

## LA EJECUCIÓN CIVIL DE SENTENCIAS CANÓNICAS POR INCAPACIDAD, ERROR Y MIEDO

### I

1. La normativa matrimonial del ordenamiento del Estado, al regular el sistema matrimonial civil con pluralidad de formas, ha establecido, en relación con el matrimonio en forma canónica, que «las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico, (...) tendrán eficacia civil si se declaran ajustadas al derecho del Estado» art. 80 Cc. El estudio de este ajuste está dando lugar a «posiciones maximalistas y minimalistas»<sup>1</sup> que exponemos sucintamente siguiendo a Llamazares<sup>2</sup>. Una interpretación de la cláusula de «ajuste al Derecho del Estado quedaría reducida» al mero control formal de la resolución canónica y de los aspectos procesales de la misma: comprobación de su autenticidad y de si ha sido dictada con audiencia de las partes y a instancia de alguna de ellas. Eso bastaría en aplicación literal del art. 954 de LEC, que no sería otra cosa que una mera explicitación de la expresión ajuste al Derecho del Estado, (...)».

Otra interpretación más literal considera que «esas resoluciones canónicas y sentencias solamente tendrán eficacia civil si, aplicando al supuesto de hecho el Derecho del Estado, se hubiera llegado al mismo resultado. No basta que tales resoluciones no entren en contradicción con los principios informadores de orden público, es necesario que puedan subsumirse en los tipos de causas de nulidad o disolución previstos por la legislación estatal». Otra sostiene una posición intermedia que «se sustenta en el art. 954 LEC y, por tanto, tiene que tratarse de una resolución auténtica, dictada a instancia de parte y con audiencia de los interesados (no en rebeldía), y, por lo que se califica como banco de pruebas del sistema, que sea lícita..., que entraña la no contradicción con el orden público».

Llamazares ofrece, a su vez, el criterio de que «en el procedimiento de homologación de sentencias canónicas lo único que se acepta es el resultado

1 L. Díez Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV (Madrid 1983) pag. 142.

2 D. Llamazares Fernández, *Derecho eclesiástico del Estado* (Madrid 1989) pags. 900-901.

de una construcción sistemática del Derecho Eclesiástico del Estado, donde el ajuste de las sentencias se ha de realizar como aplicación coherente de los principios constitucionales y según exigencia de los modelos y de las técnicas de relación entre ordenamientos<sup>3</sup>.

Hacemos una síntesis de su exposición por el mérito que tiene el intento de resolver el problema dentro del conjunto sistemático.

Considera que, «aunque la correspondencia entre modelo de relaciones y técnica de relación no es biunívoca. Con todo, esa correspondencia se convierte en principio hermenéutico que obliga a optar por una interpretación restrictiva de los residuos de reconocimiento de efectos o de remisión formal, propios del modelo confesional anterior. Los dos modelos más claros de lo que queremos decir nos lo ofrece el Acuerdo sobre asuntos jurídicos: adquisición de personalidad y atribución de efectos civiles a las sentencias de nulidad o resoluciones de disolución canónicas».

Las técnicas de relación hacen referencia «a los diferentes supuestos en los que el ordenamiento reconoce o atribuye relevancia jurídica al otro dentro de su propio ámbito, siempre sobre la base de respaldarle con su autoridad de manera que la eficacia jurídica vinculante y la imperatividad formal son del primero. Si se atribuye eficacia jurídica a las normas de otro ordenamiento estaremos ante la remisión material o formal, si se atribuye eficacia jurídica a un negocio jurídico o situación jurídica nacidos según las normas de otro ordenamiento, podrá realizarse mediante el reconocimiento de efectos o mediante el presupuesto».

El modelo constitucional de relaciones Estado-Confesiones se configura como propio de un Estado laico; «justamente a ese modelo constitucional deberá acomodarse por acción obligada de los poderes públicos, de acuerdo con los cambios sociológicos, todo el resto del ordenamiento».

«Mediante el presupuesto el ordenamiento estatal toma en consideración y da relevancia jurídica a situaciones y negocios jurídicos nacidos al amparo del ordenamiento canónico, pero considerándose él mismo como incompetente respecto a esas situaciones o negocios jurídicos en tanto que canónicos... y los toma como base de esa relevancia civil». (...) «Ahí radica la diferencia con los supuestos de remisión material en la que las normas canónicas tiene directa eficacia civil, porque funcionan como normas incorporadas materialmente al ordenamiento civil». «... el matrimonio como negocio jurídico canónico respecto al matrimonio canónico de un estado laico, no pasa de ser un mero presupuesto y lo que le atribuye eficacia civil como

3 D. Llamazares Fernández, *Derecho eclesiástico...* cit. pag. 904.

matrimonio es esa remisión formal-material (según la interpretación por la que se opte) a las normas canónicas sobre la forma.

Desde el punto de vista práctico, el resultado es el mismo si en lugar de entender que el matrimonio canónico es presupuesto del civil se entiende que lo que hay aquí es una remisión material del ordenamiento civil a las normas canónicas sobre requisitos de validez y efectos del matrimonio. Tan sólo una diferencia: Si se opta por esta solución, lo que aplica el juez en su tarea de homologación de una sentencia canónica es el Derecho canónico, bien que como estatutario; si, en cambio, se tipifica el matrimonio como mero presupuesto del civil, el Derecho que aplica el juez es el Derecho civil, calificando de nuevo, con arreglo a las normas civiles, los hechos probados en el proceso canónico, no limitándose a examinar que no haya contradicción entre la sentencia dictada de acuerdo con las normas canónicas y civiles, sino también que se dé concordancia con la hipotética solución civil».

«Presupuesto y remisión material son las técnicas que mejor se acomodan a los principios informadores del modelo de relaciones Estado-Confesiones diseñado en la Constitución española. Lo que no quiere decir que en nuestro ordenamiento no queden reminiscencias de otras técnicas: reconocimiento de efectos y remisión formal, sobre todo de esta última»<sup>4</sup>.

Las diversas posiciones adoptadas en torno al ajuste de las sentencias se deben, sin duda, a la ambigüedad de las normas; por ello, según las distintas posiciones previas que se tomen respecto a los derechos fundamentales de libertad e igualdad religiosas, a la laicidad del Estado, al criterio de jerarquía de fuentes y a las técnicas de remisión, así será el concepto de ajuste que se aplique. Se puede afirmar que el ajuste formal es contrario al principio de laicidad, pues llevaría a la paradoja de que se tuvieran que admitir sentencias de nulidad fundadas en causas que han sido eliminadas de la norma civil, como contrarias a esos derechos<sup>5</sup>.

Sin duda que la construcción de Llamazares es coherente pues responde al modelo de relaciones del Estado con la Iglesia, configurado en la Constitución y concretado en los Acuerdos Jurídicos y pretende que se apliquen

4 D. Llamazares Fernández, *Derecho eclesiástico... oc.* págs. 37-52 y 242-245. L. M. Cubillas Recio, *El sistema matrimonial español* (Valladolid, 1985) págs. 221-258.

5 V. Reina Bernáldez, *Lecciones de Derecho matrimonial* (Barcelona, 1983) vol. II, pág. 238. El término Derecho del Estado si no se interpreta en el contexto de lo concordado, no sólo puede referirse al entero ordenamiento jurídico español, sino que incluso referido al Derecho matrimonial puede abarcar tanto las disposiciones sustantivas como las procesales. Y, en resumen, la fórmula concordada permitiría en la práctica que el Estado interpretase las estipulaciones del Acuerdo de tal manera que acabara invalidando completamente el art. VI, 2) concordado. *Ibidem*, pág. 225. G. Delgado del Río, *El matrimonio en forma religiosa* (Palma de Mallorca, 1988), págs. 189-200.

las técnicas de relación más apropiadas a ese modelo. Sin embargo, el propio Llamazares reconoce que en nuestro ordenamiento quedan reminiscencias de otras técnicas y advierte que la acción obligada de los poderes públicos ha de ser aplicada con el mayor rigor jurídico las técnicas del modelo configurado. Este deseo se orienta a que la realidad normativa camine hacia esa meta, pero a su vez supone el reconocimiento de que, sin que se dé la plena coherencia, caben otras interpretaciones siempre que no sean contrarias al modelo establecido<sup>6</sup>.

En cuanto a las técnicas de relación que se refieren a las normas, sin duda la remisión material es más coherente con el modelo de relaciones, pero la remisión formal relativa a la forma del matrimonio canónico no obliga a que se inscriba un matrimonio que no cumpla los requisitos del matrimonio civil, con lo cual la eficacia queda pendiente del requisito de la inscripción; la coherencia del contenido queda asegurada. La técnica referida a los actos y situaciones jurídicas más propia del modelo es la del presupuesto, pero esto no impide el que el ajuste de la sentencia pueda recaer sobre la sentencia, pues si lo que se pretende es mantener la unidad jurisdiccional y que no se ajusten sentencias fundadas en causas no contempladas en el art. 73, Cc, esto se puede lograr de igual manera con el criterio del orden público interno.

La unidad jurisdiccional se logra en la actividad judicial de la que va a depender la imperatividad de la sentencia, pues va a obligar en cuanto decisión civil.

