que la esterilidad sólo puede conllevar la nulidad del matrimonio para el caso de que se ocultara dolosamente y, lógicamente, este punto fuera probado.

Para determinar la naturaleza de este impedimento, la doctrina canonística ha venido elaborando una serie de teorías con base, sobre todo, a la situación que tuvo lugar en la Alemania nacionalsocialista tras la masiva esterilización de millones de personas. Estas teorías han sido tres:

A. Teoría de la cópula fecundativa.

Según los partidarios de esta teoría, se deben poseer, tanto por parte del varón como de la mujer, todos aquellos órganos necesarios para que sea posible la realización del acto conyugal y se pueda permitir la generación.

B. Teoría de la cópula saciativa o cognoscitiva.

Sus partidarios sólo exigen la mera realización del acto conyugal de modo humano (sin estimulantes, profilácticos, etc.).

C. Teoría del *verum semen* o semen verdadero.

Se exige, al amparo de esta teoría, no sólo la realización del acto conyugal de modo humano, sino que el varón sea capaz de eyacular semen elaborado en los testículos, esto es, semen verdadero.

Sobre el alcance de este impedimento, es importante destacar el Decreto de la Sagrada Congregación de la Fe del 13 de mayo de 1977, por el que se tratan de resolver dos cuestiones principales: a.) ¿es necesario para que exista impotencia que ésta sea antecedente, cierta y perpetua?; b.) ¿es necesario que exista verdadero semen?.

A la primera cuestión la Congregación contestará afirmativamente, lo que se refleja en el **c. 1084**, mientras que a la segunda lo hace de forma negativa, con lo que sólo se admite la teoría de la cópula saciativa y se rechazan las otras dos, dejando la puerta abierta de la potencia sexual a los vasectomizados.

Este decreto plantea una cierta problemática en lo que atañe a su aplicación o no retroactiva. En este sentido, como el impedimento de impotencia tiene su raíz en la naturaleza del matrimonio, si hasta en un momento determinado en el tiempo existe una interpretación restrictiva del mismo y si, posteriormente, dicha interpretación cambia en cuanto se conoce con mayor exactitud las consecuencias de la naturaleza en que se basa el matrimonio, cabría la aplicación retroactiva.

El régimen actual de la impotencia, para que constituya impedimento, debe reunir los requisitos de: antecedente, cierta y perpetua. No es posible su dispensa por provenir de la misma naturaleza del matrimonio.

En cuanto a los casos claros de impotencia femenina y masculina, tenemos los siguientes:

A/ Defectos en los órganos femeninos:

- Carencia de vagina.
- Vagina artificial
- Vagina infantil.
- Vaginismo o irritación que experimenta la mujer al más leve contacto con el pene. Sólo constituye impotencia si es incurable.

B/ Defectos en los órganos masculinos:

- Ausencia de testículos o anorquidia.
- Carencia total de pene.
- Infantilismo o paralización del desarrollo del pene, depende.
- Elefantiasis o pene excesivamente grande que no sirve para penetrar a ciertas mujeres.
- Frigidez o anafrodisia.
- Afrodisia o exceso de excitación que provoca la eyaculación precoz.
- Cuando el orificio del pene no está en el extremo sino en la base del mismo.

TEMA 6.

2) IMPEDIMENTOS POR INCOMPATIBILIDAD JURÍDICA: LIGAMEN O VÍNCULO. ORDEN SAGRADO. PROFESIÓN RELIGIOSA O VOTO.

Los impedimentos por incompatibilidad jurídica son tres: el impedimento de vínculo o ligamen, el de orden sagrado y el de profesión religiosa o voto. El único que reconoce nuestro ordenamiento civil es el primero de ellos.

Impedimento de vínculo o ligamen.

El **c. 1085** dispone que: 1. Atenta inválidamente el matrimonio quien está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque no haya sido consumado / 2. Aun cuando el matrimonio anterior sea nulo o haya sido disuelto por cualquier otra causa, no por eso es lícito contraer otro, antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución del precedente. Como vemos, este impedimento consiste en la prohibición legal de contraer matrimonio a quienes ya se encuentran unidos por vínculo conyugal válido, consumado o no. Para que surja el impedimento debe tratarse de un matrimonio válido, que no haya sido disuelto por la muerte del cónyuge anterior o por otros supuestos excepcionales (privilegio paulino o petrino). Su fundamento radica en la unidad del matrimonio, no en su indisolubilidad. Se trata de un impedimento de derecho divino, natural

y positivo, por lo que obliga a todos los hombres, estén o no bautizados, y razón por la que no cabe dispensa del mismo, salvo supuestos excepcionales. Se trata de un impedimento que suele estar plasmado en casi todos los ordenamientos, salvo en aquéllos en que se permite la poliginia o la poliandria.

Impedimento de orden sagrado.

El **c. 1087** dispone que: Atentan inválidamente el matrimonio quienes han recibido las órdenes sagradas. Se trata, en definitiva, de la prohibición legal de contraer de quienes hayan recibido las órdenes sagradas (diaconado, presbiterado y episcopado), esto es, de diáconos, presbíteros y obispos. Se trata de un impedimento de derecho eclesiástico, que admite dispensa reservada a la Santa Sede para los supuestos ordinarios, y al Ordinario del lugar para los supuestos extraordinarios (peligro de muerte), aunque en este último caso limitado al diaconado, no alcanzando al presbiterado.

Se trata de un impedimento que se plasmó por primera vez en el s. XII como consecuencia de la celebración del segundo Concilio de Letrán, pues hasta ese momento tan sólo había una recomendación, que poco a poco irá adquiriendo importancia hasta acabar siendo reconocida como una auténtica prohibición.

Este impedimento no lo recoge nuestro ordenamiento civil, a diferencia de lo que sucedía en el régimen anterior, ya que por aplicación de los arts. 16 y 14 de la Constitución no cabe ningún impedimento con carácter religioso.

Impedimento de profesión religiosa o voto.

El **c. 1088** nos dice que: Atentan inválidamente el matrimonio quienes están vinculados por voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso. Para que se de este impedimento deben cumplirse una serie de requisitos:

- Que el voto haya sido *emitido válidamente*.
- Que sea *público*, esto es, que haya sido recibido en nombre de la Iglesia por el Superior legítimo.
- Que sea *perpetuo*, esto es, que sea el que se hace después de la profesión religiosa temporal. Por lo tanto, no afecta a quienes han emitido votos temporales o privados, o en institutos seculares o sociedades de vida apostólica. Tampoco afecta a los anacoretas, eremitas, ni al orden de las vírgenes.
- Que sea *de castidad y en un instituto religioso*.

Se trata de un impedimento de derecho eclesiástico, por lo que cesa mediante dispensa reservada a la Santa Sede o al Ordinario del lugar, si en este último caso el voto fuese emitido en un instituto de derecho diocesano.

3) IMPEDIMENTO POR MATRIMONIO DISPAR: DISPARIDAD DE CULTOS.

Impedimento de disparidad de cultos.

El **c. 1086** dispone lo siguiente:

- Es inválido el matrimonio entre dos personas, una de las cuales fue bautizada en la Iglesia católica o recibida en su seno y no se ha apartado de ella por acto formal, y otra no bautizada.
- No se dispense este impedimento si no se cumplen las condiciones indicadas en los cc. 1125 y 1126.
- Si al contraer el matrimonio, una parte era comúnmente tenida por bautizada o su bautismo era dudoso, se ha de presumir conforme al c. 1060, la validez del matrimonio, hasta que se pruebe con certeza que uno de los contrayentes estaba bautizado y el otro no.

Para que se dé este impedimento se exigen dos requisitos: a) que uno de los contrayentes esté bautizado en la

Iglesia católica o se haya convertido a ella desde otra Iglesia cristiana; b) que la otra parte no esté bautizada.

Se trata de un impedimento de derecho eclesiástico que sólo cesa por dispensa reservada al Ordinario del lugar o por bautismo posterior del no bautizado.

Para que la dispensa se conceda, deben cumplirse ciertas cautelas (cc. 1125 y 1126) propias de los matrimonios mixtos. Con dichas garantías se pretenden tutelar la fe de la parte católica y asegurar el bautismo y la educación católica de la prole.

El párrafo tercero del canon viene a establecer una presunción *iuris tantum* basada en la aplicación de una antigua regla jurídica, según la cual, cuando un acto jurídico se ha realizado, se presume que está bien hecho, salvo pureba en contrario (principio del favor del derecho).

4) IMPEDIMENTOS POR RAZÓN DEL DELITO: RAPTO Y CRIMEN.

El impedimento por raptor no viene recogido en nuestro Código civil, a diferencia de lo que ocurre con el de crimen, aunque en este caso con distinto alcance que en el Ordenamiento canónico.

Impedimento de raptor.

El **c. 1089** establece que: No puede haber matrimonio entre un hombre y una mujer raptada o al menos retenida con miras a contraer matrimonio con ella, a no ser que después la mujer, separada del raptor y hallándose en lugar seguro y libre, elija voluntariamente el matrimonio .

Este impedimento parte de una situación de hecho un tanto anacrónica en nuestros días, pero sin olvidarnos que el Derecho canónico se aplica en países muy diversos y de culturas muy variadas.

El fundamento de este impedimento es evitar la nulidad del matrimonio contraído en estas circunstancias, en tanto que el raptor atentaría contra la libertad externa del consentimiento de la mujer.

Se trata de un impedimento de derecho eclesiástico, que por lo tanto admite dispensa reservada al Ordinario del lugar, aunque no suele dispensarse en la práctica. Pero también cesa cuando se dan tres requisitos: a) separación física de la mujer respecto del raptor; b) conducción de la mujer a un lugar seguro y libre; c) consentimiento libre de la mujer.

Impedimento de crimen.

El **c. 1090** nos dice que: 1. Quien, con el fin de contraer matrimonio con una determinada persona, causa la muerte del cónyuge de ésta o de su propio cónyuge, atenta inválidamente ese matrimonio / 2. También atentan inválidamente el matrimonio entre sí quienes con una cooperación mutua, física o moral, causaron la muerte del cónyuge.

El fundamento de este impedimento radica en la tutela de uno de los bienes del matrimonio, cual es el de indisolubilidad. El conyugicidio puede ser *individual* o por *mutua cooperación*. En el primer caso, se prohíbe el matrimonio a quienes con la intención de contraer matrimonio con una persona concreta, personalmente o a través de terceras personas, causan la muerte de sus cónyuges o del cónyuge de la persona con quien quieren casarse. En el segundo caso, se precisa que los futuros contrayentes sean cómplices de la muerte del otro cónyuge, que estorbaba a su matrimonio.

Se trata de un impedimento de derecho eclesiástico y que admite dispensa reservada a la Santa Sede.

En nuestro Código civil también se recoge este impedimento en el **art. 47**, aunque con distinto alcance, pues

allí se habla de los que hubieren sido condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. Su dispensa corresponde al Ministro de Justicia.

5) IMPEDIMENTOS POR RAZÓN DE PARENTESCO: CONSANGUINIDAD. AFINIDAD. PÚBLICA HONESTIDAD. PARENTESCO LEGAL O ADOPCIÓN.

De los cuatro impedimentos a que nos vamos a referir ahora, sólo el de consanguinidad y adopción encuentran su referente en nuestro ordenamiento civil.

Impedimento de consanguinidad.

El **c. 1091** dispone que:

- En línea recta de consanguinidad, es nulo el matrimonio entre todos los ascendientes y descendientes, tanto legítimos como naturales.
- En línea colateral, es nulo hasta el cuarto grado inclusive.
- El impedimento de consanguinidad no se multiplica.
- Nunca debe permitirse el matrimonio cuando subsiste alguna duda sobre si las partes son consanguíneas en algún grado de línea recta o en segundo grado de línea colateral.

Con este impedimento se trata de tutelar, por una parte, la dignidad o moral familiar, y por otro, la ampliación de los círculos familiares, así como prevenir los riesgos de una descendencia afectada de ciertas anomalías.

En línea recta, especialmente en primer grado, estamos ante un impedimento de derecho natural, por lo que no admite dispensa; asimismo, con toda probabilidad, en el segundo grado de línea colateral (entre hermanos). De derecho meramente eclesiástico sería la consanguinidad de tercero y cuarto grado (tíos-sobrinos y primos-hermanos). En línea recta, y en segundo grado de línea colateral, la Iglesia nunca dispensa de este impedimento. Los otros grados de línea colateral, al no estar reservados, puede dispensarlos el Ordinario del lugar.

En el **art. 47.2 CC** se reconoce también el impedimento de consanguinidad, pero hasta el tercer grado por línea colateral. Su dispensa corresponde al Juez de Primera Instancia.

Impedimento de afinidad y pública honestidad.

El **c. 1092** establece que: La afinidad de línea recta dirime el matrimonio en cualquier grado. Por afinidad debemos entender aquella relación jurídica de parentesco que surge del matrimonio válido, incluso no consumado, y que se da entre el varón y los consanguíneos en línea recta de la mujer, y viceversa. Se trata de un impedimento de derecho eclesiástico que es dispensable por el Ordinario del lugar.

El **c. 1093** nos dice, por su parte, que: El impedimento de pública honestidad surge del matrimonio inválido después de instaurada la vida en común, o del concubinato notorio o público, y dirime el matrimonio en el primer grado de línea recta entre el varón y las consanguíneas de la mujer y viceversa. Por pública honestidad se entiende la relación cuasi-afín existente entre el varón y los consanguíneos de la mujer, y viceversa, originada de un matrimonio inválido después de instaurada la vida en común, o basada en una unión de hecho notoria o pública. El impedimento afecta sólo al primer grado en línea recta entre el varón y las consanguíneas del mujer, y viceversa. Es un impedimento de derecho eclesiástico, que admite dispensa del Ordinario del lugar.

Impedimento de parentesco legal o adopción.

El **c. 1094** dispone que: No pueden contraer válidamente matrimonio entre sí quienes están unidos por

parentesco legal proveniente de la adopción, en línea recta o en segundo grado colateral. La constitución del parentesco legal que se produce con la adopción, se regula de acuerdo con la ley civil de cada país, según el c.110, con lo que estamos ante una suerte de canonización de la legislación civil. Se trata de un impedimento de derecho eclesiástico, que admite dispensa. En nuestro Código civil, la adopción sólo constituye un impedimento entre los parientes en línea recta por adopción, no en la colateral.

MODOS DE CESACIÓN DE LOS IMPEDIMENTOS. QUÉ IMPEDIMENTOS NO SE DISPENSAN NUNCA. LA DISPENSA CIVIL.- LA DISPENSA CANÓNICA. IMPEDIMENTOS QUE SÓLO DISPENSA EL ROMANO PONTÍFICE. IMPEDIMENTOS QUE PUEDE DISPENSAR EL ORDINARIO DEL LUGAR: A) EN CIRCUNSTANCIAS NORMALES; B) EN PELIGRO DE MUERTE; C) EN CASO URGENTE O PERPLEJO. LA POTESTAD DEL PÁRROCO O MINISTRO DELEGADO O ASISTENTE

El modo esencial de cesación de los impedimentos viene constituido por la dispensa, que no es más que la relajación de la ley en un caso particular concedida por quien tiene la potestad ejecutiva o por quienes les compete por derecho o por legítima delegación.

Los sujetos activos de la dispensa son todos aquéllos cuantos tienen potestad ejecutiva propia o delegada, que son:

A./ Santa Sede.

Puede dispensar todos los impedimentos de Derecho eclesiástico, aun sin justa causa. Pero para la licitud de la dispensa se requiere una causa razonable y justa.

También puede dispensar todos los impedimentos de derecho natural condicionado, esto es, cuya obligación ha dependido de la voluntad humana, o sea, cuando obligan condicionalmente a consecuencia de una obligación que asumen libremente.