La coherencia de la causa de nulidad se logra de la misma manera, pues el Juez de primera Instancia valorará la sentencia, no sólo como parte dispositiva, sino en su conjunto, y sólo si hay correspondencia la ajustará. Podrá llegar, generalmente a instancia de parte, a examinar si existió indefensión.

En la praxis jurisprudencial se han ajustado la mayoría de las sentencias por verificación formal dentro del criterio delimitador del orden público interno, pero esto se debe primordialmente a que la mayor parte de las causas de nulidad canónicas están también tipificadas en el art. 73 CC, y por tanto no son contrarias al orden público interno. Las normas relativas a la regulación del matrimonio, tanto civil como canónico, presentan muchos puntos de coincidencia, de tal forma que en materia de nulidad son muchas las causas que bajo el mismo nombre contienen el mismo contenido e in-

6 V. Reina Bernaldez, *Lecciones de Derecho matrimonial*, oc. pág. 225. A. Bernárdez Cantón, «La declaración de ajuste en el contexto del sistema matrimonial español», en *Estudios de derecho canónico y Derecho eclesiástico*, en Homenaje al Profesor Maldonado (Madrid, 1983), pág. 42. R. Rodríguez Chacón, *Ejecución de sentencias matrimoniales canónicas en España*. Constitución y Tribunal Constitucional RDP, febrero (1984), pág. 158.

cluso el mismo tratamiento, sin que esto suponga aceptar la teoría de la causa admitida<sup>7</sup>. Otras causas son contempladas solamente en el Derecho canónico porque tienen fundamento sacramental, y otras que, aunque contempladas en ambos regímenes, tienen distinto tratamiento, como pueden ser el error en cualidades y en la persona, art. 73,4, que civilmente es convalidable.

En principio las causas de nulidad que coinciden en nombre y contenido no plantean problemas de orden público interno; en estos supuestos bastaría un control de la resolución canónica previo cumplimiento del art. 954 LEC. Presentan en cambio grave dificultad aquellas causas de nulidad que, aun siendo sustancialmente las mismas, tienen distinto tratamiento, pues podría ser ejercitada la acción de nulidad canónica y la petición de ajuste una vez convalidado el matrimonio civil, con lo que contrariarían el orden público interno.

Otro problema distinto lo ofrecen aquellas causas que no están contempladas, ni pueden estarlo, en un estado laico; las sentencias dictadas por estas causas de origen sacramental no tienen ajuste y bastaría una verificación formal del «nomen iuris» para a «limine litis» rechazar el ajuste por contrarias a la laicidad.

Sin embargo, no todas las causas afectan de igual manera al orden público interno, pues unas son contrarias a los principios constitucionales de libertad, igualdad y laicidad del Estado; y otras, en cambio, son contrarias a las normas matrimoniales. El ajuste de una sentencia canónica de nulidad fundada en la exclusión de la indisolubilidad no es homologable, no porque se oponga al sistema matrimonial disoluble<sup>8</sup>, sino porque obtener una nulidad es más ventajoso que un divorcio, con lo cual no cabría el ajuste de dicha sentencia de nulidad, pues lesionaría la igualdad; quien no puede ejercitar la acción de nulidad por exclusión de la indisolubilidad porque su matrimonio fue civil, estaría discriminado por motivos religiosos.

Desde esta interpretación del ajuste por contraste con el orden público interno, expresado en el art. 954 LEC, al exigir que la causa sea lícita, se requiere el estudio individualizado de cada una de las causas para determinar su naturaleza y ver si el art. 73 del Cc. la contempla en los mismos límites. También es necesaria la referencia a los derechos fundamentales y principios constitucionales, pues causas que en sí no lesionan el sistema matrimonial pueden ser contrarias a ellos. Sin duda que el ámbito lo de-

7 V. Reina Bernáldez, *Lecciones... cit.* Vol. I, pág. 226.

8 V. Reina Bernáldez, *Lecciones... Vol. I*, pág. 231; dice que sería homologable por no ser contraria a un sistema divorcista.

termina la laicidad, pero el criterio de contraste lo ofrece la igualdad, y en base a ellas hay que valorar si el ajuste en el ejemplo de la indisolubilidad supone una discriminación por beneficiosa, no sólo frente a los que no pueden pedir la nulidad civil, sino también frente a aquellos que ejercitan la acción de divorcio. ¿Supone diferencia beneficiosa el sistema de indemnización que prevé el art. 98 del Cc, para los supuestos de nulidad respecto a la pensión que prevé el art. 97 para los supuestos de separación y divorcio? El tratamiento diferenciado sería discriminatorio e impediría el ajuste.

Otro ámbito sobre el que ha de recaer el ajuste es el procesal para comprobar si se ha dado el derecho de defensa<sup>9</sup>.

En la revista Española de Derecho Canónico Vidal Guitarte cita dos decisiones de los Juzgado de primera instancia de Valencia, el n.º 7 y 8, que actúan con criterio de ajuste sustantivo. El Juzgado n.º 8, mediante auto, deniega el ajuste porque la causa de incapacidad para asumir que fundamenta la sentencia de nulidad canónica no está tipificada en el Derecho del Estado. El n.º 7, mediante Sentencia, decide el ajuste porque considera que la incapacidad de asumir no es otra cosa que la incapacidad para prestar el consentimiento matrimonial<sup>10</sup>.

En realidad ambas resoluciones aplican el ajuste sustantivo mediante control de fondo de la resolución canónica, negando la primera que esté tipificada la incapacidad de asumir y aceptando la segunda que dicha causa va en el art. 45 y 73,1 del Cc.

En la fecha en que se firman los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado Español el ámbito de aplicación del ajuste tenía una delimitación mayor que el determinado por la Ley 7-7-1981. La Constitución dejaba inaplicables aquellas normas que eran inconstitucionales solamente; en cambio, la ley que regula el matrimonio configura un modelo de matrimonio dentro del ámbito de la Constitución pero diferente al que podría resultar por vía de inconstitucionalidad. Por ello se exige observar si las causas canónicas de nulidad coinciden o no con las tipificadas en la norma civil, para el supuesto de que se aplique el ajuste con criterio sustantivo o con el criterio que no contraría el orden público<sup>11</sup>.

La configuración del matrimonio en la ley de 7 de julio de 1981 ha supuesto un cambio radical en comparación con el descrito en el Código

9 L. Díez Picazo, Gullón A. *Sistema de Derecho Civil, cit.*, vol. IV, pág. 143.

10 V. Guitarte Iquierdo, *Una contribución a la teoría de la capacidad psíquica en el negocio jurídico matrimonial a partir del c. 1095 REDC*, 45 (1988), págs. 623-648.

11 L. M. Cubillas Recio, *El sistema matrimonial español, cit.*; J. B. Jordano Barea, *El nuevo sistema matrimonial*, ADC XXIV, IV (1981); M. López Alarcón y R. Navarro Valls, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, (Madrid, 1987), págs. 440-446; V. Reina Bernaldez, *Lecciones... oc.* Vol. I, págs. 163-250.

Civil previo a la Constitución en lo referente a la naturaleza, propiedades y fines de matrimonio; en lo referente a la capacidad para contraer y para prestar el consentimiento, y en mayor medida el reconocimiento de la voluntad de disolver el matrimonio<sup>12</sup>.

Por otro lado, la evolución del Derecho canónico en materia matrimonial, a raíz del Concilio V. II, presenta una configuración basada fundamentalmente en el personalismo y en el carácter sacramental<sup>13</sup>. Aunque tanto el matrimonio civil como el canónico se asientan en la base natural de la persona, la distinta finalidad, en el civil el desarrollo de la persona, y en el canónico, además de éste, el ser sacramento, ha provocado una clara diferenciación que implica la determinación de menor o mayor número de causas invalidantes y la diferenciación de otras causas aunque tengan la misma denominación.

Esta situación diferenciada de dos configuraciones del matrimonio, por fuerza ha de plantear problemas en los puntos de encuentro a que da lugar el sistema matrimonial civil; tanto en el momento de la inscripción que actuará como filtro previo de carácter sustantivo, como en cuanto al ajuste de las sentencias canónicas que podrá hacerse mediante filtro sustantivo, exigiendo, si no coincidencia total, sí al menos que esté contenida de forma implícita.

El interés de nuestro estudio se centra:

1.º En la causa descrita en el c. 1095,3: Son incapaces de contraer matrimonio quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica.

A primera vista, y sin que el enunciarlo suponga equipararlo, tan sólo como punto de referencia, citamos el art. 56 del Código Civil que establece que «si alguno de los contrayentes estuviera afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre la aptitud para prestar consentimiento», y el art. 73,1 considera nulo el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.

2.º Y en las causas tipificadas en el art. 73, 4.º y 5.º, referentes al miedo, la coacción y el error que se encuentran también tipificadas en el Código de Derecho Canónico, en los cánones 1103 y 1097-1098.

12 V. Reina Bernáldez, *Lecciones...* cit. págs. 239-250; M. Albadalejo, *Curso de Derecho civil* (Barcelona 1984) págs. 37-67; A. Castro Jover, *La simulación unilateral en el sistema matrimonial español* (Valladolid 1987); J. A. Alvarez Caperochipi, *Curso de Derecho de familia* (Madrid 1987); J. M. Martinell, *Anuario de Derecho eclesiástico* (1988) págs. 543-562.

13 D. Llamazares Fernández, Prólogo al libro «La causa típica en el Derecho canónico matrimonial» (León 1980).

Previo al estudio de estas causas de nulidad en los ordenamientos civil y canónico es inevitable preguntar si el concepto de nulidad es coincidente.

En el ámbito canónico matrimonial el concepto de nulidad es único<sup>14</sup>.

Aunque el c. 125 reconoce la nulidad y la anulabilidad de los actos según carezcan de algún elemento constitutivo o estén afectados de vicios, el mismo canon expresa «salvo norma especial en contrario», como ocurre en Derecho matrimonial donde a tenor de los cc. 1056 y 1101 el matrimonio, al ser indisoluble, no le es aplicable la categoría de anulabilidad.

A pesar de que es concepto único y válido para todos los supuestos, hay una diferencia notable que se pone de manifiesto en la convalidación y sanación, lo que evidencia que, aunque el concepto de nulidad sea unívoco en relación a la acción para pedir declaración de nulidad, el elemento que sustenta la nulidad es variado y por ello requiere un tratamiento diferenciado.

En el ámbito civil la explicación es compleja y sigue siendo polémica, dando lugar a clasificaciones de nulidad muy variadas correspondiendo a los criterios que se adopten<sup>15</sup>. La doctrina es coincidente en afirmar que no puede ser aplicado el concepto de anulabilidad propio de los contratos al matrimonio<sup>16</sup>; la razón esgrimida y compartida es que el matrimonio es un acto jurídico que afecta a las personas y tiene status duradero<sup>17</sup>. En cambio, es muy discutido si cabe admitir el concepto de inexistencia, y de admitirlo, si está contemplado en la norma, y de estarlo, si es de forma directa.

El concepto de inexistencia de matrimonio era discutido en la doctrina y jurisprudencia<sup>18</sup>. De Castro afirmaba que era necesario «para romper con ella los prejuicios propios de las concepciones estrechas del legalismo y del formalismo»<sup>19</sup>.

Si antes de la Ley de 7-7-1981 el concepto de inexistencia era objeto de polémica y se veía propio de la doctrina francesa, pero no aplicable en la normativa española, mientras no estuviera contemplado expresamente, actualmente un sector de la doctrina quiere ver en la expresión del art. 45

14 R. Navarro Valls, M. López Alarcón, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado* (Madrid 1987) pág. 268.

15 Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español*, T-V; Derecho de Familia (Madrid 1983) págs. 868 y 870. Entrena Klent, *Matrimonio, separación y divorcio* (Pamplona 1984) pág. 471; J. A. Doral García, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil* (Madrid 1982) pág. 427.

16 L. Díez Picazo, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, (Madrid 1983) pág. 142; Gete-Alonso y Galera en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia* (Madrid 1984) pág. 360, nota 5.

17 Lacruz-Berdejo-F. Sancho Rebullida, «Elementos de Derecho Civil» vol. IV, *Derecho de Familia*, (Barcelona 1984) pág. 197; Gete-Alonso y Galera, en *Comentarios...* cit. pág. 360.

18 Sentencias del Tribunal Supremo, 7-3-1972; 27-10-1977; 18-12-1981.

19 F. De Castro Bravo, *El negocio jurídico* (Madrid 1985) pág. 465.



«no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial» la categoría de inexistencia, y en el art. 73,1 la categoría de nulidad<sup>20</sup>. En cambio, otro sector expone que debe reducirse a una única categoría porque los artículos 45 y 73 del Código civil no pretenden la diferenciación<sup>21</sup>. Sin duda que existen razones que justifican una diferenciación entre inexistencia y nulidad y que tiene su operatividad. Así, Alvarez Caperochipi<sup>22</sup> fundamenta la diferencia en que el supuesto de inexistencia exige que se ejercite la acción negatoria y los supuestos de nulidad de acción declarativa. Entrena Klent considera necesaria y útil la diferenciación ya que: a) el matrimonio inexistente no ha tenido valor legal en ningún momento y en la nulidad ha habido un lapso de tiempo, más o menos largo, durante el cual el matrimonio ha existido para la ley, para los cónyuges y para los terceros; el tiempo que ha mediado desde su construcción hasta la declaración de nulidad; b) la existencia no produce efecto alguno; de la nulidad se derivan efectos tanto mientras durara el matrimonio como desde la declaración de nulidad. d) el matrimonio inexistente no es convalidable, el nulo admite convalidación en algunos casos (...); g) el concepto de matrimonio putativo sólo es admisible para el que más tarde ha sido declarado nulo<sup>23</sup>. Sin duda que la existencia puede expresar distintos supuestos que, por su peculiar tratamiento, se pueden diferenciar de la nulidad, no por referencia a la validez sino a la eficacia; el concepto de nulidad comprende aquellos supuestos en los que es ejercitable la acción declarativa, que no se convalidan nunca y la acción es imprescriptible; pero además se han de englobar en el concepto de nulidad aquellos supuestos que en los contratos fundamentan la anulabilidad, al no ser admitida ésta en el ámbito matrimonial. Doral prefiere llamarla nulidad relativa<sup>24</sup>.

La diferencia entre la nulidad absoluta y la nulidad convalidable tiene su fundamento en que, en la primera acción es imprescriptible, y en la segunda la acción prescribe; hay un supuesto que veremos, el del error obstativo en que, siendo nulidad absoluta, la acción también prescribe.

Cuando nos referimos al art. 73,4 nos fijamos en los supuestos de vicios que afectan al consentimiento y que, tanto en el ámbito canónico como en el civil, son convalidables, con distinta base, aunque como podremos apreciar, y en ello radica la cuestión a que nos referimos, la acción civil declarativa caduca, en cambio la canónica no.

20 L. Arechederra Aranzadi, *Matrimonio y Divorcio*, cit. pág. 86; Castan Tobeñas, *Derecho Civil Español*, T.V., cit. pág. 870.

21 *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, cit. pág. 360.

22 *En Curso de Derecho de Familia* (Madrid 1987) pág. 484.

23 *Matrimonio separación y divorcio*, cit. pág. 471.

24 *Matrimonio y divorcio*, cit. pág. 427; M. C. Camarero Suárez, opina que sí debe aplicarse la categoría de anulabilidad al matrimonio puesto que es un contrato, pág. 284.

El concepto de nulidad, aunque no sea unívoco en ambos ordenamientos, sin embargo permite que el concepto canónico, con ser unívoco, tenga correspondencia en el ámbito matrimonial civil, aunque el tratamiento que reciben determinadas nulidades, como las del art. 73 del Código civil, sea distinto.

#### I. DETERMINACIÓN DE LA INCAPACIDAD MATRIMONIAL SEGÚN EL CN. 1095, 3

El Derecho canónico, al ser el resultado de la relación del Derecho divino y del derecho humano a través de la concreción del dato revelado y del dato sociológico, es un medio al servicio de la liberación del hombre y debe ser voluntad permanente de realización del modelo revelado como ámbito de realización de la persona en total libertad. Como es lógico esta voluntad de realización se ha de plasmar en el matrimonio que aparece configurado por la teología como comunidad de vida y amor<sup>25</sup>.

Hay que tener en cuenta que el sistema matrimonial es un subsistema dentro del marco general del ordenamiento canónico. Si éste tiene como principio informador de las normas la equidad y de las relaciones la sacramentalidad de la Iglesia, al ser configurado el matrimonio como la más pequeña pero verdadera Iglesia, la relación entre la institución matrimonial y la Iglesia es semejante a la que existe entre la Iglesia particular y la Iglesia universal, y cumplirá la misma función que es ser sacramento del amor divino y en su regulación se deberá manifestar la equidad como expresión de la ley del amor.

El conjunto de principios del sistema matrimonial canónico tiene como cabecera el principio de sacramentalidad por ser una comunidad de relaciones y de él se derivan todos los demás principios que estructuran el matrimonio. Entre todos ellos nos interesan los principios institucional y consensual. Los criterios de contraste del desarrollo y aplicación de los mismos los ofrecen las exigencias del dato revelado y de la realidad social<sup>26</sup>.

El principio de sacramentalidad pone de manifiesto que, dada la relación sacramental de la Iglesia respecto a Cristo y de Cristo respecto a la Trinidad, es obligado concluir que la comunidad conyugal es signo presencializador en el mundo de la comunidad trinitaria y por tanto del amor divino. El amor conyugal integral se convierte en el elemento simbólico fundamental de la sacramentalidad del matrimonio. Esto conlleva la unidad del matrimonio «in fieri» y del «in facto esse», ya que el amor integral debe

25 D. Llamazares Fernández, *Derecho canónico fundamental* (León 1980) pág. 387.

26 D. Llamazares Fernández, *Derecho canónico fundamental*, cit. pág. 21.

estar desde el inicio y de forma permanente. El consentimiento conyugal en cuanto categoría jurídica no es otra cosa que la traducción jurídica del amor integral interpersonal. La estructura y dinamismo del matrimonio «in facto esse» predetermina y condiciona el matrimonio «in fieri», su estructura y dinamismo. En el matrimonio «in facto esse» surgido del «in fieri» hay que distinguir dos elementos: uno el elemento interno constituido por la comunidad de vida y amor, y otro un elemento externo constituido por el vínculo jurídico —el conjunto de derechos y obligaciones que liga a los cónyuges.