El Papa concede la dispensa a través de los organismos correspondientes de la Curia Romana, que son la Congregación de Sacramentos y otras Congregaciones (para los impedimentos de fuero externo) y el Tribunal de la Sagrada Penitenciaría (para los impedimentos de fuero interno).

Los impedimentos reservados a la Santa Sede son:

- Orden sagrado.
- Voto público perpetuo de castidad en instituto religioso.
- Crimen.

B./ Ordinario del lugar.

- Circunstancias ordinarias.
 - ámbito: todos los impedimentos de Derecho eclesiástico menos los tres reservados al la Sta. Sede.
 - Sujeto pasivo: todos los súbditos de cualquier parte del mundo y los no súbditos residentes en su territorio.
- Circunstancias extraordinarias.
- Impedimentos de difícil recurso y daño en la demora.

En este caso, son dispensables todos los impedimentos de Derecho eclesiástico menos el de orden sagrado del presbiterado.

- Peligro de muerte.

Pueden dispensar la forma canónica y los impedimentos de Derecho eclesiástico menos el de orden sagrado del presbiterado, sí del diaconado. Esta dispensa es válida tanto si se trata de un impedimento público como oculto.

- Caso perplejo.

Sucede cuando todo está preparado para la boda, esto es, todos los requisitos canónicos están cumplimentados (expediente y proclamas), hay peligro grave de daño en la demora de la boda y no se ha descubierto en impedimento con anterioridad. En este caso, el Ordinario local puede dispensar todos los impedimentos de Derecho eclesiástico menos el de orden sagrado y voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso, ya sea un impedimento público u oculto, divulgado o no.

C./ Párrocos y equiparados, el ministro sagrado delegado y el sacerdote o diácono que asistan al matrimonio, a tenor del c. 116.

- Peligro de muerte.

Siempre que no pueda acudir al Ordinario local por la vía normal, tienen la misma competencia que los Ordinarios.

- Caso perplejo.

Siempre que no pueda acudir al Ordinario del lugar y se trate de un impedimento oculto (que no pueda ser probado) pueden dispensar de los mismos impedimentos que los ordinarios locales.

D./ Confesor.

- Peligro de muerte.

Puede dispensar en el fuero interno de los impedimentos ocultos (no divulgados ni próximo a serlo), tanto en la confesión sacramental como fuera de ella.

En cuanto a la dispensa civil, el Ministro de Justicia es quien puede dispensar el impedimento de crimen en el ordenamiento civil, siempre a instancia de parte. Con justa causa y también a instancia de parte, el Juez de Primera Instancia podrá dispensar los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años.

PETICIÓN DE LA DISPENSA, CAUSAS Y REGISTRO.

Toda dispensa debe constar por escrito a través de un rescripto, esto es, aquel acto administrativo que la autoridad competente ejecutiva emite por escrito y por el que, entre otras cosas, se concede una dispensa. La tramitación de las dispensas, por lo tanto, debe basarse en las normas generales contempladas en la normativa que regula los rescriptos (cc. 59 a 75).

TEMA 7.

DEFECTOS Y VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.- INCAPACIDADES PSICOLÓGICAS PARA CONSENTIR O CONTRAER.- NORMALIDAD Y ANORMALIDAD. CLASIFICACIONES DE LA ANORMALIDAD: OLIGOFRENIAS, PSICOPATÍAS, TRASTORNOS PROFUNDOS, ETC.

El c. 1095 establece quiénes son incapaces de contraer matrimonio:

- Quienes carecen de suficiente uso de razón.
- Quienes tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se ha de dar y aceptar.
- Quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica.

En estos casos en donde cobra mayor relieve el concepto de anormalidad, entendiendo por tal el estado en que se encuentran aquellas personas que por un déficit o trastorno de sus condiciones mentales se apartan de la normalidad, de tal modo que no pueden adaptarse a la vida corriente y crean problemas en el medio en que viven.

Las anormalidades pueden tener su origen en causas hereditarias (1), adquiridas (2) o ambientales (3).

- El factor hereditario puede provocar ciertas anomalías o anormalidades. Así, algunas enfermedades como la epilepsia, o también la llamada herencia tóxica, es decir, la dependencia de drogas de todo tipo (alcohol, tabaco y demás), pueden ser transmitidas de padres a hijos o, incluso, con saltos de generaciones.
- Como causas adquiridas destacan aquéllas que se dan durante el embarazo de la madre o durante la infancia (p. ej., la meningitis, las altas fiebres, etc.).
- También el medio ambiente influye en la conducta y lo que podría haber sido una persona normal puede llegar a convertirse en un individuo totalmente anárquico.

Las ciencias psicológicas suelen clasificar las anormalidades en dos grandes grupos:

- Oligofrenias o anormalidades oligofrénicas.

Estas anormalidades vienen dadas por un déficit en el desarrollo intelectual de las personas, esto es, cuando las facultades mentales no han alcanzado el nivel adecuado al correspondiente a la edad.

En el siglo pasado se clasificaron las oligofrenias en tres subgrupos, atendiendo al coeficiente intelectual:

- Idiocia u oligofrenia profunda.
- Imbecilidad u oligofrenia media.
- Retraso mental u oligofrenia suave o leve.
- La oligofrenia profunda por causas adquiridas o hereditarias supone un trastorno fuerte en el sistema nervioso, y como ejemplo tenemos el de los *niños planta*, que son incapaces de aprender nada, que sólo sienten dolor o alegría en unos términos muy rudimentarios y que, por lo general, fallecen pronto.
- La oligofrenia media va acompañada frecuentemente de un aspecto físico anormal, un coeficiente intelectual por debajo de los cincuenta, una incapacidad para aprender a leer y escribir, un vocabulario reducido, una capacidad pequeña de inhibición y de retención de algunos datos, una sensación de vanidad, actitud perezosa, etc.
- La oligofrenia leve suele venir acompañada de un aspecto físico algo mas normal, pero también de una gran inestabilidad, de una dificultad para el pensamiento abstracto y de algún que otro defecto en el lenguaje hablado y escrito. Suelen ser egocéntricos, con unos extraños sentimientos de superioridad. Por regla general, abundan entre las bandas armadas y la prostitución.
- Psicopatías y otros trastornos profundos.

En cuanto a las psicopatías o personalidades psicopáticas, se tratan de anormalidades carentes de base

orgánica y que se derivan de trastornos del carácter que pueden venir agravados por el ambiente. A estos individuos les dominan los impulsos, y como consecuencia de ello se caracterizan por poseer una gran desproporción entre los estímulos y las emociones, por vivir el momento presente sin preocuparse de los resultados de sus acciones, por no poder soportar las cosas tristes o desagradables, por intentar justificar sus decisiones en todo momento, por la falta de constancia en el trabajo y amistades, etc. Supone, en definitiva, una inadaptación de la conducta a la vida social, que puede verse complicada con toxicomanías, actuaciones delictivas, perversiones sexuales, etc.

Existen varios tipos de psicopatías:

- Hipercínicos, que suelen llegar fácilmente a la agresión.
- Depresivos, que son todo lo contrario y que se encierran en sí mismos sin aspiraciones ni iniciativas.
- Inestables, que no son constantes en las amistades, son inseguros, etc.
- Filocínicos.

Otros trastornos profundos de la conducta vienen dados por la esquizofrenia, que supone una enfermedad mental por la que se rompen los mecanismos psiconormales y de contacto con la realidad. Estos individuos se rigen por normas distintas a las normales y sus vidas tienen un sentido de absurdo. Muchas veces se encierran en sí mismos (autismo).

También debemos destacar la paranoia, que supone la tenencia por parte de la persona que la padece de ideas delirantes pero dentro de una lógica y normalidad. Los delirios paranoicos pueden ser de persecución (el enfermo se siente perseguido), de injusticia (el enfermo piensa que todo el mundo le trata injustamente), de grandeza o eróticos (el enfermo se obsesiona por problemas amorosos).

Por último, dentro de estos trastornos de la personalidad, tenemos que citar la psicosis maniaco-depresiva, caracterizada por producir trastornos de tristeza y desconsuelo sin motivo alguno.

CONTENIDO DEL C. 1095:

El c. 1095 establece quiénes son incapaces de contraer matrimonio:

- Quienes carecen de suficiente uso de razón.
- Quienes tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se ha de dar y aceptar.
- Quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica.

Tradicionalmente las irregularidades del consentimiento se estudiaban según el esquema escolástico, el cual distinguía entre vicios del entendimiento y vicios de la voluntad. Modernamente, superada esta sistematización, se habla de falta o defecto de consentimiento y vicios del mismo. Dentro de la falta de consentimiento se distingue entre incapacidad para consentir por anomalías psíquicas y carencia de consentimiento por razones extrínsecas al sujeto.

Toda persona en la que concurra alguna o todas las incapacidades del anterior canon, no pueden contraer matrimonio. Se tratan de incapacidades de la persona para realizar el acto humano en que consiste el consentimiento, que como se sabe es el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan en alianza irrevocable para constituir la comunidad de vida y amor en que concreta el matrimonio. Todas estas incapacidades deben retrotraerse al momento de celebración del matrimonio como cualquier otro motivo de nulidad, esto es, deben existir al momento mismo de celebrar el matrimonio o antes del mismo, pero nunca con posterioridad.

1) CARENCIA DE USO DE RAZÓN. HISTORIA. LOS LLAMADOS LÚCIDOS INTERVALOS. DEBILIDAD MENTAL. PRESUNCIONES.

El c. 1095,1 establece como una de las incapacidades para prestar el consentimiento la carencia de suficiente uso de razón. Dentro de ésta caben dos hipótesis diferenciadas: a.) que la carencia sea de forma habitual, debido normalmente a perturbaciones psíquicas graves como las oligofrenias o la esquizofrenia; b.) que la carencia sea de forma momentánea o transitoria e impidan al que la padece el ejercicio normal de sus facultades intelectivas y volitivas, normalmente como consecuencia de la embriaguez, la hipnosis, la drogadicción, los arrebatos de cólera, etc. En ambos casos, la falta de uso de razón vicia el consentimiento por carecer la persona del pleno ejercicio de sus facultades cognoscitivas y volitivas.

La jurisprudencia, influida sin duda por la moderna psicología y psiquiatría, se inclina por la unidad psíquica del ser humano, lo que impide hablar de las locuras parciales o lúcidos intervalos. Toda anomalía psíquica afecta a todo el ser humano, aunque sus manifestaciones puedan ser más llamativas o sorprendentes en unos aspectos que en otros. En este sentido, son incapaces de contraer matrimonio los amentes (locura parcial) y los dementes o monomaniacos, pues ambos carecen de suficiente uso de razón.

En cuanto a la amencia habitual, está causada por una grave enfermedad mental (psicosis, motivadas por causas endógenas, como las esquizofrenias o las psicosis maniaco-depresivas, o por causas exógenas, como la drogadicción o el alcoholismo).

Por su parte, la perturbación mental transitoria es la privación temporal del uso de razón. Lo normal es que se deba a enfermedades, pero a veces dependen de los propios enfermos. En estos casos el matrimonio sería, en principio, nulo, aunque habría que probar que esa perturbación se dio en el momento de casarse y que privó al contrayente del suficiente uso de razón.

Otro factor a destacar es la debilidad mental, cuyos casos suelen tener como causa general enfermedades psíquicas y en donde no hay una privación del uso de razón, sino una disminución, alteración o degeneración de las facultades superiores, bien en forma permanente, bien en forma temporal. Son los casos de los simples, simplotes, tontos, semiamientes, retrasados mentales, etc.

En cuanto a las presunciones de la jurisprudencia, hay que destacar las siguientes:

- 1.- Si la locura persistía tras el matrimonio, hay que presumir que no había desaparecido durante la celebración del mismo.
- 2.- Si la locura aparece inmediatamente o poco después del matrimonio, se presume que la amencia era previa al matrimonio. Si es muy posterior, la presunción es a favor del matrimonio.
- 3.- Todo el mundo es normal mientras no se pruebe lo contrario.
- 4.- No se presumen los intervalos lúcidos en caso de amencia verificada.
- 5.- En caso de amencia se presume que es total y que afecta al matrimonio y no a otros aspectos.

Normalmente, para apreciar la carencia de suficiente uso de razón se hace necesaria la intervención de psiquiatras (vid. c. 1680), en el bien entendido que el que tiene la última palabra es lógicamente el Juez y que los peritos son sólo una ayuda.

2) GRAVE DEFECTO DE DISCRECIÓN DE JUICIO. HISTORIA, CONCEPTO, DELIMITACIÓN.

REQUISITOS POR PARTE DE LA VOLUNTAD Y ANOMALÍAS. LA LLAMADA FALTA DE LIBERTAD INTERNA.

El c. 1095,2 establece como una de las incapacidades para prestar el consentimiento el grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se ha de dar y aceptar los contrayentes.

El grave defecto de discreción de juicio se configura como un capítulo distinto del anteriormente analizado, y supone que no sólo es necesario el uso de razón, sino que el mismo debe estar desarrollado de tal forma que permita a la persona valorar y ponderar la conveniencia o no para sí mismo de un determinado matrimonio, por lo que para ello debe sopesar y percatarse de lo que es el matrimonio, de los derechos y deberes que va a asumir, de lo que se obliga para con el estado matrimonial, así como los motivos para decidirse o no. En definitiva, la discreción de juicio supone la estimación práctica y objetiva de la conveniencia o no para el contrayente del matrimonio que vaya a contraer y de todo lo que ello conlleva.

El uso de razón suele darse a partir de los seis o siete años, pero la discreción de juicio suficiente no se suele dar antes de los doce o catorce años.

Esta capacidad crítica o estimativa requiere estos elementos:

- Capacidad cognoscitiva que permita comprender y enjuiciar los negocios jurídicos en general, y en este caso el matrimonio.
- Facultad crítica apta para comprender las cosas en concreto, sopesando sus ventajas e inconvenientes. Esto se entiende referido al matrimonio concreto y a la persona concreta con quien se pretenda contraer matrimonio.
- Madurez de la voluntad que permita decidir sin presiones internas o externas.

La reciente jurisprudencia afirma que es necesario algo más que capacidad para deliberar y comprender la sociedad varón-mujer y el consorcio permanente y ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole en que consiste el matrimonio. Añade que dicha facultad de juicio debe abarcar todos los efectos esenciales que brotan del vínculo matrimonial, tales como los derechos y deberes que se generan.

Los autores, por otro lado, requieren una mayor discreción de juicio que antes. La facultad de ponderación debe ser suficiente, por lo que si un matrimonio surge a través del acto de la voluntad en que se constituye el matrimonio, dicho acto debe tener como base la suficiente inteligencia para poder ponderar lo que es el matrimonio, el entendimiento práctico sobre el matrimonio a celebrar en un momento y lugar determinados.

Se requiere que la voluntad sea libre, esto es, se precisa tanto libertad de ejercicio (del derecho a contraer matrimonio) como libertad de especificación (con una persona determinada). No se hace necesaria una verdadera inmunidad de condicionamientos, porque éstos siempre existen, pero no deben ser tan grandes que produzcan una obnubilación mental que obligue a una persona a contraer matrimonio forzado por la conciencia o los remordimientos. A este fenómeno se le conoce como falta de libertad interna, que supone la falta de una capacidad de deliberar con suficiente valoración de motivos y con voluntad independiente de cualquier impulso interno determinado. Suele darse cuando alguien se casa por el qué dirán, por miedo a ser madre soltera, etc.

Entre las anomalías más importantes que pueden producir un grave defecto de la discreción de juicio tenemos la inmadurez psicológica por un lado, y la inmadurez afectiva por otro, que supone una incapacidad para establecer relaciones interpersonales motivada por un retraso afectivo debido a

neurosis, desórdenes de carácter, perversión de los instintos, del sexo, etc.