Desde la sacramentalidad y desde el fundamento de su significación concreta en el matrimonio, por el amor expresado en la manifestación del consentimiento vivido en la permanente comunidad de vida, es donde se puede explicar la naturaleza, el contenido y los requisitos que ha de tener el consentimiento así como la capacidad para el mismo.

Precisamente, por ser el matrimonio un sacramento, ha de ser configurado por la Iglesia, quien determinará los elementos de la comunidad de vida, quedando fuera la voluntad de los contrayentes, (pues ellos podrán aceptar o no el conjunto de derechos y obligaciones pero no podrán ni modificarlo ni sustituirlo. La configuración ha de ser por referencia necesaria a la sacramentalidad. Si los contrayentes intentan modificarlo o no alcanzan a realizarlo ya en su objeto, ya en sus propiedades, ya en sus fines, provocan la nulidad por no existir signo. Es a la Iglesia a la que corresponde determinar en sus normas qué es el matrimonio-sacramento, y en sus decisiones cuándo hay o no signo sacramental surgido del consentimiento. Esto nos lleva necesariamente al principio consensual que deriva también del de sacramentalidad ya que ha de estar en plena coherencia subordinada al principio institucional. El matrimonio surge como consecuencia de un pacto irrevocable entre los esposos, expresión de su entrega amorosa; por ello el consentimiento aparece como insustituible y como causante eficaz de la entrega de los esposos, pero ha de estar adornado de cualidades necesarias de conciencia y de libertad y de referencia necesaria al otro cónyuge y al contenido predeterminado por el principio institucional como garantía de su sacramentalidad. Esta garantía se desprende de la necesaria conexión entre la causa y el consentimiento. La causa en su doble aspecto subjetivo y objetivo, en cuanto propósito negocial que es medido por la regla legal y al mismo tiempo «la regla que sirve para medir dicho propósito negocial», podemos decir que la causa es simultáneamente función social típica incorporada en la norma y resultado previsto y querido por los sujetos de la relación jurídica<sup>27</sup>.

27 C. Serrano Postigo, *La causa típica en el Derecho canónico matrimonial* (León 1980) pág. 205.

La naturaleza sacramental del matrimonio cumple, pues, varias funciones: función caracterizadora o individualizadora del tipo; función determinadora del contenido del negocio; síntesis de los elementos esenciales y criterios de valoración y contro de la autonomía privada»<sup>28</sup>. Este conjunto de funciones es lo que se denomina causa del matrimonio y que constituye la expresión jurídica de la naturaleza sacramental del matrimonio.

El matrimonio es signo de la comunidad Iglesia y de la comunidad Trinitaria que se realizan en comunidad de vida y amor; por ello sólo podrá serlo en cuanto comunidad de vida y amor. Esta comunidad determina el ser matrimonial, su contenido y la necesaria conexión y referencia de la voluntad de los contrayentes, con lo cual en el ámbito matrimonial comunidad de vida y amor y causa se comprenden, siendo ésta la expresión jurídica de aquella.

La comunidad de vida en cuanto causa del matrimonio define el tipo matrimonial: naturaleza, propiedades y fines; y determina la necesaria y suficiente referencia de la voluntad negocial excluyendo toda voluntad negocial que, intencionada o no, no logre la adecuación con su contenido. La causa determina el contenido mínimo que ha de tener el consentimiento, en lo que el canon 1095 se define la capacidad por referencia al contenido.

En la jurisprudencia, dice Llamazares<sup>28</sup>, es donde aparece por su mayor cercanía el dato sociológico, la interrelación más constante e imperiosa porque la norma se aplique con equidad canónica al caso concreto teniendo en cuenta la realización de la persona y la sacramentalidad. Es a la propia Iglesia a quien interesa, tanto por el bien de los esposos, como por el efecto significativo, que los signos sean purificados para que cumplan su función; ésto se logra si las normas responden plenamente al dato teológico.

La jurisprudencia advirtió que había supuestos de hecho en los que existía nulidad de matrimonio pero que no estaban contemplados en la norma, con la consiguiente dificultad de declararlos nulos, cuando teológicamente lo eran. La jurisprudencia realizó verdaderos esfuerzos jurídicos-doctrinales para encuadrarlas en las normas existentes apareciendo una fidelidad doctrinal junto a una distorsión jurídica<sup>30</sup>.

Este es el supuesto del c. 1095,3 en el que se ha recogido la incapacidad para asumir las obligaciones conyugales. Este canon es el resultado claro de la influencia de la doctrina teológica, sociológica y psiquiátrica que se ha

28 C. Serrano Postigo, *Ibidem*, pág. 209.

29 D. Llamazares Fernández, *Derecho canónico fundamental*, cit. pág. 386.

30 SRRD. c. Mattioli, 6-11-1956; vol. XLVIII, pág. 871; c. Felici, 3-12-1957, vol. XLIX, pág. 788; c. Sabbatani, 20-12-1963, vol. LV, pág. 971.

ido decantando en la jurisprudencia, motivo por el cual obliga a realizar su estudio preferentemente en las sentencias, principalmente, de la Rota Romana.

El c. 1095 ha acotado de forma negativa la capacidad para contraer matrimonio al determinar quienes son incapaces, tanto por referencia al «*ius connubii*», como a la capacidad para prestar el consentimiento. Este canon supone una limitación al derecho de contraer que reconoce el c. 1058, y, por ser restricción de un derecho, ha de tener los límites mínimos tal como establece el c. 18.

El c. 1095 ha planteado una vez más la cuestión del ámbito de las prohibiciones para contraer y de las incapacidades para prestar el consentimiento; la polémica se centró, sobre todo, en la calificación de la amencia y de la impotencia, pues había razones para considerarlos impedimentos o también vicios del consentimiento o ausencia del mismo. Esta cuestión, aunque legalmente ha quedado deslindada, tiene sus repercusiones en la configuración de la incapacidad para prestar el consentimiento; nuestra pretensión es buscar los elementos identificadores de la incapacidad descrita en el c. 1095,3: Son incapaces de contraer matrimonio: 3.º, quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica.

#### A) *Diferenciación de causas afines*

El legislador ha optado por tipificar una causa autónoma diferenciada netamente de la carencia de suficiente uso de razón, c. 1095,1, y de la afectación de un «grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar».

La evolución jurisprudencial, previa a la formulación del c. 1095, pone de manifiesto que varias de las anomalías de naturaleza psíquica, que han de ser contempladas en el número tercero, eran contempladas por los tribunales, ya en la falta de discreción de juicio, ya forzando el razonamiento en la exclusión de la fidelidad, de la indisolubilidad o de los hijos<sup>31</sup>. Paso a paso se llegó a la formulación del principio de que unas incapacidades se referían al desarrollo del acto de prestar el consentimiento y otras a la aceptación-realización del objeto de dicho acto.

La capacidad-incapacidad en las dos primeras se determina por referencia a las características que ha de tener el acto humano y en lo referente a la incapacidad de asumir por las propiedades y ámbito de lo que se ha de aceptar.

31 C. Lefebvre, 15-1-1972, Ephem. (1972), 319-324.

La jurisprudencia ofrece el largo proceso de decantación de la incapacidad de asumir. Por supuesto que se trata de una muestra indicativa con la limitación de no poder utilizar la publicación oficial de las sentencias por razones de todos conocidas.

a) La Sentencia c. Lefebvre<sup>22</sup> recoge algunas de las expresiones de sentencias anteriores que intufan la formulación de la causa. En esta sentencia se advierte que la jurisprudencia común, siguiendo la ciencia psiquiátrica, no admitía otra incapacidad que aquella que se viere incluida en «mentalis morbi, sive internae libertatis requisitae sive insania in re uxoria». Pero expresa que la sentencia c. Teodori (19-1-40) reconocía la existencia de incapacidad ya para elegir el matrimonio en sus propiedades y fines, «sive sumendi consequentia onera». Y que otra sentencia c. Sabattani, de 21-7-1957, precisaba «in incapacitate assumendi obligationem fidei».

b) Pero fue la sentencia c. Anne, de 17-1-1967, la que marca el hito importante porque perfila los conceptos y distingue la nulidad «ex parte actus humani» y «ex parte obiecti»<sup>33</sup>.

Con esta matización quedaba claro que la incapacidad referida al objeto se debía diferenciar netamente de la falta de discreción de juicio que dice referencia al acto humano en sus cualidades.

También ofrece la jurisprudencia la diferenciación entre la incapacidad de asumir y la exclusión. La setencia c. Sabattani, 20-12-1963<sup>34</sup>, que decide por homosexualidad se plantea la triple hipótesis de tratamiento: como impedimento de impotencia psíquica, como ausencia, o como exclusión del bien de la prole.

La sentencia c. Lefebvre antes citada exponía que a estas tres hipótesis había que añadir una cuarta, que era la incapacidad para cumplir, porque es inválido el contrato «de obiecto relative impossibili, cum ad impossibile nemo tenetur». La sentencia concluía que se debía descartar la exclusión del objeto, ya que «verificatur defectus obiecti».

c) La sentencia c. Pinto<sup>35</sup> decidía una causa por ninfomanía y la trata como exclusión, teniendo que distinguir entre exclusión explícita e implícita.

d) La sentencia c. Serrano<sup>36</sup> manifiesta que quien simula excluye conscientemente algún elemento propio del matrimonio; quien es inhábil para dar y aceptar las obligaciones, aun conociendo correctamente el objeto y

32 c. Lefebvre, 2-12-1967, Monitor (1968) págs. 467-474.