3) INCAPACIDAD PARA ASUMIR LAS OBLIGACIONES ESENCIALES DEL MATRIMONIO. NATURALEZA JURÍDICA. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. PRINCIPALES ANOMALÍAS QUE IMPIDEN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONYUGALES. ESPECIALES CONSECUENCIAS DEL ALCOHOLISMO Y LA TOXICOMANÍA.

El c. 1095,3 establece como una de las incapacidades para prestar el consentimiento la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica.

Aquí estamos ante un defecto sobre objeto del matrimonio, en donde ya no estamos ante un defecto del consentimiento por culpa de la inteligencia, voluntad o ambos, ya que en estos casos la inteligencia o/y la voluntad pueden estar en perfecto estado; aquí no hay capacidad de disponer del objeto del consentimiento, o sea, no se es capaz de asumir y cumplir los derechos y deberes derivados de la esencia del matrimonio.

La base de esta incapacidad está en un principio de Derecho natural recogido por el Derecho romano y por la regla sexta de las *Decretales* de Bonifacio VIII que dice que a nadie se le puede obligar a algo que le resulte absolutamente imposible.

En un primer momento, la jurisprudencia rotal puso su atención sólo en las anomalías psicosexuales (homosexualidad, ninfomanía, sadismo). Tras la terminación del Concilio Vaticano II, la jurisprudencia comenzó a atribuir valor jurídico a la concepción del matrimonio como comunidad de vida, lo que permitió fundar estas anomalías en la falta de objeto y ampliarlas como consecuencia. De esta forma, la moderna jurisprudencia amplía el abanico de las incapacidades a todo lo que pueda impedir la asunción de las obligaciones esenciales del matrimonio por causas psíquicas en sentido amplio. Entre los casos resueltos por estos motivos por la jurisprudencia tenemos los siguientes:

- Casi todas las anomalías psicosexuales, y no sólo de tipo físico o psíquico.
- Las anomalías que impiden un mínimo de relaciones conyugales o personales.
- El egoísmo, el carácter explosivo, la inestabilidad, los complejos de Edipo y de Electra, el infantilismo.
- Abuso de drogas y alcohol.
- Ludopatía.

CONDICIONES QUE HA DE REUNIR LA INCAPACIDAD.

A./ Antecedente (anterior o en el momento de contraer matrimonio).

B./ Cierta.

C./ Profunda o grave.

D./ Relativa, esto es, no con todo el mundo o absoluta, a pesar de que algunos autores sostienen lo contrario.

E./ No puede reconocerse como condición el que sea perpetua, pues los autores que defienden estos se están confundiendo con el impedimento de impotencia.

LA PRUEBA, E IMPORTANCIA DE LAS PERICIAS MÉDICAS EN ESTAS CAUSAS. EL CÓDIGO CIVIL.

Lógicamente deben probarse que concurren o no en el contrayente tales circunstancias, trayendo aquí a colación lo ya señalado con anterioridad sobre las pericias médicas y su relevancia.

TEMA 8.

LA IGNORANCIA. REQUISITOS MÍNIMOS PARA PODER CONTRAER MATRIMONIO.

La ignorancia es la *carencia de conocimiento de algo que se debe saber*, la carencia de un conocimiento debido, mientras que si no hay obligación de conocerlo, no puede hablarse de ignorancia sino de negligencia.

El consentimiento matrimonial es el elemento constitutivo del matrimonio, y en tanto en cuanto consentimiento, exige tanto un elemento intelectual (entendimiento) como volitivo (voluntad).

En cuanto a las consecuencias jurídicas de la ignorancia, de acuerdo con el **c. 1096**:

1. Para que pueda haber consentimiento matrimonial, es necesario que los contrayentes no ignoren al menos que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual.

2. Esta ignorancia no se presume después de la pubertad.

Por lo tanto, el conocimiento mínimo de lo que es el matrimonio viene configurado por los siguientes aspectos:

- Consorcio heterosexual, que debe suponer una cierta comunidad de vida o elemento unitivo entre los cónyuges.
- Consorcio permanente, en tanto que el matrimonio supone una unidad no meramente transitoria sino tendencialmente permanente.
- Ordenación a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual. No es preciso que los contrayentes conozcan todo el proceso generativo, pero sí que en la mutua entrega entre en juego la dimensión sexual.

La ignorancia no se presume después de la pubertad, con lo que estamos ante una presunción que admite prueba en contrario. Por lo tanto, quien mantenga la ignorancia, debe probarla. Se toma como referencia a la pubertad por tratarse de una etapa en la cual ya se dan las condiciones humanas de madurez biológica y sexual apta para la procreación, que siguiendo con el criterio del antiguo Código del 17, estaría en los doce y catorce años para la mujer y el varón, respectivamente.

EL ERROR. CONCEPTO Y CLASES.

Por error debe entenderse *todo juicio falso sobre alguna cosa o toda aprehensión falsa de una cosa*. Puede ser de dos tipos:

- Error de derecho o *error iuris*, que es aquél que recae sobre la sustancia o esencia de un determinado negocio jurídico (matrimonio) o sobre sus propiedades esenciales.
- Error de hecho o *error facti*, que es aquél que recae sobre la persona o cualidades de la persona con la que se quiere contraer matrimonio.

Tanto uno como otro, pueden ser de dos tipos:

- Error *antecedente*, en donde la causa del matrimonio es el propio error (se contrae matrimonio por error).

- Error *concomitante o incidental*, en donde la persona se casa con error, pero seguramente se habría casado de igual forma aun sabiendo lo que desconoce.

De este modo, si la facultad intelectual presenta como matrimonio lo que no se corresponde con la realidad, ¿qué consecuencias jurídicas tiene esto sobre la validez o licitud del matrimonio?

A) EL ERROR OBSTATIVO O ERROR EN LA PERSONA MISMA (C. 1097,1).

Según el c. 1097,1: El error acerca de la persona hace inválido el matrimonio.

El *error in personam* debe entenderse referido al supuesto en que la persona con quien en la intención se intercambia el consentimiento es distinta de la que allí presente presta su consentimiento. Es un error de identidad por cambio de persona, no existe pues intercambio de consentimiento, falla la sustancia del pacto y por ello la invalidez de ese consentimiento está basada en el derecho natural. En otro tiempo pudo esto tener una cierta vigencia, hoy es un caso raro, posible en matrimonios por procurador, o en situaciones de identidad de apariencia de personas.

B) EL ERROR SOBRE LAS CUALIDADES DE LA PERSONA (C. 1097,2).

Según el c. 1097,2: El error acerca de una cualidad de la persona, aunque sea causa del contrato, no dirime el matrimonio, a no ser que se pretenda esta cualidad directa y principalmente.

Se reafirma aquí el principio general mantenido por el Derecho canónico según el cual el *error in qualitatibus* no anula el matrimonio, esto es, no afecta a la validez del matrimonio. La excepción a esta regla viene dada cuando dicha cualidad haya sido perseguida directa y principalmente, ya que cuando uno contrae matrimonio se entiende que quiere principal y directamente a la persona con la que lo hace, y no a una determinada cualidad de la misma.

Esta formulación se basa en una interpretación de lo que se conocía en el antiguo *Codex* de 1917 como error redundante o *error redundans*, y que partía de la regla general que el error sobre una cualidad de la persona no invalidaba el matrimonio. Pero esta regla tenía dos excepciones: a.) cuando el error sobre una cualidad personal recayera sobre la condición servil de la persona, o b.) cuando ese error sobre una cualidad personal redundara en error sobre la persona misma, esto es, lo que se conoce como error redundante. Ya Santo Tomás de Aquino afirmó que la cualidad personal que precisa el error redundante debía tratarse de una cualidad que individualizara a la persona en concreto y siempre y cuando los contrayentes no se hubieran conocido personalmente con anterioridad a contraer matrimonio.

Posteriormente, este error redundante se amplió y San Alfonso María de Liborio consideró que también se daba dicho error cuando se buscaba la cualidad personal directa y principalmente. Esta idea es la que ha pasado a nuestro vigente Código. Pero el concepto de error redundante se amplió mucho más con posterioridad, y así se dio cabida a determinadas cualidades de la persona que configuraban la concreta personalidad de la misma. Estos supuestos los conocemos en la actualidad como de error doloso, debiéndose destacar en tal sentido una sentencia rotal del año 70, cuyo ponente fue Canals, y en donde se fijó un caso en donde se entendió la existencia de un error doloso (el matrimonio de una mujer con un hombre que más tarde se descubre que fue el asesino del padre de su esposa, con lo que el error acerca de la personalidad del marido supone un concepto amplio de error doloso).

C) EL ERROR DOLOSO O ENGAÑO. HISTORIA Y DOCTRINA DEL NUEVO CÓDIGO (C. 1098). CONDICIONES DEL DOLO.

Según el c. 1098: Quien contrae el matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de

vida conyugal, contrae inválidamente.

Ante todo debe dejarse claro que la nulidad matrimonial se debe al error, no al dolo, que sólo es la causa de aquél y que, según Ladeón, es toda artimaña, falacia, ardid o asechanza empleada para embaucar o engañar a otro. En definitiva, se trata de una maquinación fraudulenta que conlleva un proceso psicológico previo. Con Michiels, podemos decir que actualmente se entiende por dolo todo engaño deliberado y fraudulento de otro en virtud del cual éste es inducido a realizar un determinado acto jurídico.

Con anterioridad, existían determinados supuestos en que determinados hechos no daban lugar a la nulidad matrimonial, por lo que la jurisprudencia fue evolucionando ampliándose el concepto del error redundante. Tuvo gran influencia en la configuración de esta doctrina Flatten, catedrático de Tubinga que señaló que había determinados supuestos en que era totalmente injusto continuar con la validez del matrimonio.

Las cualidades personales sobre las que debe recaer el dolo tienen que tratarse de cualidades que por su entidad normalmente incidan de un modo objetivamente grave en alguno de los aspectos de la comunidad de vida o del consorcio conyugal y puedan llevar a una perturbación irreparable. El Código nos ofrece un ejemplo notable en la esterilidad (c. 1084,3).

Se discute el efecto retroactivo de este canon, esto es, se trata de contestar a la pregunta de qué ocurre con los matrimonios que son contraídos antes de la entrada en vigor del Código de 1983. En este sentido, hay autores que entienden que se trata de un supuesto de Derecho natural y, por tanto, que tendría efectos retroactivos. Otros autores señalan que es trataría de un supuesto ya recogido por la jurisprudencia del error redundante.

Debe existir un nexo causal entre el error y el engaño en el sentido de que el matrimonio debe haber sido contraído por un error provocado por un engaño. Este engaño debe recaer sobre una cualidad de la otra parte y que por su propia naturaleza pueda alterar el consorcio de vida conyugal. Objetivamente, debe tratarse de una cualidad del otro contrayente que pueda perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal.

El dolo puede ser provocado para contraer el matrimonio (directamente) o no (indirectamente), así como por acción u omisión e incluso puede ser causado por terceros.

D) EL ERROR DE DERECHO O SOBRE LAS PROPIEDADES ESENCIALES DEL MATRIMONIO (C. 1099).

Según el c. 1099: El error acerca de la nulidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio, con tal que no determine a la voluntad, no vicia el consentimiento matrimonial.

Sabemos que el consentimiento matrimonial precisa de un elemento cognoscitivo y de otro volitivo, por lo que si se tiene un error acerca de una de las propiedades esenciales y se queda únicamente en la esfera del conocimiento (el llamado simple error o *error simplex*) no afecta directa o indirectamente al consentimiento en tanto que no determina a la voluntad (no trasciende a la esfera volitiva) y el consentimiento, por lo tanto, es válido. Pero si el error determina a la voluntad (el llamado error perverso o *error perversus*), al estar ante un error que se encuentra tan arraigado en la personalidad y en la mente del sujeto, como ya no quiere ni puede obrar de otra manera a la que le compele su voluntad, el matrimonio no sería válido.

LA CERTEZA U OPINIÓN SOBRE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO (C. 1100).

Según el c. 1100: La certeza u opinión acerca de la nulidad del matrimonio no excluye necesariamente el consentimiento matrimonial.

El hecho de creer, saber o sospechar que un matrimonio es nulo no es obstáculo para que pueda existir un consentimiento válido, aunque sea jurídicamente ineficaz.

EL ERROR EN EL CÓDIGO CIVIL.

El Código civil regula esta materia básicamente en los **arts. 73 y 76**.

En ellos no se hace referencia a la ignorancia, pero sí podría darse en verdad. Tampoco se habla de un error sobre propiedades esenciales del matrimonio ni de un error doloso. Sólo habla del error en la persona misma o sobre las cualidades de la persona.

Por otro lado, sólo el cónyuge que ha sufrido el vicio puede ejercitar la acción de nulidad, a diferencia de lo que ocurre en el Ordenamiento canónico, donde puede estar legitimado activamente cualquiera de los cónyuges. También se habla de la convalidación automática y de la caducidad de la acción transcurrido un año.

Se plantea aquí el caso de una pareja que contrae matrimonio canónico con error en alguna cualidad de la persona del otro cónyuge, y en donde dicho matrimonio se declara nulo. ¿Podría tener esta nulidad efectos civiles de acuerdo con el art. 80 CC?

TEMA 9.

EL CONSENTIMIENTO SIMULADO.

El matrimonio, como sabemos, lo produce el consentimiento legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles (c. 1057) y se configura como un acto de la voluntad que, como tal, precisa de una exteriorización.

Pero, ¿qué ocurre ante una divergencia entre la voluntad interna y la declarada? De antiguo se discute por los canonistas esta cuestión, la cual ha trascendido a los tiempos modernos. Cada ordenamiento entiende la trascendencia de una sobre la otra, dependiendo de que predomine la teoría declaracionista (la prevalencia de la declaración como lo único que tienen existencia jurídica) o la voluntarista (la prevalencia de la voluntad interna sobre la declarada).

Antes de profundizar más, debemos tener en cuenta que en las relaciones entre personas de buena fe, lo más normal es la coincidencia entre la voluntad interna y la declaración externa de la voluntad, y que, por otra parte, sería extremadamente gravoso en el normal desenvolvimiento de la vida y de los negocios jurídicos, que hubiera que probarse siempre la coincidencia entre ambas voluntades. Por este motivo, y a pesar de que el Ordenamiento canónico es partidario de la teoría voluntarista, ésta debe ser matizada con la ayuda de algunas presunciones.

PRESUNCIÓN; IMPORTANCIA DE LA VOLUNTAD INTERNA. CONCEPTO Y CLASES DE SIMULACIÓN.

El **c. 1101** dispone lo siguiente:

1. El consentimiento interno de la voluntad se presume que está conforme con las palabras o signos empleados al celebrar el matrimonio
2. Pero si uno de los contrayentes, o ambos, excluye con un acto de la voluntad el matrimonio mismo, o un elemento esencial del matrimonio, o una propiedad esencial, contrae inválidamente.

Toda simulación se realiza por un acto positivo de la voluntad, entendiendo por simulación aquella divergencia consciente entre la voluntad interna y la manifestación externa de la misma.

Entre las clases de simulación tenemos las siguientes:

- Simulación total, que es la simulación del matrimonio mismo.
- Simulación parcial, en donde sí que se quiere el matrimonio pero configurado a la medida del declarante o interesado.

DIFERENCIA CON LA SIMULACIÓN CIVIL. REQUISITOS. *FINIS OPERIS Y FINIS OPERANTIS*.

Aquí no estamos hablando de una simulación en un matrimonio civil, sino de aspectos civiles de negocios civiles patrimoniales. Cuando se hace una simulación en un negocio civil es normalmente bilateral (pacto simulatorio), mientras que en un matrimonio, aunque puede haber una simulación bilateral, lo más normal es que sea unilateral (reserva mental), sin perjuicio de que puedan haber dos unilaterales.