33 c. Anne, 17-1-1967, *Il Diritto* (1978) II, págs. 1-12.

34 c. Sabattani, 20-12-1963, vol. LV, pág. 971.

35 c. Pinto, 15-7-1971, Monitor (1972), pág. 87.

36 c. Serrano, 9-7-1971, Ephem. (1977) págs. 308-331.

queriendo el matrimonio preestablecido, ha de ser tenido por incapaz «ex subiecta ineptitudine veri matrimonii». En la jurisprudencia se llegó a acuñar la expresión de incapacidad «ex defectu obiecti formalis»<sup>37</sup>.

Inicialmente la cuestión se plantea en las causas de anomalías psicosexuales. No podía ser de otra forma, pues si la esencia del matrimonio eran los actos de suyo aptos, éstos constituían el objeto del consentimiento, y la incapacidad debía ir referida a ellos; una prueba de este planteamiento fue el Anteproyecto del canon que circunscribiría la incapacidad a la derivada de las anomalías psicosexuales.

e) La sentencia c. Pompedda<sup>38</sup>, que resolvía una causa por homosexualidad, expone que se da defecto de objeto porque el contrayente es incapaz de dar y aceptar el «ius in corpus».

f) Un paso adelante lo supone la sentencia c. Serrano<sup>39</sup>, la cual precisa que no debe hablarse de falta de objeto o de objeto deficiente cuando se trata de la incapacidad de asumir, sino de «inhabilitate subiectorum», y compara con las causas de exclusión donde sí se excluye algún elemento propio del objeto, pero en la incapacidad para asumir cabe la idea perfecta del matrimonio preestablecido y, sin embargo, puede darse la incapacidad para aceptar realizar o todo o parte del objeto. En la doctrina y jurisprudencia ha quedado perfectamente delimitada la diferencia entre la nulidad por incapacidad para asumir el objeto y la nulidad por falta de objeto. En efecto, dice Bernárdez, «una cosa es la incapacidad negocial de un sujeto y otra cosa es el negocio jurídico sobre objeto imposible, inexistente o torpe. En ambos casos el negocio jurídico es nulo o ineficaz, pero por diverso título»<sup>40</sup>.

Las expresiones «ad impossibilia nemo tenetur» y «nemo ad impossibile obligari potest», tan frecuentemente usadas en la jurisprudencia, dicen referencia al objeto imposible no a la incapacidad del sujeto, pero de hecho han sido estos aforismos los que han servido de eslabón para vincular la incapacidad con una fundamentación en el derecho natural.

Se ha de tener en cuenta que la incapacidad de asumir una obligación puede provenir tanto de la incapacidad de realizar el acto psicológico humano del consentimiento matrimonial, como, supuesta esa capacidad, de la imposibilidad subjetiva de aceptar y cumplir<sup>41</sup>.

37 c. Anne, 25-2-1969, Monitor E. (1971) págs. 21-33; c. Pinto 15-7-1977, Ephem. (1978) pág. 165.

38 6-10-1969. *Il Diritto* (1969) II, 147-151.

39 c. Serrano, 5-4-1973 Monitor (1976) págs. 107-113; c. Lefebvre, 15-1-1972, Ephem. (1978) págs. 331-335.

40 A. Bernárdez Cantón, *Compendio de Derecho matrimonial canónico* (Madrid 1986) pág. 117.

41 J. J. García Failde, *Manual de psiquiatría fosense canónica* (Salamanca 1987), pág. 84; F. Gil de las Heras, (RDP 1987) pág. 403.

El hecho de que pueda derivar de la falta de suficiente uso de razón o de falta de discreción de juicio no impide su neta diferenciación e identificación. Sin duda que en el plano existencial quien carece de suficiente uso de razón y quien padece grave defecto de discreción de juicio no podrá asumir las obligaciones conyugales. En estos casos la incapacidad de asumir no aparecerá como autónoma.

Por tanto, podemos decir que la jurisprudencia ofrece el contenido que delimita y por ello diferencia la incapacidad de asumir del grave defecto de discreción de juicio, ya que aquella consiste en la imposibilidad del sujeto para aceptar y/o cumplir el contenido del objeto del consentimiento, mientras que ésta se refiere a la realización del acto humano de prestar el consentimiento. Ambas expresan una incapacidad del sujeto, pero las distingue el contenido de la referencia de la incapacidad.

B) *Por referencia a los elementos que componen la tipificación de la causa*

1. La norma fija como elementos propios: que la incapacidad se derive de causas de naturaleza psíquica y en relación con las obligaciones del matrimonio.

La jurisprudencia expresa constantemente que se trata no de una dificultad sino de una imposibilidad. Sin embargo, esta imposibilidad es considerada unas veces como física y absoluta<sup>42</sup>, y otras como imposibilidad moral. Se entiende como imposibilidad moral cuando «poni non valet nisi cum extraordinario labore»<sup>43</sup>.

Creemos que no es aplicable el criterio de la imposibilidad moral al supuesto de la incapacidad para asumir, pues ésta hace referencia más a la responsabilidad del acto no realizado y la incapacidad se refiere, sin más, al hecho de que no se puede realizar, independientemente de la responsabilidad del acto; a quién es capaz se le exige que ponga el esfuerzo extraordinario. Sin duda que al introducir la imposibilidad moral se mezcla la naturaleza de la incapacidad con la manera de estimar la gravedad de la misma; la incapacidad es física pues se asienta en una anomalía psíquica. La dificultad está en determinar el grado de la misma en el supuesto concreto, para poder decir que, comprobada la anomalía, no existe matrimonio. Precisamente por ello la jurisprudencia habla de proporcionalidad en la causa psíquica que incapacita y el objeto de referencia.

a) La Sentencia c. Felici<sup>44</sup>, refiriéndose a la incapacidad para asumir, cuestión entonces pendiente de tipificación legal, decía: «valde periculosa vide-

42 c. Pinto, 18-3-1971, Monitor (1972) 63, pág. 188; c. Ferrero, 28-12-1978, Monitor (1979) pág. 169.

43 G. Michiels, *Normae generales iuris canonici*, I (Parisiis-Tronacini-Romae 1949) pág. 463.

44 c. di Felice, 8-3-1973, Monitor (1976) pág. 88.



tur», porque encontraba difícil, si no imposible, determinar cuándo la persona es incapaz para asumir los derechos y deberes; «res indefinita maneret».

b) En cambio, las Sentencias c. Serrano<sup>45</sup> manifiestan que la causa de nulidad conocida como incapacidad ha sido el resultado de una evolución en la que se ha pasado de una consideración «fere exclusiva subiecti facultatum in suispsi» a una valoración «aarundem per rationem ad peculiare illud et omnino singulare institutum iuridicum, quod est matrimonium»; añade que lo que ha influido desde el objeto para determinar esa incapacidad es «indoles foederis».

c) La sentencia c. Masala<sup>46</sup>, que daba respuesta a una demanda por anomalía psicosexual, encuadrada en la discreción de juicio, establece el criterio de que «discretionem iudicii requeritur tamen ordinariam illam... negotio tam oneroso proportionatam».

d) La sentencia c. Ewers<sup>47</sup> expresa que, para la creación del vínculo conyugal, no es suficiente cualquier acto humano sino aquel que tenga «maturitatem proportionatam», y para ello «proportionem oportet cum suo obiecto».

e) Pero es la sentencia c. Pompedda<sup>48</sup> la que afronta la determinación de la incapacidad y para evitar que sea un «flatum vocis» ha de ser determinada por referencia al sujeto, al objeto y a la causa. De estos tres elementos el objeto es el que aporta «formam et mensuram» de la incapacidad. Por tanto se trata de una incapacidad peculiar que se ha de definir en sus múltiples manifestaciones por referencia a los diversos derechos y obligaciones, ya que éstos determinan el tipo de causa incapacitante y la medida necesaria para determinar no sólo su existencia sino su influencia. Será necesario precisar «intra ambitum iuridicum» cuáles son las obligaciones esenciales del matrimonio que no pueden ser otras «quae in obiecto consensus matrimonialis exstant».

## 2. *La incapacidad ha de ser de origen psíquico*

El canon 1095,3 determina que han de ser causas de naturaleza psíquica, término más comprensivo que psicosexual o psicopatológico refiriéndose a todas las anomalías, constituyan enfermedad o no, que afecten al sujeto en relación con la aceptación de los derechos y deberes<sup>49</sup>. La determinación

45 c. Serrano, 4-3-1977, *Ephem.* (1978) pág. 149; 9-7-1976, *Ephem.* (1977) págs. 309-360.

46 c. Masala, 12-3-1975, *Monitor* (1976) pág. 206.

47 c. Ewers, 4-4-1981, *Monitor* (1981) págs. 296-297.

48 c. Pompedda, 19-2-1982, *Il Diritto* (1982) III, jul-sep., págs. 315-318.