La simulación civil puede revestir dos modalidades: a.) absoluta (en la que bajo la apariencia de realizar un determinado negocio, en realidad no se está realizando negocio alguno); b.) relativa (bajo la apariencia de un determinado negocio se esconde un propósito negocial distinto). Pero esta distinción no puede trasladarse al matrimonio porque el matrimonio, o se celebra, o no puede celebrarse otra cosa distinta.

Por otro lado, hay que distinguir entre los *finis operis* o fines que se persiguen con el matrimonio, y *finis operantis* o fines que pueden perseguir los contrayentes al celebrar un determinado matrimonio. Aunque lo más normal es que exista una coincidencia entre ambos fines, puede ocurrir que exista una divergencia, en cuyo caso el matrimonio será nulo.

• LA SIMULACIÓN TOTAL O EXCLUSIÓN DEL MISMO MATRIMONIO.

La simulación total supone la exclusión del mismo matrimonio por un acto positivo de la voluntad. En este caso, bajo la apariencia de celebrar un matrimonio, el sujeto no tiene ninguna voluntad de contraerlo.

Este acto positivo de la voluntad se realiza, bien con la exclusión en el mismo momento de la celebración del matrimonio (acto actual), bien antes de llegar ese momento (acto virtual).

SUS CAUSAS, ESPECIALMENTE EL MIEDO.

Entre las causas de la simulación total tenemos las siguientes:

- 1.º Porque se pretenda adquirir la nacionalidad española.
- 2.º Porque se quiera evitar la expulsión del país.
- 3.º El miedo de uno de los contrayentes.

Hay que dejar claro que la declaración de nulidad matrimonial por causa de simulación y por causa de miedo sí que puede solicitarse de forma alternativa o subsidiaria, pero nunca de forma cumulativa.

CAUSA *SIMULANDI* Y CAUSA *CONTRAHENDI*.

Se entiende por *causa simulandi* la causa por la que se simula, esto es, el motivo o motivos por los que se excluye el matrimonio o bien alguna propiedad o elemento esencial del matrimonio (p. ej., el miedo y la

aversión al matrimonio).

Se entiende por *causa contrahendi* la causa por la que se contrae matrimonio, esto es, los motivos que llevan a aparentar que se celebra el matrimonio (p. ej., para adquirir la nacionalidad).

- **LA SIMULACIÓN PARCIAL O RESTRICCIÓN DEL CONSENTIMIENTO. CONDICIONES, CLASES O TIPOS DE SIMULACIÓN PARCIAL (C.1101.2).**

La simulación parcial supone la exclusión por un acto positivo de la voluntad de un elemento esencial del matrimonio o una propiedad esencial del mismo. Aquí sí que existe voluntad de vinculación, pero el matrimonio que se pretende contraer es, a causa de la exclusión de elementos esenciales o de una propiedad esencial, una realidad distinta de lo que canónicamente se entiende por matrimonio, o lo que es lo mismo, un matrimonio confeccionado al antojo del contrayente.

Sin embargo, hay que tener claro que el matrimonio no es un contrato patrimonial y que, por tanto, la autonomía de la voluntad del matrimonio siempre termina cuando el contrayente decide casarse.

Tradicionalmente, las exclusiones de elementos esenciales o de una propiedad esencial del matrimonio se han entendido según la teoría de los tres bienes del matrimonio de San Agustín, esto es, el bien de la prole (*bonum prolis*), el bien de la fidelidad (*bonum fidei*) y el bien de la indisolubilidad (*bonum sacramenti*). Analicemos cada una de estas exclusiones.

A./ Simulación parcial por exclusión del bien de la prole.

En este sentido, y dado el matrimonio está ordenado por su misma índole natural a la generación de la prole y que el matrimonio se consuma mediante el acto conyugal apto para la generación celebrado de modo humano, el matrimonio canónico debe estar abierto a la generación, por lo que lo que no pueden hacer los contrayentes es excluir por un acto positivo de la voluntad el mismo hecho de tener descendencia, ya se realice mediante técnicas abortivas, de inseminación artificial o incluso echando mano del infanticidio.

Los cónyuges están obligados a entregarse el derecho–deber de realizar los actos que de por sí serían aptos para la generación de la prole, por lo que el contrayente que excluye esta posibilidad está contrayendo inválidamente.

La jurisprudencia venía entendiendo que bastaba la exclusión del derecho mismo a los actos que sean de por sí aptos para la generación, negando en un principio la Rota Romana que la exclusión del mero ejercicio de este derecho suponía la nulidad matrimonial. Actualmente, sin embargo, se entiende que la entrega de un derecho vacío de contenido es lo mismo que la exclusión del derecho mismo.

Por otro lado, la regla general es que la exclusión tenga carácter perpetuo, porque en estos casos lo que se excluye no es el derecho sino el ejercicio temporal del derecho, o bien supone un abuso del mismo derecho. Algunos autores dicen que habría que entender estos matrimonios en los que existe una exclusión temporal como nulos, con base en el carácter irrevocable del consentimiento.

B./ Simulación parcial por exclusión del bien de la fidelidad.

Hasta tiempos recientes, tanto la jurisprudencia como la doctrina, siguiendo las enseñanzas del Cardenal Gasparri, venían entendiendo que el bien de la fidelidad se refería exclusivamente a la unidad conyugal (monogamia matrimonial), lo cual era ciertamente difícil de probar. Siguiendo esta doctrina, no se consideraba motivo de nulidad ni la reserva del derecho a adulterar que realizaba uno de los contrayentes ni el concubinato de uno de los contrayentes con ánimo de perpetuación. Se decía que lo

que había era un abuso del derecho o una negación del ejercicio del mismo, pero que no se negaba el derecho mismo.

Actualmente se entiende que la exclusión del bien de la fidelidad comprende no sólo la unicidad del matrimonio sino que exige además la exclusividad de los actos concernientes a la generación o *ius in corpus*.

C./ Simulación parcial por exclusión del bien de la indisolubilidad.

Nunca se ha distinguido aquí entre la exclusión del derecho a la indisolubilidad y el no ejercicio del mismo. La reserva por uno de los contrayentes del derecho a divorciarse supone la nulidad del matrimonio.

INFLUENCIA DEL LLAMADO ERROR PERVICAZ EN LA EXCLUSIÓN DE LA INDISOLUBILIDAD (EN REFERENCIA CON EL C. 1099).

Según el c. 1099: El error acerca de la nulidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio, con tal que no determine a la voluntad, no vicia el consentimiento matrimonial.

Sabemos que el consentimiento matrimonial precisa de un elemento cognoscitivo y de otro volitivo, por lo que si se tiene un error acerca de una de las propiedades esenciales y se queda únicamente en la esfera del conocimiento (el llamado simple error o *error simples*) no afecta directa o indirectamente al consentimiento en tanto que no determina a la voluntad (no trasciende a la esfera volitiva) y el consentimiento, por lo tanto, es válido. Pero si el error determina a la voluntad (el llamado error pervicaz o *error pervicax*), al estar ante un error que se encuentra tan arraigado en la personalidad y en la mente del sujeto, como ya no quiere ni puede obrar de otra manera a la que le compele su voluntad, el matrimonio no sería válido.

La teoría del error pervicaz gira alrededor del axioma que dice que nada es querido si antes no es conocido.

De este modo, alguien que entiende erróneamente que el matrimonio puede disolverse, alguien a quien su entendimiento le presenta el matrimonio como algo disoluble, ¿para qué va a hacer un acto positivo de la voluntad por el que se reserva el derecho a divorciarse?

Algunos autores, en cambio, entienden que en estos supuestos de error pervicaz encierran en sí mismos implícitamente la voluntad excluyente de dicha propiedad esencial.

Pero además de la simulación parcial por la exclusión de los bienes anteriormente citados, existen otras clases de simulación parcial:

1.º Exclusión de la dignidad sacramental.

Se considera que quien contrae matrimonio canónico tiene al menos la intención de hacer lo que hace la Iglesia, y por tanto, se presume la intención de que quien contrae matrimonio quiere el sacramento (c. 1055,2).

2.º Exclusión del derecho a la comunidad de vida.

3.º Exclusión del bien de los cónyuges.

LA PRUEBA DE LA SIMULACIÓN.

Debe probarse, ante todo, la *causa simulandi*. Sin embargo, es muy difícil probar el acto positivo de la voluntad de forma directa, por lo que no hay más remedio que acudir a medios indirectos e indicios.

Esta causa puede estar en la misma idiosincrasia del sujeto, en su modo de ser, en su egoísmo, en su desprecio hacia los valores religiosos, etc. En definitiva, lo que debe probarse son las condiciones personales y ambientales del simulador, y para ello puede acudirse a declaraciones del propio sujeto o de testigos de tiempo no sospechoso.

EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

No hay ninguna norma explícita en nuestro Código que establezca la nulidad del matrimonio por simulación, por lo que, en principio, no cabría esta causa de nulidad. En cambio, sí que cabe sostenerla con base en el **art. 45** en relación con el **73.1**.

Esto lo ha confirmado en más de una ocasión la Dirección Gral. de los Registros y el Notariado, que ha dejado claro que los matrimonios blancos o de complacencia no son inscribibles por ser nulos. Esto no es más que la aplicación del principio procesal civil que dice que a nadie le es lícito alegar su propia torpeza, principio que no cabe en Derecho canónico donde, como sabemos, incluso el culpable puede solicitar la nulidad.

TEMA 10.

EL CONSENTIMIENTO VICIADO POR VIOLENCIA FÍSICA Y POR MIEDO.- CONCEPTO DE MIEDO Y CLASES. REQUISITOS DEL MIEDO PARA QUE INVALIDE EL MATRIMONIO (C. 1103).- EL LLAMADO MIEDO REVERENCIAL Y REQUISITOS.- DIFERENCIA Y SEMEJANZAS DEL MIEDO Y LA FALTA DE LIBERTAD INTERNA.

El **c. 1103** nos dice que: Es inválido el matrimonio contraído por violencia o por miedo grave proveniente de una causa externa, incluso el no inferido de propio intento, para librarse del cual alguien se vea obligado a casarse.

En el ordenamiento romano el matrimonio contraído por violencia o miedo no era considerado como capítulo de nulidad, aunque podía rescindirse por la deducción de la acción/excepción por causa de miedo. Se trataba de una teoría que de ningún modo podía ser asumida por la Iglesia desde el momento en que la Iglesia no compartía la disolubilidad del matrimonio; por ello, si el matrimonio era indisoluble, no cabía oponer ninguna acción o excepción que pudiera suponer la rescindibilidad del matrimonio contraído.

Aunque inicialmente la Iglesia no compartía la doctrina romana sobre el matrimonio, no será hasta finales del s. XI cuando la Iglesia, sobre la base de supuestos reales de violencia o coacción, comienza a considerar el miedo y la violencia física como un capítulo de nulidad. Sin embargo, en un principio se entendían no como un vicio del consentimiento sino como un impedimento, esto es, como una prohibición de contraer, que debía reunir determinados requisitos. Así, en un primer momento se echó mano de criterios objetivos para evaluar la gravedad que se predicaba de la violencia y el miedo, para pasar posteriormente, y sobre todo a partir de las aportaciones del español De Lugo, a introducirse criterios subjetivos que harán que sea suficiente la gravedad relativa de la violencia o miedo para poder hablar de impedimento. Ello supondrá tener en cuenta las condiciones personales de cada persona, tales como la edad y demás condiciones del sujeto pasivo del miedo o violencia, dejando de lado el criterio subjetivo que consideraba grave al miedo que era capaz de hacer temblar a un hombre o mujer fuertes.

En el Concilio de Trento este impedimento se separa del correspondiente al rapto, pero no será hasta el C.I.C. de 1917 cuando el miedo sea considerado como un vicio del consentimiento, de donde pasa al actual *Codex*.

CONCEPTO.

Por *fuerza física* se entiende todo aquel impulso proveniente de un agente externo al que no puede resistirse normalmente el sujeto pasivo y que es ejercido sobre los órganos de expresión externa del consentimiento.

Por *miedo, fuerza moral o coacción*, por el contrario, se entiende toda aquella turbación del ánimo a causa de un mal inmediato o futuro, que puede mover la voluntad a realizar un acto en principio no querido, para evitar la causa del miedo, es decir, el mal que amenaza.

Por lo tanto, el miedo se compone de dos elementos diferenciados: a.) objetivo (coacción externa sobre el sujeto) y b.) subjetivo (coacción que se produce en el ánimo de un sujeto pro causa de un mal inminente o futuro).

Hay que dejar claro que sólo se invalida el matrimonio que se contrae por miedo (nexo causal entre la amenaza externa – miedo – prestación del consentimiento), no cuando se contrae con miedo.

CLASES.

En cuanto a las clases de miedo, debemos atender a diversos criterios, tales como:

A./ Por razón de su *origen o causa*.

- Miedo intrínseco.

Aquí no existe una coacción externa y depende de la disposición subjetiva del contrayente. El matrimonio sería nulo en este caso por falta de libertad interna que podría reconducirse a la falta suficiente de discreción de juicio.

- Miedo extrínseco.

Aquí hay una coacción externa que provoca la conmoción del ánimo del sujeto pasivo. El matrimonio sería nulo por aplicación del c. 1103.

B./ Por razón de la *magnitud del mal* con que se amenaza.

- Miedo grave.

Aquí se exige la gravedad del mal, pero aún así cabría diferenciar entre miedo *absolutamente grave* y miedo *relativamente grave*. Sólo se requiere aquí para que podamos hablar de miedo que éste sea relativamente grave.

- Miedo leve.

C./ Por razón del *modo de inferir el miedo*.

- Miedo justo.
- Miedo injusto.

Esta diferenciación ya ha desaparecido en el Código actual, y se basaba en que el miedo fuera o no merecido por el sujeto paciente del mismo.

D./ Por razón del *efecto*.

- Evitable
- Inevitable, que es lo que se exige para que podamos hablar de miedo.

E/ Por razón del *fin pretendido* por la persona intimidante.

- Directo, cuando el fin pretendido es el paciente contraiga matrimonio.
- Indirecto, cuando el que sufre el miedo entiende que contraer matrimonio es el único medio para librarse del mismo.

F./ Por razón de la *causalidad*.

- Antecedente, cuando el matrimonio se contrae por miedo.
- Concomitante, cuando se contrae con miedo.

G./ Por razón de la *persona intimidante*.

- Común
- Reverencial, cuando existe una relación de subordinación o dependencia entre el intimidado y el agente de la amenaza (relaciones familiares o laborales).

REQUISITOS.

En la anterior regulación se requería que el miedo fuera injusto y directo, pero ya no. En este sentido, y del análisis del c. 1103 se infieren los siguientes requisitos:

- Extrínseco.
- Grave.
- Directo o indirecto.
- Antecedente (nexo causal entre el miedo y la prestación del consentimiento).

LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE MIEDO SUFICIENTE PARA HACER NULO EL MATRIMONIO.

Debe probarse el hecho externo de la coacción, el hecho interno del miedo (a través normalmente de la confesión del intimidado) y el influjo del miedo en la prestación del consentimiento.

También sería de mucha ayuda la prueba de la causa de la coacción o miedo y de la posible existencia por el contrayente intimidado de aversión hacia el matrimonio o hacia el agente con el que ha contraído matrimonio.

De esta forma, debe haber un nexo causal entre la inicial aversión al matrimonio – la coacción externa – miedo engendrado por aquélla y el miedo como causa del matrimonio.

EL MIEDO Y LA COACCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL.

El **art. 73.1 CC** establece la nulidad del matrimonio cuando hubiera sido celebrado sin el consentimiento matrimonial, pero realmente el miedo y la violencia aparece en el **art. 73.5**, donde se establece la nulidad matrimonial cuando hubiera sido contraído por miedo o coacción grave.

En estos casos, sólo el cónyuge que hubiera sufrido el vicio podrá ejercitar la acción de nulidad, caducándose la acción y convalidándose el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos una año después de desvanecido el miedo o coacción grave.

TEMA 11.

EL MATRIMONIO CONDICIONADO.

El **c. 1102** nos dice que:

- No puede contraerse válidamente matrimonio bajo condición de futuro.
- El matrimonio contraído bajo condición de pasado o de presente es válido o no, según que se verifique o no aquello que es objeto de la condición.
- Sin embargo, la condición que trata el párrafo 2 no puede ponerse lícitamente sin licencia escrita del Ordinario del lugar.

El ordenamiento civil no contempla la condición entre los supuestos de nulidad matrimonial del **art. 73 CC**, ahora bien, no por ello quiere decirse que no haya referencia alguna a la repercusión jurídica del matrimonio contraído bajo condición. Así, el **art. 45.2**, tras afirmar que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial, dispone que la condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta.

En cuanto al ordenamiento canónico matrimonial, hay que dejar claro que dado que el consentimiento se erige en causa eficiente del matrimonio y que debe ser prestado legítimamente por personas jurídicamente hábiles, si se introduce en todo este marco la variable de la condición ello supondría tanto como afirmar la suspensión de la eficacia constitutiva del consentimiento y de la validez del matrimonio, lo que no es posible desde el momento en que el matrimonio es o no válido desde el principio, no cabiendo por tanto que ni la eficacia constitutiva del consentimiento ni la validez del matrimonio pueda quedar en suspenso.

• CONCEPTO.

La condición, en sentido propio, siempre es futura, y por tal puede entenderse *todo aquel evento o circunstancia futura e incierta de cuya verificación o cumplimiento se hace depender la validez o eficacia de un acto o negocio jurídico*.

• CLASES DE CONDICIÓN.

- Condiciones *de futuro, presente o pasado*.
- Condiciones *posibles o imposibles*, según que excedan o no de las posibilidades del propio sujeto.

Las condiciones posibles se dividen en *necesarias* (aquéllas que se van a cumplir en cualquier caso) o *contingentes* (aquéllas no tienen porqué cumplirse de forma necesaria), y éstas se dividen, a su vez, en *potestativas* (las que dependen exclusivamente de la voluntad del sujeto), *casuales* (las que dependen de circunstancias ajenas o aleatorias) o *mixtas*. Las potestativas, a su vez, se dividen en *lícitas* o *ilícitas*, según estén o no prohibidas por la ley moral.

• FIGURAS AFINES.

1.- Término.

Indicación del tiempo al que se limitan los efectos de un acto o negocio jurídico.

2.- Modo.

Carga impuesta al otro contrayente para ser cumplida con posterioridad al matrimonio pero que presupone la existencia del consentimiento y que no tienen nunca ninguna influencia en la validez del mismo.

3.- Causa.

Es el porqué de la celebración del matrimonio, pero no influye en su celebración. (P. ej., me caso porque...).

4.- Demostración.

Similar a la causa, estamos ante una cualidad común o singular de la persona que contrae matrimonio y se

expresa con el relativo que.

5.- *Supuesto o postulado.*

Circunstancia de la cual se hace depender la celebración del matrimonio pero no la prestación del consentimiento (cuando).

Ninguna de estas figuras afines producen efectos jurídicos en cuanto a la validez o no de la prestación del consentimiento.

• **LA REGLAMENTACIÓN DE LA CONDICIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO (C. 1102).**

Fue a partir de finales del s. XI cuando comenzó a tomarse en consideración el tema de la condición en el matrimonio, lo que pasó al Código del 17 y de ahí al actual.

La problemática que plantea la condición, esto es, si puede quedar en suspenso la eficacia constitutiva del consentimiento y la validez matrimonial, fue resuelta por el Código anterior de forma muy pormenorizada a través de todo un elenco de supuestos de hecho a los que se les unían determinadas consecuencias jurídicas.

La regulación actual del Código es bastante clara, lo que no significa que no estemos ante un tema conflictivo.

Del análisis del c. 1102, se llega a la conclusión de que:

- 1.- El c. 1102.1 es una ley invalidante que, por tanto, considera nulo el matrimonio contraído bajo condición de futuro.
- 2.- El c. 1102.2 deja depender la validez o no del matrimonio del cumplimiento o no de la condición pasada o presente.
- 3.- El c. 1102.3 sólo afecta a la licitud del matrimonio, no a su validez, pero resulta trascendente a efectos de prueba de la existencia de la condición.

• **LA PRUEBA EN LA CAUSA DE NULIDAD POR CONDICIÓN.**

Debe probarse el hecho de la condición, su influencia en la prestación del consentimiento y si se ha verificado o no la misma.

El problema viene dado por las condiciones de tracto sucesivo, porque se plantea si las mismas deben ser consideradas como condiciones de presente o de futuro. Se entiende doctrinalmente que pueden ser consideradas condiciones de presente cuyo objeto sería la promesa seria a actuar, con lo que no quedaría en suspenso la validez y la eficacia constitutiva del matrimonio.

TEMA 12 . FORMA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.

FUNCIÓN Y SIGNIFICADO.

El legislador ha de tener en cuenta el bien de los contrayentes y el bien público, y esto último más todavía en el momento constitutivo del estado de familia. Se precisa, por lo tanto, una garantía que viene dada por la forma jurídica y que se bifurca en una garantía para los contrayentes y también para el entorno social como consecuencia del interés público del matrimonio, que tiene siempre una proyección de interés social y público.

En cuanto a las uniones de hecho al margen de la Ley, la libertad de éstas debe coordinarse con el interés

social y público.

Es por todo ello que la forma jurídica y la publicidad del matrimonio evita muchos problemas e inconvenientes y, en suma, proporciona una garantía social y una seguridad jurídica para la sociedad en general.

El **c. 1108** nos dice que:

- Solamente son válidos aquellos matrimonios que se contraen ante el Ordinario del lugar o el párroco, o un sacerdote o diácono delegado por uno de ellos para que asistan, y ante dos testigos, de acuerdo con las reglas establecidas en los cánones que siguen [...].
- Se entiende que asiste al matrimonio sólo aquel que, estando presente, pide la manifestación del consentimiento de los contrayentes y la recibe en nombre de la Iglesia.

De esta forma, el matrimonio debe contraerse con la asistencia del Ordinario del lugar (obispo o vicario judicial), o del párroco o de un diácono delegado, y ante dos testigos.

NOTAS HISTÓRICAS.

Hasta el Concilio de Trento, el matrimonio se podía contraer públicamente (*in facie ecclesiae*) o de forma clandestina (dándose los contrayentes palabras de matrimonio), lo que produjo una situación de verdadera inseguridad jurídica en una época en donde las guerras y los viajes provocaron que numerosos varones contrajeran diversos matrimonios con distintas mujeres en las formas antes citadas y que abundasen los hijos ilegítimos, que, como se sabe, no podían suceder en los bienes y títulos nobiliarios a sus progenitores.

Precisamente para hacer frente a esta situación conflictiva e insegura en el Concilio Tridentino se discutirá sobre la conveniencia de establecer una forma jurídica canónica obligatoria, ya que todo lo relacionado en la época con el matrimonio era legislado por la Iglesia. Por ello, el Decreto *Tametsi* (1563) mandará celebrar el matrimonio ante el párroco y dos o tres testigos para poder ser considerado válido. De esta forma, la competencia matrimonial venía dada por el domicilio o cuasidomicilio de los contrayentes, por lo que el párroco tendrá competencia personal y territorial sobre los contrayentes, de suerte que podrá asistir a su matrimonio en cualquier lugar del mundo, aunque teniendo siempre una postura pasiva ante el matrimonio, aspecto que provocará el incremento de los matrimonios por sorpresa.

Por Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564, es admitida la forma jurídica canónica del matrimonio como ley del Reino y de todas sus colonias.

Esto es así hasta que en abril de 1908 Pío X promulga el decreto *Ne Temere*, por el cual se vendrá a modificar la actitud pasiva del párroco que, desde entonces, deberá ser activa (deberá requerir el consentimiento de los contrayentes). También se modificará la competencia, que será ya meramente territorial (el párroco en su parroquia siempre asiste válidamente al matrimonio) al venir referida a la parroquia.

Cuando con el tiempo el Estado comienza a legislar sobre el matrimonio civil lo hará reflejando también la necesidad de intervención de una autoridad pública por razones de seguridad jurídica.

Hay que dejar bien claro que el párroco siempre es testigo cualificado pero nunca casa, porque los ministros del matrimonio son los propios contrayentes.

LA FORMA JURÍDICA CANÓNICA. PERSONAS OBLIGADAS A LA FORMA CANÓNICA.

Según el **c. 1117**, la forma jurídica antes citada se ha de observar si al menos uno de los contrayentes fue bautizado en la Iglesia católica o recibido en ella y no se ha apartado de ella por acto formal.

Por lo tanto, siempre que al menos uno de los contrayentes sea bautizado en la Iglesia católica o recibido en ella y no se haya apartado de ella por acto formal, deberá observarse la forma canónica. En otro caso, el matrimonio no será válido para la Iglesia. Sin embargo, si ninguno de los contrayentes es católico, el matrimonio celebrado entre ellos (aunque sea en otra forma cualquiera) sí que es válido para la Iglesia, pues ellos no están obligados a la forma canónica.

Se discute qué deba entenderse por apartarse de la Iglesia católica por acto formal. Para unos autores supone el no practicar, para otros la conversión de un bautizado a otra religión, e incluso se ha llegado a decir que ello equivaldría a un discurso público o solemne en donde se abandone explícitamente la confesión católica.

1.- LA FORMA ORDINARIA.

REQUISITOS DEL MINISTRO ASISTENTE EN CUANTO A LA VALIDEZ Y EN CUANTO A LA LICITUD.

Según los cc. **1109 y 1110**, los requisitos que deben reunir los ministros (Ordinario local y párroco) asistentes:

- Deben asistir al matrimonio por razón del oficio.
- En su territorio, y no sólo respecto de los matrimonios de sus súbditos sino también de quienes no lo son, con tal de que uno de ellos sea de rito latino.
- No deben estar excomulgados, suspendidos del oficio o declarados tales.
- Deben asistir libremente.
- Deben tener una presencia activa, esto es, debiendo requerir y recibir el consentimiento en nombre de la Iglesia.
- Cuando se trate de Ordinario o párroco personales, sólo asisten válidamente al matrimonio en razón de su oficio cuando al menos uno de los contrayentes es súbdito suyo, dentro de los límites de su jurisdicción.

MINISTRO DELEGADO CLÉRIGO (C. 1108) O LAICO IDÓNEO (C. 1112), Y CONDICIONES PARA LA VALIDEZ DE LA DELEGACIÓN, TANTO POR PARTE DEL DELEGANTE COMO DEL DELEGADO.

Con arreglo al c. 1111, el Ordinario local o el párroco, por ser quienes tienen la facultad ordinaria, y mientras desempeñen válidamente su oficio (no deben estar censurados por sentencia o decreto), pueden delegar a sacerdotes y diáconos la facultad, incluso general (ya para todos los matrimonios o para determinadas personas, para un tiempo determinado o para determinadas circunstancias), de asistir a los matrimonios dentro de los límites de su territorio.

Para que sea válida la delegación de la facultad de asistir a los matrimonios, debe otorgarse expresamente (por acto positivo explícito o implícito) a personas determinadas. Si se trata de una delegación especial, ha de darse para un matrimonio concreto, no requiriendo la forma escrita. La delegación general debe concederse por escrito.

Para el caso de que en algún lugar no haya sacerdotes ni diáconos, el Obispo diocesano, previo voto favorable de la Conferencia Episcopal y obtenida licencia de la Santa Sede, podrá delegar a laicos para que asistan a los matrimonios. Por laico o seglar debe entenderse todo aquel fiel que no es ministro sagrado o clérigo.

Debe elegirse un laico idóneo, capaz de instruir a los contrayentes y apto para celebrar válidamente la liturgia matrimonial.

Los laicos sólo están facultados, en estos casos, para asistir al matrimonio (requerir y recibir en nombre

de la Iglesia el consentimiento matrimonial, la lectura de los textos sagrados y la celebración de la liturgia matrimonial), pero nunca podrán celebrar la liturgia de la misa.

En ocasiones puede ocurrir que el matrimonio se celebre con la asistencia aparentemente legítima de un sacerdote que, sin embargo, carece de jurisdicción para ello. En estos casos, por remisión del c. 144 al 1111, la Iglesia suple la potestad ejecutiva del régimen, tanto para el fuero externo como interno, ya que estamos ante un error de derecho. Lo que no valdría sería la asistencia al matrimonio por un sacerdote sin la licencia cuando carece de jurisdicción propia.

REQUISITOS DE LOS TESTIGOS PARA LA VALIDEZ Y LA LICITUD DEL MATRIMONIO.

Respecto de las condiciones de validez de los testigos, son básicamente las siguientes:

- Dos como mínimo.
- Uso de razón.
- Materialmente presentes.
- Presencia simultánea a la de los contrayentes.
- Capacidad de percepción.
- Es indiferente la edad, sexo, religión y si están o no coaccionados.

Para el caso de los testigos en el matrimonio civil, los requisitos son los mismos expuestos más arriba. Deben ser dos y estar en presencia del Juez, Alcalde o funcionario autorizante. Antes de contraerse matrimonio civil hay que recordar que debe tramitarse el correspondiente expediente matrimonial.

EL MATRIMONIO LLAMADO SECRETO. CONCEPTO Y REQUISITOS.

El matrimonio secreto o de conciencia se da cuando, por causa grave y urgente, y previa autorización por el Ordinario del lugar por tales motivos, el matrimonio debe celebrarse de forma privada evitándose la publicidad tanto de las investigaciones que han de hacerse antes del matrimonio como del propio matrimonio por parte del Ordinario del lugar, el asistente, los testigos y los cónyuges.

Esta obligación de guardar secreto cesa para el Ordinario local cuando por la observancia del secreto haya peligro de escándalo grave o de grave injuria a la santidad matrimonial, debiendo advertir este punto a las partes antes de la celebración del matrimonio.

El matrimonio secreto se anotará sólo en un registro especial, que se ha de guardar en el archivo secreto de la Curia.

El matrimonio secreto también se da en el Derecho civil, en cuyo caso el expediente se tramita reservadamente, sin la publicación de edictos o proclamas. Este matrimonio debe ser autorizado por el Ministro de Justicia cuando concurra causa grave suficientemente probada. Este matrimonio es también objeto de inscripción en un libro secreto del Ministerio de Justicia.

LA INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO CELEBRADO, EN LOS REGISTROS CANÓNICOS O ECLESIASTICOS Y EN EL REGISTRO CIVIL. VALOR Y SIGNIFICADO.

Además de los libros parroquiales de defunciones y bautismos, en toda parroquia debe llevarse un libro de matrimonios.

Para contraer matrimonio es preciso la partida de bautismo, donde se inscribirá el matrimonio, la nulidad en su caso, y todas las modificaciones que el mismo pueda experimentar.

Tanto la inscripción civil como canónica del matrimonio es meramente declarativa o *ad probationem*, nunca constitutiva o *ad solemnitatem*. Pero para que pueda ser opuesto el matrimonio a terceros es preciso su inscripción.

TEMA 13

2.-) LA FORMA EXTRAORDINARIA CANÓNICA. CONCEPTO, REGULACIÓN Y REQUISITOS. LA FORMA EXTRAORDINARIA CIVIL.