49 J. J. García Faílde, *Manual de psiquiatría forense...* cit., pág. 85. La autonomía de la causa no impide el que pudiera también considerarse dentro de la falta grave de discreción de juicio.

del origen de la incapacidad sirve de elemento identificador al excluir las de origen físico, como es la impotencia. El legislador ha considerado que los supuestos de incapacidad para realizar el acto conyugal, derivados de origen físico, se consideran impotencia, c. 1084, y que afecten a la capacidad de contraer. La justificación de esta norma es débil, pues se basa tan sólo en que «el origen de la impotencia es orgánico o funcional con fundamento somático y su efecto es negativo o de inhibición y en cambio la incapacidad de asumir surge en el ámbito psíquico y se manifiesta en conductas distintas de la inhibición»<sup>50</sup>.

El fundamento de la diferenciación no justifica el diferente trato pues, si la incapacidad se hace por referencia a los derechos y deberes conyugales, tanto en el supuesto de impotencia como en el de incapacidad de asumir, se produce la misma imposibilidad del sujeto para asumir uno o todos los deberes conyugales. Si el legislador no hubiera tipificado la impotencia, los supuestos de la misma podrían ser incluidos en la incapacidad de asumir; mucho más, cuando la impotencia en el matrimonio canónico se asienta en un elemento esencial al igual que la incapacidad, a saber, que se las considera de derecho natural. Es impedimento por voluntad del legislador pero es incapacidad por naturaleza propia<sup>51</sup>. El origen de la causa incapacitante, físico o psíquico, no modifica su naturaleza de incapacidad para asumir los elementos esenciales del matrimonio<sup>52</sup>.

### 3. Incapacidad para las obligaciones esenciales del matrimonio

El objeto de referencia de la incapacidad para asumir se fija con la expresión genérica, y por ello indeterminada, de «obligaciones esenciales del matrimonio». Su indeterminación obliga a estudiar el objeto del consentimiento, y en última instancia la naturaleza del matrimonio. La doctrina considera que el objeto del consentimiento expresado en el c. 1057 se ha de hacer por referencia a los cc. 1055 y 1056. Es doctrina común considerar que son elementos esenciales o integrantes, —sin los cuales no existe matrimonio—, y por tanto forman parte del contenido del consentimiento: el consorcio sacramental de toda la vida, su unidad e indisolubilidad, su orde-

50 A. Bernárdez Cantón, *Curso...* cit., pág. 133; V. Reina Bernaldez, *Lecciones de derecho matrimonial*, II, pág. 84.

51 J. J. García Faílde, *Manual...* cit., pág. 87.

52 J. L. Santos Díez, «La incapacidad psíquica en el consentimiento matrimonial». En *El consentimiento matrimonial hoy* (Barcelona 1976) pág. 24. Quiere ver el autor una consecuencia práctica pues si se tipifica como impedimento el efecto invalidante procedería del derecho positivo, y si es defecto de consentimiento opera como invalidante por derecho natural.

nación al bien de los esposos y a la procreación, siendo discutida la esencialidad del amor en su naturaleza como en su encuadramiento<sup>53</sup>.

En la definición de matrimonio como comunidad de vida se expresa su naturaleza sacramental, su causa objetiva y la exclusiva competencia de la Iglesia para regular el matrimonio y para determinar los elementos esenciales de la causa. La comunidad de vida se identifica con la causa de tal forma que «siendo la comunidad de vida la función típica del matrimonio canónico, reconocida en la síntesis de sus elementos esenciales, resulta evidente que abarca todos los elementos esenciales e invariables del tipo matrimonial, como son los dos contrayentes, el objeto, es decir, las personas (como centros existenciales de decisión) de los contrayentes y relación de entrega mutua total e irrevocable, que constituye el contenido del pacto conyugal<sup>54</sup>. De ahí que el consentimiento matrimonial deba dirigirse, para su validez, a la causa como a su fin, lo que supone el conocimiento y aceptación de la síntesis de los elementos del negocio, y por tanto de la causa.

Desde esta concepción considera Serrano Postigo que la incapacidad para asumir no puede hacerse por referencia a la perfección del acto sino «en relación del consentimiento matrimonial con los elementos objetivos del negocio, a fin de determinar su coherencia o incoherencia, que servirá para la determinación de su validez o invalidez<sup>55</sup>.

Algunos autores prefieren expresarlo con el esquema tradicional de los tres bienes, aunque no es omnicompreensivo de todo el contenido del consentimiento, salvo que se fuerce el contenido de cada uno de ellos. La doctrina que comentaba el Codex de 1917, al exponer el c. 1081, 2, era unánime en afirmar el objeto del consentimiento, aunque discrepara en su denominación. Se consideraba objeto material ya el cuerpo de los contrayentes, y a los actos propios de la relación íntima conyugal. El objeto formal estaba constituido por los mutuos derechos y deberes que los esposos tenían en orden a aquellos actos<sup>56</sup>. Al considerarse que la esencia del matrimonio era

53 A. Bernárdez Cantón, *Curso de Derecho matrimonial...* cit., pág. 134; F. Aznar Gil, *El nuevo Derecho matrimonial* (Salamanca 1983) pág. 254; J. J. García Fañde, *Manual de psiquiatría*, cit. págs. 30 y 90; F. Gil Delgado, «El objeto del consentimiento matrimonial» y la «*communio vitae*», en *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico* (1978) págs. 121-145; U. Navarrete, «Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II»; *Periodica* 1968-1969, págs. 554-478; S. Panizo Orallo, «El objeto del consentimiento matrimonial y el ius in corpus», en *Curso de derecho matrimonial* (1978) págs. 93-105; M. F. Pompedda «De incapacitate adsumendi obligationes essentielles matrimonii», *Periodica* (1986) págs. 129-152; D. Llamazares Fernández, «Prólogo» al libro *La causa típica en el derecho canónico matrimonial*, de Carmen Serrano Postigo, págs. 13-18; J. Goti Ordeñana, *Amor y matrimonio en las causas de nulidad por miedo* (Oviedo 1975); M. López Aranda, *La relación interpersonal en el consortium totius vitae* (Salamanca 1986) págs. 189-238.

54 C. Serrano Postigo, *La causa...* pág. 227.

55 *Ibidem*, pág. 240.

56 A. Bernárdez Cantón, *Curso de derecho matrimonial* (Madrid 1980) pág. 176.

la mutua entrega concretada en los actos de suyo aptos para engendrar la prole, el objeto del consentimiento recaía únicamente sobre el contenido del «ius in corpus».

La definición del Concilio Vaticano II del matrimonio como comunidad de vida y amor provocó una profunda reflexión sobre la naturaleza del matrimonio y, como consecuencia, se plantea la crisis sobre el contenido del objeto del consentimiento, la causa del mismo. Se llegó a plantear la necesidad de prescindir del esquema clásico de objeto material y formal<sup>57</sup> por insuficiente para expresar todo el contenido y se advierte que la doctrina va prescindiendo de él por reduccionista, hablando sin más del contenido del consentimiento<sup>58</sup>.

El c. 1057, por coherencia entre el principio institucional y el consensual<sup>59</sup> expresa que el contenido del consentimiento ha de ser lo que los cánones 1055 y 1056 determinan como naturaleza del matrimonio y todo lo que se contiene en el canon 1057 ha de estar contenido, al menos implícitamente, en el canon 1055. En él se expresa la entrega-aceptación de personas en orden al consorcio conyugal, pero se echa en falta, y éste hubiera sido el momento de haber expresado el tercer elemento, lo concerniente a los derechos y deberes esenciales de la relación conyugal; era ciertamente tarea no exenta de dificultades y queda relegada a la jurisprudencia<sup>60</sup>.

El canon 1095, 2.º y 3.º, refiere la incapacidad en relación con los derechos y deberes del matrimonio que constituyen el contenido del consentimiento y que integran el conjunto de elementos sin los cuales no puede existir el matrimonio. La eficacia invalidante de la incapacidad de asumir ha de gravitar necesariamente sobre el contenido específico de referencia ya que él dará la naturaleza de la incapacidad y su medida.

El problema surge en toda su amplitud y profundidad en la determinación de cuáles sean los elementos esenciales e integrantes del matrimonio, pues sólo así se podrán especificar con concreción todas las incapacidades que se contienen en la expresión indeterminada de las obligaciones esenciales.

Un criterio de determinación ha sido extraído, por analogía de la exclusión; si ésta produce la nulidad al eliminar un elemento necesario, la incapacidad para asumir la obligación del mismo debe ser invalidante<sup>61</sup>. Así se

57 J. M. Serrano Ruíz, *El derecho a la comunidad de vida*, Ephem (1976) págs. 33-68.

58 A. Bernárdez Cantón, *Compendio de Derecho Matrimonial* (Madrid 1986) pág. 111.

59 D. Llamazares Fernández, «Prólogo» al libro *La Causa típica en el Derecho canónico matrimonial*, págs. 22-26.

60 A. Bernárdez Cantón, *Compendio de Derecho matrimonial*, cit. pág. 112.

61 M. López Alarcón y R. Navarro Vals, *Curso de Derecho matrimonial* (Madrid 1987) pág. 164.

enumeran en la incapacidad para asumir la obligación de la fidelidad, de la comunidad de vida, de la relación sexual, de la crianza y educación de los hijos, de las relaciones interpersonales<sup>62</sup>. La falta de la necesaria referencia de la incapacidad a la naturaleza del matrimonio, agravada por la inconcreción que ofrece la norma, ha dado lugar a que se sostengan aptitudes jurisprudenciales tan extremas como la sentencia c. Egan<sup>63</sup>, en la que sigue considerando la incapacidad exclusivamente por referencia al «ius in corpus»; como también en el ámbito doctrinal ha dado lugar a posiciones tan exageradas como las de Lessage<sup>64</sup>, que considera la incapacidad por referencia a aspectos de la relación conyugal que difícilmente pueden ser considerados como elementos necesarios para que exista matrimonio y que la jurisprudencia califica continuamente de elementos «ut bene sit matrimonium, non ut sit».

#### 4. *La identificación de la incapacidad depende del objeto y de la naturaleza de la obligación*

Al intentar estudiar el objeto del consentimiento y por derivación la naturaleza del matrimonio canónico, surge el desaliento ante las manifestaciones de la doctrina. Así Navarrete<sup>65</sup> decía que la determinación del consorcio de toda la vida no ha sido formulado por el legislador y que ha de realizarlo la doctrina y la jurisprudencia; pero anticipa que es indefinible. Pompèdda afirmaba que, como mucho, se podrá llegar a criterios indicativos<sup>66</sup>. Bernárdez y Mostaza sostienen que ha de ser la jurisprudencia quien lo determine y éste añade que «resulta difícil, por no decir imposible, determinar positivamente en el plano doctrinal cuáles sean los elementos esenciales del consorcio o comunidad de vida conyugal, amén del «ius in corpus». Tal cometido podrán hacerlos más fácilmente los jueces en el plano existencial de cada caso concreto<sup>67</sup>. Serrano a su vez manifestaba: «he de reconocer desde un principio que hoy no es tarea fácil intentar una tipificación de lo que haya de entenderse por derecho a la comunidad de vida, sobre todo como distinta de los bienes clásicos del matrimonio...»; por ello insinúa

62 A. Molina Meliá, *Derecho matrimonial canónico* (Madrid 1987) pág. 192.

63 c. Egan, 22-4-1982, Monitor (1982) págs. 317-322; 9-12-1982 Monitor (1983) págs. 323-327.

64 G. Lessage, *The consortium vitae conjugalis: naturae and applications in Studia canonica* (1972) págs. 99-104; A esta postura se adhiere J. Salazar Abrisquieta, *Nuevo Derecho Canónico*, obra en colaboración (Madrid 1985) págs. 181-182; P. Bonet, *Il Diritto* (1975) pág. 526.

65 U. Navarrete, «Problemi sull'autonomia dei caput di nullità del matrimonio per difetto di concluso causato da perturbazioni de la personalità» en *Perturbazioni psichiatriche e consenso matrimoniale nell diritto canonico* (Roma 1976) págs. 133-136.

66 M. Pompèdda, *Maturita psiquica e matrimonio nei canon* 1095, 1096. Appolinaris (1984) págs. 137.

67 A. Bernárdez Cantón, *Compendio de Derecho matrimonial* cit. pág. 134; A. Mostaza Rodríguez, *Consortium totius vitae*, cit. pág. 106.

que será conveniente que «deba limitarse el juez a pronunciarse sobre su ausencia»<sup>68</sup>.

Grockoleski decía al respecto que si la Comisión que elaboró el Anteproyecto, compuesta por técnicos, no lo había logrado, mal podían lograrlo los jueces desprovistos de formación y medios «ubique terrarum»<sup>69</sup>.

Nos encontramos, por tanto, ante una laguna ya buscada por el legislador con la pretensión de una indefinición calculada, o bien ante una laguna derivada de la imposibilidad de definir jurídicamente qué sea el matrimonio.

Resulta paradójico que la Comisión lo dejara, creemos que más por imposibilidad que por voluntad propia, en manos de los otros dos ámbitos, la jurisprudencia y la doctrina, y que ésta a su vez abandone el empeño en el ámbito de la jurisprudencia. La definición de la esencia del matrimonio corresponde al principio institucional, punto de referencia obligada en toda su extensión por el consentimiento. La jurisprudencia examina si el consentimiento es acto humano y si ha sido acorde o discordante por incapacidad o voluntad contraria con el contenido preestablecido, pero para ello necesita tener concretado el contenido. Si no está definido, ni por ausencia se podrá definir, pues hará falta saber lo que es ausente. Vamos a exponer un conjunto de sentencias, no de forma sistemática, para que aparezcan las dificultades y las limitaciones, tanto terminológicas como de contenido.

Dentro de los elementos que la doctrina considera esenciales nos vamos a referir a dos, pues la pretensión de este trabajo encuentra su limitación en el ajuste al Derecho del Estado, pues la indisolubilidad y el «ius in corpus» no se contemplan en el ordenamiento civil como parte del núcleo matrimonial y la unidad del matrimonio no plantea problemas de identificación ni de ajuste.

Al aproximarnos a la jurisprudencia y observar las distintas respuestas que se ofrecen relativas a la incapacidad por referencia al objeto, surgen estas preguntas: ¿la incapacidad para la comunidad de vida, para las relaciones interpersonales, para el bien de los esposos, son «modus loquendi» o suponen un elemento identificador y diferenciador que suponga novedad respecto a la configuración del Codex de 1917? ¿Qué contenido expresa cada uno de esos términos?

a) La sentencia c. Raad<sup>70</sup> expone que para expresar plenamente el objeto del consentimiento «ius ad vitae communionem vitae aptius est iure in corpus, quod est prioris pars praecipua».

68 J. M. Serrano Ruíz. «La exclusión del ius ad vitae communionem» como causa de nulidad de matrimonio», en *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico* (Salamanca 1980) pág. 222.

69 J. Grocholewski. *De communionem vitae in novo Schemate* «De matrimonio et de momento amoris coniugalis», *Periodica* (1979) págs. 454-455.

70 13-11-1979, *Monitor* (1986) págs. 30-39.

b) En cambio la sentencia c. Egan<sup>71</sup>, que resuelve sobre una sentencia que declaró nulidad por incapacidad para cumplir los «*onera coniugalia*», entendiendo entre ellos las relaciones interpersonales y, de forma específica, por falta de amor, responde que es un principio consagrado en la jurisprudencia que el matrimonio es una relación interpersonal; que nadie se admire de ello pues es claro que el matrimonio es relación (consorcio, hábito, comunión, sociedad) entre varón y mujer. Esta relación interpersonal surge de la donación-aceptación del derecho perpetuo y exclusivo a los actos de suyo aptos para engendrar la prole. Estas dos sentencias ponen de manifiesto la profunda discrepancia sobre el tema: la primera considera que el concepto comunidad de vida es omnicompreensivo de todos los elementos, incluido el «*ius in corpus*»; la segunda en cambio considera que el concepto consorcio de toda la vida no ha aportado nada que no estuviere comprendido en el «*ius in corpus*». Ciertamente esta sentencia es voz discrepante en el conjunto de la jurisprudencia.

c) Suele citarse como hito importante en la evolución de la jurisprudencia la sentencia c. Anne<sup>72</sup>; ciertamente supuso una ruptura en la resolución de las causas de nulidad por homosexualidad que se venían decidiendo dentro de la falta de discreción de juicio e incluso por exclusión de la unidad; esta sentencia lo encuadró dentro del «*defectus obiecti*» por incapacidad para dar y cumplir el «*ius in corpus*».

En ella se afirma que la doctrina del Concilio Vaticano II «*sensum iuridicum habet*» y define no sólo el hecho de la constitución del matrimonio, sino sobre todo el derecho-obligación a la íntima comunidad de vida. El matrimonio tiene como elemento específico la «*intimam coniunctionem personarum*», objetivo primordial de la comunidad de vida. El matrimonio es sobre todo «*relationem interpersonalem*». En el «*in facto esse*» puede faltar la comunidad de vida pero no el derecho a la comunidad de vida. El objeto del consentimiento debe ser no sólo el *ius in corpus* sino que «*complectitur etiam ius ad vitae consortium seu communitatem vitae quae proprie dicitur matrimonialis, necnon correlativas obligationes, seu ius ad intimam personarum atque operum coniunctionem*».

La sentencia pone de manifiesto el esquema lógico que ya establecía el Codex de 1917, aunque con distinto contenido: desde la definición del matrimonio en su totalidad —*in fieri et in facto esse*—, pasa a definir el contenido del consentimiento y el conjunto de derechos y obligaciones que de él dimanar, punto de referencia de la capacidad consensual; en esta sentencia se habla de «*defectus obiecti*», concepto que será superado y matizado pos-

71 9-12-1982, Monitor (1983) págs. 233-239.

72 25-2-1969, Monitor (1971) págs. 21-23.

teriormente como «defectus subiecti». Aparece también la terminología que se hará usual, «íntima comunidad de vida» que tenderá a la «íntima unión de las personas», «derecho y obligación a la íntima comunidad de vida».