Respecto de la forma extraordinaria canónica, y según el **c. 1116**, debe partirse siempre de una premisa previa y común a los supuestos que contempla el mismo como situaciones extraordinarias: que no haya alguien que sea competente conforme al derecho para asistir al matrimonio, o no se pueda acudir a él sin grave dificultad o incomodidad, entendida ésta tanto física como moralmente. Dándose este presupuesto, para que el matrimonio se repunte válido y lícitamente contraído se exige sólo la presencia de los testigos, en dos casos puntuales:

1.º En peligro de muerte.

2.º Fuera de peligro de muerte, con tal de que se prevea prudentemente que esa situación va a prolongarse durante un mes.

En ambos casos, si hay otro sacerdote o diácono que pueda estar presente ha de ser llamado y debe asistir al matrimonio juntamente con los testigos, sin perjuicio de la validez del matrimonio sólo ante testigos, por lo que su presencia o ausencia no tiene repercusión jurídica alguna respecto de la validez del matrimonio.

En el ordenamiento civil, el matrimonio en peligro de muerte se regula en el **art. 52**, en donde se nos dice que podrá autorizar el matrimonio de quien se halle en peligro de muerte:

- El Juez encargado del Registro Civil, el delegado o el Alcalde, aunque los contrayentes no residan en la circunscripción respectiva.
- En defecto de Juez, y respecto de los militares en campaña, el Oficial o Jefe superior inmediato.
- Respecto de los matrimonios que se celebren a bordo de nave o aeronave, el Capitán o Comandante de la misma.

Este matrimonio no requiere para su autorización la previa formación de expediente, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad, salvo imposibilidad acreditada. Al contrario, en el ordenamiento canónico, como hemos visto, no se exige requisito de edad para los testigos.

En el ordenamiento canónico se precisa de la formación del expediente matrimonial previo sobre el estado de libertad de los contrayentes. Sin embargo, con arreglo al **c. 1068** basta, para los casos de peligro de muerte, y sólo cuando no puedan obtenerse otras pruebas, la declaración de los contrayentes, bajo juramento según los casos, de que están bautizados y libres de todo impedimento, a no ser que haya indicios en contra.

3.-) LA FORMA JURÍDICA DEL MATRIMONIO CELEBRADO EN FORMA RELIGIOSA NO CATÓLICA.

Con base en los **arts. 59 y 60 CC**, el consentimiento matrimonial puede prestarse en la forma prevista una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste. Además, el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas anteriormente, produce efectos civiles.

Aquí son de especial relieve los matrimonios celebrados por protestantes, judíos y musulmanes. En este caso, el art. 7 de los respectivos Acuerdos de cooperación entre el Estado y la FERED, CIE y FCI, establece los

siguientes pasos. Se requiere la previa promoción del expediente matrimonial ante el encargado del Registro Civil para la acreditación de los requisitos de capacidad de cada contrayente. Cumplido este trámite, el encargado del Registro expedirá por duplicado a los contrayentes la oportuna certificación acreditativa de sus respectivas capacidades matrimoniales, que deberán ser entregadas al respectivo ministro de culto.

Para la validez civil del matrimonio, el consentimiento habrá de expresarse ante el ministro de culto oficiante de la ceremonia y, al menos, dos testigos mayores de edad, antes de que hayan pasado seis meses desde la expedición de la certificación de capacidad matrimonial. En otro caso, la doctrina mayoritaria entiende que no es que el matrimonio sea nulo, sino que es simplemente inexistente e irrelevante para el Estado, surtiendo únicamente sus efectos dentro de la confesión respectiva. Y ello porque cada Acuerdo autoriza los matrimonios celebrados en la forma religiosa en concreto a efectos civiles únicamente si cumplen escrupulosamente los requisitos establecido en el mismo.

Contraído el matrimonio, el ministro de culto extenderá en la certificación de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio, que contendrá los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos. Uno de los ejemplares de la certificación así diligenciada se remitirá, acto seguido, al encargado del Registro Civil competente para su inscripción, y el otro se conservará como acta de celebración en el archivo de la confesión de que se trate.

De acuerdo con la Instrucción del 10 de febrero de 1993, de la Dirección Gral. De los Registros y el Notariado, y como excepción, los musulmanes pueden contraer matrimonio en su forma religiosa directamente y sin necesidad del previo expediente matrimonial, que deberá diligenciarse posteriormente.

4.-) EL MATRIMONIO POR PROCURADOR Y POR INTÉRPRETE.

Lo que a continuación se expondrá no forma parte propiamente de la forma extraordinaria del matrimonio canónico, sino que son una serie de supuestos que deberán reunir un conjunto de requisitos añadidos.

MATRIMONIO POR PROCURADOR.

Según el **c. 1105**, los requisitos para la *validez* de este matrimonio pueden reconducirse a dos:

A./ Requisitos que hacen referencia estricta a la celebración del matrimonio en estas circunstancias.

- Que se haya dado mandato especial para contraer con una persona determinada. No basta, por tanto, un poder general para todos los negocios o para contraer matrimonio en general.
- Que el procurador haya sido designado por el mandante, y desempeñe personalmente esa función.

B./ Requisitos que hacen referencia básicamente a las condiciones que debe cumplir el mandato en sí mismo considerado.

- Se requiere un documento público eclesiástico (que esté firmado por el mandante y por el párroco o el Ordinario del lugar donde se da el mandato, o por un sacerdote delegado por uno de ellos).
- Se requiere un documento privado (que al menos esté firmado por dos testigos).
- Se requiere un documento auténtico o civil (documento auténtico a tenor del derecho civil).
- Si el mandante no puede escribir, se ha de hacer constar esta circunstancia en el mandato, y se añadirá otro testigo, que debe firmar también el escrito; en caso contrario, el mandato será nulo.

El mandato cesa:

- Si se extingue el tiempo fijado, cuando se haya establecido.

- Permanece indefinidamente si no ha sido expresamente revocado, pero el mandante, antes de que el procurador haya contraído en su nombre, puede revocar el mandato, en cuyo caso el matrimonio es inválido.
- El matrimonio es igualmente inválido si el mandante cae en amencia, aunque el procurador o el otro contrayente lo ignoren.

En cuanto al matrimonio por apoderado o procurador en el ordenamiento civil, el **art. 55** establece los siguientes requisitos:

- 1.- Poder especial en forma auténtica.
- 2.- Asistencia personal del otro contrayente.
- 3.- Determinación en el poder de la persona con quien ha de contraerse matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad.
- 4.- Se extingue por la revocación del poderdante, por la renuncia del apoderado o por la muerte de cualquiera de ellos.

Por último, debemos hacer mención al **c. 1107, 7º**, donde se dispone la necesidad de la licencia del Ordinario para la licitud matrimonial en los supuestos de matrimonio con procurador, lo que es exigencia misma de los requisitos que el mismo debe reunir.

MATRIMONIO POR INTÉRPRETE.

Con arreglo al **c. 1106**, el matrimonio puede contraerse mediante intérprete, pero el párroco no debe asistir si no le consta la fidelidad del intérprete.

De esta forma, para asistir, el párroco debe tener la certeza moral sobre la fiabilidad del intérprete y la fidelidad en la interpretación. No se trata de un requisito de invalidez; no estamos ante una ley invalidante.

CONSIDERACIÓN ECLESIAÍSTICA EN LA ACTUALIDAD DEL MATRIMONIO CIVIL DE LOS BAUTIZADOS CATÓLICOS.-

El supuesto general del que se parte es el que hace referencia a la obligatoriedad de contraer matrimonio canónico por parte de los bautizados católicos para obtener del ordenamiento canónico la validez del mismo.

Se ha operado en el seno de la Iglesia, sin embargo, un cambio de postura con respecto al tratamiento del tema que nos ocupa si tomamos como referencia el Código anterior. No obstante, la tratamiento actual del tema tiene tanto partidarios como detractores, y así, mientras parte de la doctrina entiende oportuno el planteamiento actual, otros autores entienden que cabría ir más allá.

En el Código anterior no se hacía referencia alguna al matrimonio civil, mientras que actualmente el ordenamiento canónico parece mantener una postura de respeto más acusada. Así, por ejemplo, se hace mención al matrimonio civil en el c. 1071, 2º y 3º; se exige de la obligación de la forma canónica a los bautizados en la Iglesia católica que la hayan abandonado mediante un acto formal, por lo que en el caso de celebrarse un matrimonio civil en este supuesto el ord. canónico le reconocería validez; se establece la posibilidad de convalidación y, por ende, subsanación del defecto de forma civil; la posibilidad de dispensa de la forma en los matrimonios mixtos o dispares en donde, entre otras formas, cabría la civil.

SUPUESTOS EN QUE EL MATRIMONIO CIVIL Y/O RELIGIOSO NO CATÓLICO ES PLENAMENTE RECONOCIDO COMO VÁLIDO POR EL ORDENAMIENTO CANÓNICO. CONSECUENCIAS.

El matrimonio civil o religioso no católico es plenamente reconocido como válido por el ordenamiento canónico cuando los contrayentes no están obligados a la forma canónica, esto es:

- Cuando se da entre no bautizados.
- Cuando se da entre bautizados que se han apartado de la Iglesia católica por un acto formal.
- Cuando se da entre bautizados no católicos.
- En los casos de matrimonio mixtos con dispensa de forma.
- Cuando el matrimonio civil ha sido utilizado como forma extraordinaria de celebración ante la imposibilidad de contraer matrimonio canónico.

TEMA 14

EL MATRIMONIO NULO. ENUMERACIÓN DE LAS CAUSAS DE NULIDAD EN EL ORDENAMIENTO CIVIL Y EN EL CANÓNICO. POSIBLES SOLUCIONES.

El matrimonio puede ser nulo por un vicio o defecto de forma, consentimiento o capacidad/habilidad, pero además, los supuestos de nulidad, separación y disolución pueden responder a la existencia de conflictos personales y/o jurídicos.

La posibilidad de que un matrimonio contraído con algún vicio sería nulo si así se logra demostrar en un proceso. Pero si a ese conflicto jurídico no se une ningún otro de carácter personal, podemos utilizar en este supuesto dos técnicas o mecanismos jurídicos:

- La disimulatio, esto es, que aquello que todos creen que es matrimonio siga siéndolo, ya que para que un matrimonio sea nulo debe ser declarado como tal por la autoridad competente.
- La convalidación.

Para el caso de que exista un conflicto jurídico unido a otro personal y/o familiar y/o social, serán precisas otras vías tales como la separación, la nulidad o la disolución. Se tratan de supuestos diferentes que no deben entremezclarse, ya que mientras la nulidad parte de un matrimonio inicialmente inexistente por ser nulo, la separación y la disolución parten de un matrimonio válido.

LA CONVALIDACIÓN CIVIL Y LA CANÓNICA. REQUISITOS. CONVALIDACIÓN AUTOMÁTICA. CONVALIDACIÓN SIMPLE Y SANACIÓN EN LA RAÍZ.

La convalidación o revalidación supone un mecanismo jurídico en virtud del cual un matrimonio sustantivamente nulo, pero sobre el que no ha recaído sentencia de nulidad, pasa a subsanarse de modo que deja de ser posible el ejercicio de la acción de nulidad respecto de la causa que lo hacía nulo.

Se distingue entre *convalidación automática* (supone que el matrimonio se subsana *per se* y sin intervención de la autoridad competente, y en ocasiones, sin una intervención consciente de las partes) y *convalidación no automática* (supone la intervención de la autoridad competente y normalmente de las partes). La convalidación automática sólo está reconocida por el ordenamiento civil ya que en el ordenamiento canónico siempre es precisa la intervención de la autoridad competente, mientras que la convalidación no automática viene reconocida también en el canónico.

Como ejemplo de la convalidación automática tenemos, en el ordenamiento civil, el **art. 75** (edad) y **76** (error, miedo o coacción grave).

CONVALIDACIÓN CANÓNICA.

1.- La convalidación simple (cc. 1156 a 1160).

Requiere *siempre* la renovación del consentimiento matrimonial, por mucho que el **c. 1107** establezca que aunque el matrimonio se hubiera contraído inválidamente por razón de un impedimento o defecto de forma, se presume que el consentimiento prestado persevera, mientras no conste su revocación, pues se trata de una presunción que no opera con fuerza absoluta. Los efectos de la convalidación simple, en consecuencia, son *ex nunc* o desde el momento mismo de la convalidación. Es posible esta convalidación tanto para defectos de forma, consentimiento como capacidad.

Para la convalidación del matrimonio que es nulo por causa de un impedimento dirimente, es necesario el cese o dispensa del impedimento, y la renovación del consentimiento, al menos por parte del cónyuge que conocía la existencia del impedimento, para la validez de la misma convalidación (**c. 1156**).

La renovación del consentimiento debe ser un nuevo acto de voluntad sobre el matrimonio por parte de quien sabe u opina que fue nulo desde el comienzo (**c. 1157**).

Si el impedimento es público, ambos contrayentes han de renovar el consentimiento en la forma canónica; si el impedimento no puede ser probado, basta que el consentimiento se renueve privadamente y en secreto por el contrayente que conoce la existencia del impedimento, con tal de que el otro persevere en el consentimiento que dio, o bien por ambos contrayentes, si los dos conocen la existencia del impedimento (**c. 1158**).

El matrimonio nulo por defecto de consentimiento se convalida si consiente quien antes no había consentido, con tal de que persevere el consentimiento dado por el otro contrayente. Si no puede probarse el defecto de consentimiento, basta que privadamente y en secreto preste su consentimiento quien no lo había dado, mientras que si puede ser probado, será necesario que el consentimiento se preste en forma canónica (**c. 1159**).

Si el matrimonio es nulo por defecto de forma, debe contraerse de nuevo en forma canónica (**c. 1160**).

2.- La sanación en la raíz (cc. 1161 a 1165).

Aquí *no* se precisa prestar de nuevo el consentimiento, y en consecuencia, los efectos de la convalidación son *ab initio* o *ex tunc*, siendo únicamente posible la misma ante defectos de forma o capacidad, nunca de consentimiento.

El Código define la sanación en la raíz como la convalidación de un matrimonio nulo sin necesidad de la renovación del consentimiento, concedida por la autoridad competente, y que lleva consigo la dispensa del impedimento si lo hubiera, y de la forma canónica, si no se observó, así como la retrotracción al pasado de los efectos canónicos. La convalidación tiene lugar desde que se concede la gracia, alcanzando la retrotracción hasta el momento en el que se celebró el matrimonio, a no ser que se diga expresamente otra cosa. La sanación en la raíz sólo debe concederse cuando sea probable que las partes quieren perseverar en la vida conyugal (**c. 1161**).

Si falta el consentimiento en las dos partes o en una de ellas, el matrimonio no puede sanarse en la raíz, salvo cuando faltando el consentimiento desde el principio se da posteriormente, en cuyo caso de podrá conceder la sanación a partir del momento en el que se prestó el consentimiento (**c. 1162**).

El matrimonio nulo por impedimento o por defecto de la forma legítima puede sanarse, con tal de que persevere el consentimiento de ambas partes. El matrimonio nulo por impedimento de derecho natural o divino positivo sólo puede sanarse una vez que haya cesado el impedimento (**c. 1163**).

La sanación puede también concederse ignorándolo una de las partes o las dos, pero no debe ser otorgado sin causa grave (c. 1164).

La sanación en la raíz puede ser concedida por la Sede Apostólica, o bien por el Obispo diocesano en cada caso, aun cuando concurren varios motivos de nulidad en un mismo matrimonio, cumpliéndose las condiciones establecidas en el c. 1125 para la sanación de los matrimonios mixtos; pero no puede otorgarla el Obispo si existe un impedimento cuya dispensa se reserve a la Sede Apostólica o se trate de un impedimento de derecho natural o divino positivo que ya haya cesado (c. 1165).

CONVALIDACIÓN CIVIL.

1.- Convalidación automática.

- Edad.

Se convalida si llegada la mayoría de edad los cónyuges conviven juntos durante un año después de alcanzada aquélla (art. 75, 2º)

- Error, coacción o miedo grave.

Se convalida si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo (art. 76, 2º).

2.- Convalidación no automática (art. 48).

Son todos los supuestos en donde concurre un impedimento dispensable (edad, grado tercero entre colaterales y conyugicidio).

En estos casos, la dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.

POSIBLE DECLARACIÓN DE NULIDAD EN EL ORDENAMIENTO CIVIL Y EN EL CANÓNICO. DIFERENCIA ENTRE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD Y DISOLUCIÓN.

Nulidad: a través de un proceso judicial se llega a la conclusión de que aquello que se tenía por matrimonio no tenía más que apariencia de tal, porque concurrió en su celebración alguno de los supuestos que lo hacen inválido (incapacidad o inhabilidad, y/o vicio de consentimiento, y/o defecto de forma jurídica). En estos casos, la sentencia de nulidad supone que nunca hubo matrimonio válido, que nunca hubo vínculo.

Disolución: se parte de un matrimonio válido que, por concurrir alguna de las causas legalmente establecidas, se disuelve por la autoridad competente. En este caso sí que hubo vínculo porque el matrimonio fue válido.

Consecuencia de la nulidad y de la disolución es la posibilidad de volver a contraer un nuevo matrimonio.

Separación: es la suspensión de la vida en común de los casados. Los separados siguen siendo cónyuges, por lo que ni civil ni canónicamente pueden volver a casarse en tanto que existe vínculo.

DISOLUCIÓN E INDISOLUBILIDAD. INDISOLUBILIDAD CANÓNICA DEL MATRIMONIO RATO Y CONSUMADO.

El c. 1056 recoge como propiedades esenciales del matrimonio tanto la unidad como la indisolubilidad. Por indisolubilidad debemos entender la imposibilidad jurídica de extinguir, desunir o romper el

vínculo conyugal. Se trata de una propiedad esencial de todo matrimonio, no únicamente del canónico.

Se suele distinguir entre una indisolubilidad intrínseca y otra extrínseca. La primera de ellas se refiere a la imposibilidad por parte de los cónyuges de disolver el matrimonio por su propia autoridad, esto es, por sí y ante sí. Y contra las voces que sostienen que de la misma forma que el consentimiento es el elemento constitutivo del matrimonio también el mutuo disenso de los cónyuges podría serlo de su disolución, se contesta que el consentimiento no es suficiente para la constitución del matrimonio, sino que se precisa además un determinado contexto y forma jurídica. Junto a ello, la relevancia social del matrimonio es otro de los argumentos que impiden la indisolubilidad intrínseca.

En cuanto a la indisolubilidad extrínseca, supone que el matrimonio no puede disolverse ni siquiera mediante la intervención de una autoridad externa a los cónyuges.

El principio de la indisolubilidad intrínseca es admitido por el ordenamiento canónico y por el civil, mientras que la indisolubilidad extrínseca se admite por ambos órdenes, aunque con distinta intensidad, ya que el ordenamiento civil entiende que el matrimonio es disoluble extrínsecamente mediante el instituto del divorcio, cosa que no ocurre en el ordenamiento canónico, donde la regla general es la indisolubilidad del matrimonio, salvo los supuestos en que sí es posible. En todo caso, el CIC únicamente habla de que sea indisoluble el matrimonio rato y consumado, por lo que si falta cualquiera de estas dos características podría disolverse.

La indisolubilidad es una doctrina firme de la Iglesia, pero no un dogma de fe, que se ha mantenido a lo largo de la historia; esto no quiere decir que no pueda cambiarse. El fundamento de esta doctrina lo encontramos, en primer término, en la Sagrada Escritura, y en concreto hallamos muestras de ella en el Evangelio según San Mateo. Algunos autores han criticado este principio y han señalado que esta enseñanza de Jesús debe ser vista como una meta o como una norma moral, pero no jurídica. Otros han criticado este principio alegando que de la misma manera que la Iglesia tiene potestad para disolver el matrimonio rato y no consumado, también podría tener potestad para disolver cualquier tipo de matrimonio. El fundamento de esta potestad se encuentra también en el Evangelio de San Mateo, cuando dice que lo que atáis en la tierra quedará atado en el Cielo, y lo que desatáis en la tierra quedará desatado en el Cielo.

Junto a los textos de las Sagradas Escrituras, el fundamento del principio de la indisolubilidad se halla en la tradición, y sobre todo a partir del s. XIII, que es cuando se advierte en los textos la firmeza de este principio. La tradición habla del simbolismo sacramental, que supone que cuando el sacramento del matrimonio produce la unión de los cónyuges viene a expresar y ser un vivo reflejo de la alianza de Cristo con su Iglesia.

El supuesto que el CIC en donde no cabe la disolubilidad es el matrimonio rato o sacramental y consumado (vid. cc. 1141 y 1061).

TEMA 15

DISOLUCIÓN NORMAL DEL MATRIMONIO TANTO EN DERECHO CIVIL COMO EN EL CANÓNICO. LA MUERTE PRESUNTA.

Tanto en Derecho civil como canónico la muerte es causa de disolución del matrimonio. El problema surge ante la ausencia de uno de los cónyuges. A estos efectos, el **c. 1085** dispone que aun cuando el matrimonio anterior sea nulo o haya sido disuelto por cualquier causa, no por eso es lícito contraer otro, antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución precedente. En estos casos, el CIC regula la declaración de muerte presunta en el **c. 1707**, cuando dice que: cuando la muerte de un cónyuge no pueda probarse por documento auténtico, eclesiástico o civil, el otro cónyuge no puede considerarse libre del vínculo

matrimonial antes de que el Obispo diocesano haya emitido la declaración de muerte presunta, en cuyo caso, el Obispo diocesano sólo puede emitir la declaración [...] cuando, realizadas las investigaciones oportunas, por las declaraciones de testigos, por fama o por indicios, alcance certeza moral sobre la muerte del cónyuge. No basta el solo hecho de la ausencia del cónyuge, aunque se prolongue por mucho tiempo. En definitiva, no basta el simple transcurso del tiempo para la declaración de la muerte, sino que debe haber un conjunto de pruebas de modo que el Obispo diocesano pueda alcanzar una certeza moral de la muerte que pueda excluir cualquier duda prudente, no bastando por lo tanto para ello una declaración de fallecimiento civil. Para el caso de que el declarado fallecido aparezca, para el ordenamiento canónico el primer matrimonio sería el que seguiría existiendo, siendo por lo tanto el segundo nulo; en el ordenamiento civil, por el contrario, el **art. 85** dispone que el matrimonio se disuelve por la muerte y la declaración de fallecimiento de cualquiera de los cónyuges.

DISOLUCIÓN CIVIL DEL MATRIMONIO: EL DIVORCIO. CAUSAS.

El art. 85 CC establece como forma de disolución del matrimonio, además de la muerte y la declaración de fallecimiento, el divorcio. En este caso, si un matrimonio canónico se disuelve civilmente por divorcio, esos cónyuges no podrán contraer un nuevo matrimonio canónico por tratarse de una situación irregular.

El art. 86 señala las causas de divorcio, pudiéndose decir que el Código ha acogido un sistema de divorcio-ruptura en donde deja de lado la culpabilidad de los cónyuges, aunque la causa 5º parece acoger un supuesto de divorcio-sanción. La declaración de divorcio sólo produce sus efectos a partir de la firmeza de la sentencia.

Las causas de divorcio son las que siguen:

1.º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

2.º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.

3.º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.

b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.

4.º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, al menos, cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5.º La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta convenio regulador de sus efectos, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código.

DISOLUCIÓN EN EL DERECHO CANÓNICO:

A) MATRIMONIO RATO Y NO CONSUMADO. REQUISITOS, PROCEDIMIENTO Y EFICACIA. EFECTOS EN EL ORDENAMIENTO CIVIL ESPAÑOL.

El c. 1142 establece que el matrimonio no consumado entre bautizados, o entre parte bautizada y parte no bautizada, puede ser disuelto con causa justa por el Romano Pontífice a petición de ambas partes o de una de ellas, aunque la otra se oponga.

En este punto haría falta probar la inconsumación del matrimonio, con arreglo a lo dispuesto en el c. 1061, lo que a veces puede ser fácil y otras no tanto, debiéndose acudir en estos casos a pruebas morales, ya que se presume la consumación del matrimonio (c. 1061, 2º).

La situación de los cónyuges bautizados o, en su caso, del cónyuge que lo esté, puede haber tenido lugar desde el principio o con posterioridad a la celebración del matrimonio; es decir, puede que los dos no fueran bautizados al momento de contraerse el matrimonio, pero con posterioridad al mismo ambos o sólo uno de ellos pueden bautizarse, con lo que el matrimonio devendría desde ese mismo momento sacramental o rato; pero si una vez que ambos o uno de los cónyuges se bautiza el matrimonio no se consuma, entonces podría disolverse.

El canon dice que el matrimonio rato y no consumado puede ser disuelto con justa causa por el Romano Pontífice a petición de ambas partes o de una de ellas. Respecto de la justa causa, resulta extraño que probada la inconsumación no se lograra encontrar una justa causa para no conceder la dispensa.

Esta disolución se lleva a cabo a través de un procedimiento administrativo, y no se trata de un derecho que tenga la parte, sino la concesión de una gracia que, como tal, podrá o no concederse, y que se resuelve mediante un rescripto del Romano Pontífice (cc. 59 y ss.).

La decisión corresponde a la Sede Apostólica porque históricamente el Romano Pontífice se ha venido reservando la concesión de esta dispensa. El matrimonio quedará disuelto una vez concedida la dispensa por el mismo.

EFECTOS EN EL ORDENAMIENTO CIVIL ESPAÑOL.

La dispensa *super rato* puede tener eficacia en el ordenamiento civil a través de su oportuna homologación, de manera que quien la obtiene podrá contraer nuevo matrimonio tanto por lo civil como por lo canónico. Vid. art. VI Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos y art. 80 CC.

B) DISOLUCIÓN EN FAVOR DE LA FE.

La Iglesia entiende que si en un determinado supuesto pudiese entrar y entrara en conflicto la fe de una persona y un determinado matrimonio, el mismo debe resolverse haciendo prevalecer la fe sobre la indisolubilidad del matrimonio en cuestión. Con ello de lo que se trata es de evitar la pérdida de la fe frente a la indisolubilidad del matrimonio por aplicación del fin último de la Iglesia, cual es el de la salvación de las almas (*salus animarum*). Esto se da también porque el *favor iuris*, en definitiva, cede sólo ante el privilegio de la fe o *favor fidei*.

1) POR PRIVILEGIO PAULINO.

Recogido en los cc. 1143 a 1147, el fundamento del Privilegio Paulino se considera que está basado en 1 Co 7, 12–16, y que el Magisterio de la Iglesia entendió y desarrolló desde los primeros tiempos como posibilidad de nuevo matrimonio de un converso a fe estando válidamente casado, al cual el otro

cónyuge abandona física o moralmente por causa de la fe y de cuyo abandono surge un derecho a favor de la parte abandonada a rehacer su vida en un nuevo matrimonio según la fe: la vida en la fe es considerada como un valor superior, que justifica la rotura del vínculo matrimonial. El matrimonio queda disuelto por el mismo hecho de que la parte bautizada contraiga un nuevo matrimonio y siempre que la parte no bautizada se separe.

2) CASOS SEMEJANTES.

El **c. 1148** recoge el supuesto de conversión al catolicismo de un consorte polígamo y posibilidad de tomar como esposa o esposo a cualquiera de las esposas o esposos. Se trata de una ampliación del Privilegio Paulino acaecida en el s. XVI y que obedece a las circunstancias históricas con que se encontraban los misioneros que evangelizaron los pueblos recientemente descubiertos. El Código actual, a diferencia del anterior que remitía en estos casos a las Constituciones papales (*Altitude* de Pablo III (1.6.1537) y *Romani Pontificis* de Pío V (2.8.1571)), ha preferido optar por su regulación.

Por otro lado, el **c. 1149** recoge el supuesto de un converso al catolicismo casado antes del bautismo con persona no bautizada, a quien no es posible reinstaurar la convivencia conyugal por cautividad o persecución, en cuyo caso se permite al bautizado un nuevo matrimonio tanto si la situación de separación violenta se ha producido antes como después del bautismo. Se trata de una situación especial ya tenida en cuenta en la Constitución apostólica *Populis* de Gregorio XIII (25.1.1585).

3) MATRIMONIO DISPAR O EL LLAMADO PRIVILEGIO PETRINO.

Estamos en este caso ante un matrimonio celebrado entre un bautizado y un no bautizado, en cuyo caso se admite la disolución del mismo. Su regulación se encuentra en la Instrucción para la disolución del matrimonio en favor de la fe de la Sagrada Congregación de la Doctrina de la Fe, de 6 de diciembre de 1973.

Entre los requisitos para proceder en estos casos a la disolución del matrimonio tenemos las siguientes:

- Que se permanezca en al carencia de bautismo de uno de los cónyuges.
- Que se produzca una ruptura de la convivencia conyugal y que no sea culpable de la misma la parte bautizada.
- Se debe interpelar a la parte no bautizada.
- Si la parte bautizada quiere casarse con otra no católica se debe investigar para tener la certeza de que aquélla se mantenga en su fe.

4) DISOLUCIÓN EN FAVOR DE LA FE DE TERCERA PERSONA.

Estamos ante un caso excepcional que sólo en contadas ocasiones se ha dado en la práctica. Supone la disolución por la Sta. Sede de un matrimonio entre dos no bautizados en donde ninguno de ellos se ha bautizado ulteriormente y que se ha roto, y ello por razón de la fe de una tercera persona ajena a los cónyuges.

TEMA 18

B) CAUSAS EXTRAORDINARIAS, O EL LLAMADO PROCESO DOCUMENTAL O SUMARIO (C. 1686). CONDICIONES Y REQUISITOS.

Según el c. 1686:

Una vez recibida la petición hecha conforme al c. 1677, el Vicario judicial o el juez por éste designado

puede declarar mediante **sentencia** la nulidad de un matrimonio, **omitiendo las solemnidades del proceso ordinario** pero **citando a las partes y con intervención del defensor del vínculo**, si por un **documento al que no pueda oponerse ninguna objeción ni excepción** consta con certeza **la existencia de un impedimento dirimente o el defecto de forma legítima**, con tal de que conste con igual certeza que no se concedió dispensa, **o que el procurador carece de mandato válido**.

La sentencia así dictada será ejecutoria, a no ser que el Defensor del Vínculo la apele.

C) OTROS PROCESOS MATRIMONIALES:

1) EL PROCESO ADMINISTRATIVO PARA LA DISPENSA DE RATO Y NO CONSUMADO. REQUISITOS PARA LA CONCESIÓN.

Capítulo III

Del proceso para las dispensas del matrimonio rato y no consumado.

1697 Sólo los cónyuges, o uno de ellos aunque el otro se oponga, tienen derecho a pedir la gracia de la dispensa del matrimonio rato y no consumado.

1698 § 1. Unicamente la Sede Apostólica juzga sobre el hecho de la inconsumación del matrimonio y la existencia de justa causa para conceder la dispensa.

§ 2. La dispensa es concedida sólo por el Romano Pontífice.

1699 § 1. Para recibir el escrito por el que se pide la dispensa es competente el Obispo diocesano del domicilio o cuasidomicilio del orador, el cual, si consta que la petición tiene fundamento, debe ordenar la instrucción del proceso.

§ 2. Pero si el caso que se propone plantea especiales dificultades de orden jurídico o moral, el Obispo diocesano debe consultar a la Sede Apostólica.

§ 3. Contra el decreto por el que el Obispo rechaza la petición cabe recurso a la Sede Apostólica.

1700 § 1. Quedando en vigor lo que manda el c. 1681, el Obispo encomendará la instrucción de esos procesos, establemente o en cada caso, al tribunal de su diócesis o de otra diócesis, o a un sacerdote idóneo.

§ 2. Pero si se formuló demanda judicial para la declaración de nulidad de ese matrimonio, la instrucción debe encomendarse al mismo tribunal.

1701 § 1. En estos procesos debe intervenir siempre el defensor del vínculo.

§ 2. No se admite abogado, pero, por la dificultad del caso, el Obispo puede permitir que el orador o la parte demandada se sirvan de la colaboración de un jurisperito.

1702 En la instrucción deben ser oídos ambos cónyuges, y en la medida de lo posible, han de observarse los cánones sobre el modo de recoger las pruebas en el juicio contencioso ordinario y en las causas de nulidad de matrimonio, siempre que puedan compaginarse con la índole de estos procesos.

1703 § 1. No se publican las actas; sin embargo, si el juez considera que por las pruebas presentadas puede surgir un obstáculo grave para la petición del orador o para la excepción de la parte demandada, se lo hará saber prudentemente a la parte interesada.

§ 2. El juez puede mostrar a la parte que lo solicite un documento presentado o un testimonio recibido y fijar un plazo para presentar conclusiones.

1704 § 1. Concluida la instrucción, el instructor transmitirá al Obispo todas las actas con el informe oportuno, y éste expresará su voto acerca de la verdad tanto sobre el hecho de la inconsumación como sobre la causa justa para la dispensa y la oportunidad de que se otorgue esa gracia.

§ 2. Si, de acuerdo con el c. 1700, la instrucción del proceso fue encomendada a un tribunal ajeno, las observaciones en favor del vínculo deben hacerse en ese mismo tribunal, pero el voto a que se refiere el § 1 corresponde al Obispo que efectuó la comisión, al cual entregará el instructor el informe oportuno, junto con las actas.

1705 § 1. El Obispo remitirá a la Sede Apostólica todas las actas, a la vez que su voto y las observaciones del defensor del vínculo.

§ 2. Si, a juicio de la Sede Apostólica, se requiere un suplemento de instrucción, se hará saber al Obispo, indicándole los aspectos sobre los que debe versar.

§ 3. Si en el rescripto de la Sede Apostólica se declara que, por lo deducido no consta la inconsumación, el jurisperito de que trata el c. 1701 § 2, puede examinar las actas del proceso en la sede del tribunal, pero no el voto del Obispo, y considerar si puede aducirse algún motivo grave que permita presentar de nuevo la petición.

1706 La Sede Apostólica remite el rescripto de dispensa al Obispo; y éste lo notificará a las partes, y además mandará cuanto antes a los párrocos del lugar donde se celebró el matrimonio y donde recibieron el bautismo que se anote en los libros de matrimonios y de bautizados la dispensa concedida.

2) EL PROCESO DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO EN FAVOR DE LA FE.

Vid. lo relativo en el Código a dicha disolución.

3) EL PROCESO DE SEPARACIÓN CONYUGAL.

La Iglesia asume que dichas causas se lleven a la jurisdicción civil. Vid. cc. 1692 y ss.

4) EL PROCESO SOBRE MUERTE PRESUNTA DE UN CÓNYUGE.

Capítulo IV

Del proceso sobre la muerte presunta del cónyuge.

1707 § 1. Cuando la muerte de un cónyuge no pueda probarse por documento auténtico, eclesiástico o civil, el otro cónyuge no puede considerarse libre del vínculo matrimonial antes de que el Obispo diocesano haya emitido la declaración de muerte presunta.

§ 2. El Obispo diocesano sólo puede emitir la declaración a que se refiere el § 1 cuando, realizadas las investigaciones oportunas, por las declaraciones de testigos, por fama o por indicios, alcance certeza moral sobre la muerte del cónyuge. No basta el solo hecho de la ausencia del cónyuge, aunque se prolongue por mucho tiempo.

§ 3. En los casos dudosos y complicados, el Obispo ha de consultar a la Sede Apostólica.

EFFECTOS CIVILES DE LAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES ECLESIASTICOS SOBRE NULIDAD DE MATRIMONIO CANÓNICO Y LAS DECISIONES PONTIFICIAS SOBRE MATRIMONIO RATO Y NO CONSUMADO, SEGÚN LOS ACUERDOS Y EL CÓDIGO CIVIL. REQUISITOS NECESARIOS PARA LA EFICACIA CIVIL.

Según el art. 80 CC, las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad matrimonial canónico o las decisiones pontificas sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el art. 954 de la LEC. Esto también lo recoge el art. VI.2 Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 1979.

Existen diversas teorías sobre lo que deba entenderse por ajustados al Derecho del Estado:

- 1.- El Tribunal deberá emitir una declaración sobre la regularidad procedimental de la resolución o decisión pontificia (que sea firme, dictada por un Tribunal competente, confirmada, etc.).
- 2.- Hace falta identidad entre los capítulos de nulidad del Derecho estatal y el Derecho canónico.
- 3.- Precisa del exequatur relativo a las sentencias extranjeras, para lo que el Tribunal deberá analizar si la ejecución es lícita en España, esto es, si no se opone al orden público español.
- 4.- Basta que el Juez civil compruebe la coincidencia en abstracto de los supuestos de nulidad de ambos ordenamientos.

Las condiciones para que el Juez declare ese ajuste al Derecho del Estado las encontramos en el art. 954 LEC:

- 1.º Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.
- 2.º Que no haya sido dictada en rebeldía.
- 3.º Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.
- 4.º Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España.

TEMA 16

LA SEPARACIÓN CONYUGAL EN ESPAÑA HASTA EL AÑO 1981 Y EN LA ACTUALIDAD. LA SEPARACIÓN EN EL ORDENAMIENTO CANÓNICO. CARACTERES Y CLASES.

En la separación tan sólo desaparece la obligación de convivencia conyugal, no así el vínculo jurídico existente, cosa que no sucede en la disolución. Tampoco es el caso de la nulidad, donde aquello que se creía matrimonio se demuestra que nunca existió en verdad a través de un procedimiento, ya que en la separación se parte de un matrimonio válido.

La regulación canónica de la separación se contiene en los cc. 1151 y ss., y la civil en los arts. 81 y ss. CC, ello sin perjuicio de lo dispuesto al respecto en otros artículos.

Avanzando en la significación de la separación canónica y en sus efectos, en la situación actual, y si vamos a la estricta regulación jurídica, comprobamos que el art. 80 CC únicamente hace referencia a las declaraciones de nulidad de los Tribunales eclesiásticos y a las decisiones sobre matrimonio rato y

no consumado, pero omite por completo el tema de la separación. Esto debe entenderse dentro de una coyuntura sociopolítica concreta. Este art. 80 es fruto, en parte, del propio Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 1979, en cuyo art. VI tampoco se citan las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos en materia de separación y los posibles efectos civiles de las mismas, encontrando únicamente en su apartado tercero una mera declaración de principios en virtud de la cual la Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales. De aquí podría seguirse la necesidad de que aquellos que deseen separarse acudan a la separación canónica, pero en ningún caso, como ya se ha dicho, se hace mención alguna a tal separación en el Acuerdo. Más que un fallo u olvido, ello parece obedecer al reconocimiento de que la mayoría de los efectos que se buscan en la separación son meramente civiles, los que hasta un momento determinado entraban en bloque en la legislación estatal porque España era entonces un país que tenía un sistema matrimonial civil subsidiario.

A partir del año 78 los principios que informan el ordenamiento son otros (igualdad, libertad religiosa, derecho al matrimonio) y con la reforma del año 81 se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, divorcio o separación, constituyendo éste último caso una novedosa introducción, excepción hecha de la regulación de la misma en la II República.

Sin embargo, el hecho de que la Sta. Sede no reclame para sí la competencia exclusiva en materia de separación conyugal no supone una absoluta novedad, habida cuenta que el c. 1059 dispone que el matrimonio de los católicos, aunque sea católico uno sólo de los contrayentes, se rige no sólo por el derecho divino, sino también por el canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio.

Por otro lado, el CIC recoge en los cc. 1692 y ss. el derecho adjetivo relativo a las causas de separación de los cónyuges, y en concreto el c. 1692, 2 y 3 establecen respectivamente que donde la decisión eclesiástica no produzca efectos civiles, o si se prevé que la sentencia civil no será contraria al derecho divino, el Obispo de la diócesis de residencia de los cónyuges, atendiendo a circunstancias peculiares, podrá conceder licencia para acudir al fuero civil, y que si la causa versa también sobre los efectos meramente civiles del matrimonio, procure el juez que, cumpliendo lo prescrito en el parágrafo dos, la causa se lleve desde el primer momento al fuero civil. ¿Quiérese decir con ello que ha desaparecido la regulación de la separación en el ordenamiento canónico? No, claro que no, lo que dispone el ordenamiento canónico en su afán de universalidad es que, ante determinados supuestos excepcionales, quepa el cese de la obligación de convivencia entre los cónyuges. Entonces, ¿los bautizados católicos españoles que hayan contraído matrimonio canónico acuden a la jurisdicción eclesiástica en demanda de separaciones matrimoniales? Pues depende, ya que existe una libertad de elección al respecto: pueden acudir en tanto de bautizados católicos que han contraído matrimonio canónico ante la jurisdicción eclesiástica, pero también pueden acudir a la jurisdicción civil porque tanto para el caso de la separación como para el de la nulidad éstas se decretan con independencia de la forma en que se celebró el matrimonio. Sin embargo, tampoco puede negarse la realidad de que en la mayoría de los casos se suele acudir a los Tribunales civiles, pues los Tribunales eclesiásticos no entran a dilucidar los efectos meramente civiles de la separación matrimonial desde el momento en que sus sentencias no tienen efectos civiles como ya hemos dicho, de tal modo que en estos casos habría que ir siempre posteriormente a la jurisdicción civil en demanda de los efectos civiles de la separación decretada canónicamente.

Las causas de separación en el Derecho canónico se recogen en los cc. 1151 y ss, y del análisis de las mismas se pueden extraer varias ideas:

1.- Se observa un deseo por parte del Legislador de mantener la convivencia conyugal, a no ser que por

causa legítima les asista el derecho a separarse. Prueba de ello son el c. 1153,2 (al cesar la causa de la separación, se ha de restablecer la convivencia conyugal, a no ser que la autoridad eclesiástica determine otra cosa) y el c. 1555 (el cónyuge inocente puede admitir de nuevo al otro a la vida conyugal, y es de alabar que así lo haga; y, en ese caso, renuncia al derecho de separarse).

2.- En ningún caso la separación se establece con carácter penal, ni siquiera en el caso de la separación por adulterio, esto es, no existe culpabilidad en la separación. La separación puede ser por decisión propia (o de hecho), que en principio no tiene efectos jurídicos, o por intervención de la autoridad competente (o de derecho), que lógicamente sí que los tiene. Pero en ambos casos el efecto es el mismo: el cese efectivo de la convivencia conyugal.

3.- Las causas de separación son dos: el adulterio y el grave peligro para el cuerpo, alma o causa demasiado dura para la vida en común.

4.- Respecto de la competencia, las causas de separación matrimonial no sólo son competencia de la Iglesia sino que incluso puede hablarse de una remisión implícita a los ordenamientos civiles.

LA SEPARACIÓN POR ADULTERIO. OTRAS CAUSAS DE SEPARACIÓN. OBLIGACIÓN RESPECTO A LA PROLE: SUSTENTACIÓN Y EDUCACIÓN. POSIBLE RESTAURACIÓN DE LA VIDA EN COMÚN.

La separación por adulterio se regula en el c. 1152, y se suelen distinguir tres clases de requisitos para que pueda tener lugar:

1.- Requisitos por parte del cónyuge infractor.

El adulterio tiene que ser verdadero, consumado y deliberado, y no cabe que sea realizado mediante coacción, violencia, miedo o error.

2.- Requisitos de la comparte adúltera.

Que no haya habido por su parte perdón expreso, tácito o presunto de la culpa.

Que no hubiera sido causa del adulterio o haya dado motivo para ello (provocación).

Que no lo haya consentido.

Que no haya cometido también adulterio (compensación).

3.- Requisitos de la prueba.

Además de mediante la confesión, sólo cabe la certeza moral del juzgador.

La presentación de la separación puede ser por decisión propia o por intervención de la autoridad competente. Si el cónyuge inocente interrumpe por su propia voluntad la convivencia conyugal, debe proponer en el plazo de seis meses causa de separación ante la autoridad eclesiástica competente.

La separación por sevicias físicas o morales se regula en el c. 1153, y precisa de una causa grave, reiterada y la existencia de una conexión entre lo sucedido y el motivo de la separación. Al cesar la causa de la separación, el CIC insta a los cónyuges al perdón y al restablecimiento de la convivencia conyugal.

A pesar de que la separación supone la desaparición del deber de convivencia conyugal, permanece inalterado el deber de sustentación y educación para con los hijos, según el c. 1154.

LA SEPARACIÓN EN EL ORDENAMIENTO CIVIL ESPAÑOL. CAUSAS Y PROCEDIMIENTO. DIFERENCIA PRÁCTICA CON LA DECLARACIÓN DE NULIDAD O CON LA DISOLUCIÓN.

En el ordenamiento civil existen dos tipos de separación: la separación consensual o por mutuo acuerdo (1) y la separación por causa legal o causal (2).

A/ La separación consensual.

Viene regulada en el **art. 81. 1º CC**, donde se exige simplemente para que se decrete judicialmente la separación que haya petición de ambos cónyuges o petición de uno con el consentimiento del otro. En este supuesto no podemos hablar de aprobación judicial de la separación consensual, ya que la intervención del juez se centra en la comprobación u homologación del cumplimiento de los requisitos legales y, al mismo tiempo, en el hecho de dotar de fehcencia a la nueva situación que se crea.

El Código requiere, por otra parte, que haya transcurrido, por lo menos, el primer año del matrimonio, pensando con acierto que las decisiones que se pueden adoptar en ese tiempo son precipitadas y, por ello, poco razonables.

Con la demanda se ha de presentar una propuesta de convenio regulador de la situación de los cónyuges separados.

B/ La separación unilateral o causal.

De acuerdo con el **art. 81. 2º CC**, este tipo de separación se decreta a petición de uno de los cónyuges cuando el otro esté incurso en una causa legal de separación. Estas causas son los **números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del art. 82:**

1.º El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales.

No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.

2.º Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.

3.º La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.

4.º El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.

5.º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.

6.º El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años.

7.º Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3.º, 4.º y 5.º del artículo 86.

Para determinar qué debemos entender por cese efectivo de la convivencia conyugal a lo largo del articulado del Código, debemos dirigirnos al **art. 87**, donde se dice que: El cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 y 86 de este Código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente.

La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga.

De acuerdo con el **art. 92**:

La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos.

El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas.

Esta pregunta es muy importante.

Por lo tanto, el matrimonio no se consuma de modo humano si el acto conyugal se realiza mediante preservativo.

De este modo, cuando se dicta una sentencia de nulidad por el órgano jurisdiccional competente, éste remite de oficio la sentencia al órgano que constituye la segunda instancia.

No me hago responsable de lo que escribo porque son transcripciones cuasiliterales de las palabras del prof. MARTÍNEZ VALLS, que, dicho sea de paso, me parecen de todo punto retrógradas, de muy mal gusto e insostenibles científicamente.

¿?

¿?

Según el profesor ALENDA: la suspensión es en la casa, mesa y lecho.

El caso típico de Francisco Álvarez Cascos.

Remisión al procedimiento concreto (Tema 18).

Remisión al Tema 18.

Aquí no se exigen tres jueces como ocurre en la apelación.

P. ej., los arts. 90 y ss., 107 y ss. o 102 y ss.

P. ej., los cc. 1059 y 1692.

1

97