La sentencia advierte del «onus difficillimum» para definir «sub aspectu iuridico» en qué consista la comunidad de vida. Propone como medios para su determinación acudir al campo del derecho natural, dada la naturaleza del matrimonio; al ámbito existencial donde el matrimonio se desarrolla según tiempos y lugares, pues los jueces se han de situar «in campo existenciali». A pesar de ello, concluye «quam difficile sit explicare, in ordine existenciali» cuáles sean los elementos esenciales del consorcio de toda la vida cuyo primer elemento específico, aunque no el único, es el «ius in corpus».

d) Cuatro sentencias c. Pinto nos ofrecen, por una parte, la evolución del contenido esencial, y por otra la inconcreción de la terminología. La sentencia 28-10-1976<sup>73</sup> resolvía por incapacidad por psicosis maniaco-depresiva. En ella establece como principio admitido y constante que la incapacidad para cumplir los deberes conyugales ha de ser referida a la incapacidad de dar y aceptar lo relativo al «ius in corpus». Estas obligaciones pertenecen a la esencia del matrimonio y le especifican. Las obligaciones propias de la mutua ayuda, aunque sean importantes, sólo influyen «ut bene sit matrimonium», pero no se requieren «ut sit», ya que no especifican el matrimonio. El consorcio de vida matrimonial es un elemento genérico del matrimonio que se especifica por el derecho al cuerpo y no por el derecho al consorcio de vida. La incapacidad para dar y aceptar el «ius ad cohabitationem» no invalida el matrimonio, pues «amoris societas seu consortium ad mutuam adiutorium haberi potest inter matrem et filium», y expone como colofón que se afirma de forma gratuita que la doctrina del Concilio Vaticano II ha cambiado la estructura jurídica del matrimonio. Esta sentencia parece una respuesta a la c. Anne, y en ella, además de confundir consorcio de toda la vida con cohabitación, no se integra el concepto de bien de los esposos, manteniendo el de mutua ayuda pero reducido a lo accidental; pero más llamativo es que se sostiene el criterio de que el único elemento identificador del matrimonio es el derecho de los esposos a los actos de suyo aptos para engendrar la prole, excluyendo la esencialidad del derecho al consorcio de toda la vida, mucho más cuando identifica «amoris societas seu consortium».

La sentencia 15-7-1977<sup>74</sup> resuelve sobre incapacidad psíquica; en primera instancia había sido estimada la incapacidad para amarse. Merece la pena la lectura de esta sentencia porque en la fundamentación aparece la crisis que suponía integrar el contenido de la doctrina del Concilio Vaticano II y

73 Monitor (1978) págs. 11-31.

74 Ephemerides (1978) págs. 165-176.



la doctrina tradicional sobre la esencia del matrimonio, aunque anticipa que nada ha cambiado en el Codex de 1917. Pero añade, teniendo en cuenta lo que antecede, hay que advertir que en el derecho romano el matrimonio «in facto esse» fue siempre considerado como «individuum consuetudinem», «intimam vitae coniunctionem»; el amor en cambio no ha sido considerado en la doctrina como elemento esencial del matrimonio... Lo más llamativo es la conclusión a la que llega: «ex dictis patet ius ad vitae communionem», según la doctrina tradicional comprende todos los derechos y deberes que dan y aceptan los esposos mutuamente, aunque en cuanto a lo esencial se limita al «ius in corpus». Rechaza a su vez la afirmación de la sentencia de primera instancia que afirmaba la necesidad de contemplar en el matrimonio tanto el «in fieri» como el «in facto esse», y éste como comunidad de vida. Afirmar como dice la sentencia apelada que el Concilio ha modificado la doctrina jurídica sobre el matrimonio no tiene fundamento ya que el Concilio sólo pretendió una exposición pastoral no jurídica, y la visión personalista del matrimonio no excluye la contractual.

En la fundamentación cita la propuesta de la Comisión Pontificia de 20 de mayo de 1977, que expresaba que el derecho a la comunidad de vida se ha de entender como el conjunto de derechos y deberes relativos a las esenciales relaciones interpersonales de los cónyuges y que «in hodierno contextu» son distintas a las que tradicionalmente eran consideradas tales. La sentencia concluye «agitur ergo de iure ad relaciones interpersonales», es decir, el modo de obrar de un esposo respecto del otro, con el límite del mínimo necesario sin el cual no puede existir la sociedad conyugal.

Dentro de la contradictoria exposición jurídica de la sentencia cabe destacar, en primer lugar, que admite la expresión: derecho a la comunidad de vida como omnicomprensiva de todos los derechos y deberes que se han de dar y aceptar los esposos; y en segundo lugar, que llega a admitir el derecho a las relaciones interpersonales con el mismo contenido que se atribuye al derecho a la comunidad de vida, entendiendo que los esposos han de vivir al menos una donación mínima, pero orientada al logro del bien de la prole.

La sentencia 12-2-1982<sup>75</sup> resuelve sobre incapacidad y afirma que sí existe, siempre que se dé una anomalía que impida obligarse a constituir el consorcio de vida perpetuo y exclusivo. La esencia del matrimonio consiste en el «consortio hoc seu societati» que se ha de distinguir de la cohabitación. El bien de los esposos es un elemento esencial que ha de estar presente en el «in fieri» y se ha de desarrollar en el in «facto esse». La incapacidad puede referirse de forma genérica «quoad cuncta bona», o de forma específica «quoad bonum coniugum».

75 Il Diritto (1982) págs. 527-558.

76 Monitor (1985) págs. 316-337.

La sentencia 9-11-1984<sup>76</sup> decide sobre incapacidad para instaurar la relación interpersonal y por grave inmadurez psicológica. Refiriéndose a las obligaciones del c. 1095 expone que según la doctrina tradicional las obligaciones esenciales del matrimonio son las que dimanen de los tres bienes. El bien de los esposos comprende los derechos que se han de dar y aceptar para lograr la íntima unión «personarum atque operum», que en definitiva son los derechos que integran las relaciones interpersonales.

e) La sentencia c. Ewers<sup>77</sup> decide sobre incapacidad psíquica para asumir y expresa que es incapaz para el matrimonio quien es incapaz de lograr una sana relación interpersonal; esta incapacidad comprende también la referencia a la comunidad de vida y amor que consiste en la donación de los esposos.

f) La sentencia c. Stankiewicz<sup>78</sup> expresa que las obligaciones esenciales del matrimonio han de ser determinadas en el ámbito del objeto formal. La incapacidad se refiere al bien de la prole, a la unidad, a la indisolubilidad y al bien de los esposos, elementos que componen la comunidad de vida.

g) La sentencia c. Pompedda, ya citada<sup>79</sup>, decide sobre incapacidad psíquica y se plantea frontalmente el problema de la determinación de los derechos y deberes del c. 1095,3 y establece varios presupuestos doctrinales: a) distingue entre incapacidad genérica, la que se refiere a las obligaciones esenciales del matrimonio, y la incapacidad específica, aquella que se refiere a las obligaciones concretas que dimanen de la comunidad de vida; b) la incapacidad ha de ser definida teniendo en cuenta el objeto de referencia, el sujeto y la causa; c) la incapacidad para asumir las obligaciones se ha de determinar «ex istarum substantia atque ex momento existenciali»; d) urge definir en el ámbito jurídico cuáles sean las obligaciones esenciales, que no pueden ser otras que las que componen el contenido del consentimiento.

Precisa que la jurisprudencia admite como elementos, además del «ius in corpus», el derecho a todos los elementos que configuran la comunidad de vida; el primero es ya un concepto adquirido y suficientemente perfilado, no así el contenido de la comunidad, tarea que está intentando la jurisprudencia. La relación interpersonal sigue sin definirse porque aún no se han fijado sus elementos esenciales. Su determinación ha de ser en el ámbito jurídico, prescindiendo de criterios extraños que pueden aportar otras ciencias, pues aunque útiles no son determinantes. La relación interpersonal se ha de entender por referencia al acto humano según el concepto mínimo y básico que ofrece la filosofía, pues de lo contrario limitaría el derecho a contraer. La relación interpersonal se determina por la naturaleza matrimo-

77 4-4-1981, Monitor (1981) págs. 295-265.

78 16-12-1982, Ephemerides (1983) págs. 255-265.

79 19-12-1982, Il Diritto (1982) 3, págs. 313-343.

nial, propiedades y fines; la incapacidad ha de ser por referencia a todos esos elementos, prescindiendo de todos los demás aspectos.

h) Tres sentencias c. Serrano ponen de manifiesto algunos aspectos necesarios para la determinación de los deberes matrimoniales. La sentencia<sup>80</sup> que resuelve sobre incapacidad psicológica para la vida conyugal expresa que la naturaleza del pacto conyugal es interpersonal con carácter peculiar, pues no existe relación jurídica ni moral similar; esta relación interpersonal «dicitur et est matrimonium», y expresa el mismo contenido que comunidad de vida.

La sentencia<sup>81</sup> expresa que si todo negocio supone relación personal con más razón el negocio matrimonial en el que los derechos y deberes se intercambian de tal manera que es la relación interpersonal la que da lugar al matrimonio; por ello habrá que plantearse la capacidad por referencia a las relaciones interpersonales; la capacidad o incapacidad para prestar el consentimiento habrá que buscarla en el examen de la habilidad para la relación interpersonal.

La sentencia<sup>82</sup> expone que el objeto del consentimiento debe incluir el «ius ad vitae communionem» y sus obligaciones dimanantes; el vínculo conyugal, que es intrapersonal e interpersonal, se desarrolla como relación. Expone como concepto adquirido que el matrimonio consiste en la relación al otro<sup>83</sup>.

i) La sentencia c. Panizo<sup>84</sup> define el matrimonio como relación interpersonal de base conyugal, si la relación interpersonal hace posible tanto el consorcio «totius vitae» como la «communitas vitae et amoris coniugalis», la conclusión será que la ausencia o deficiencia grave de elementos esencialmente constitutivos de la relación interpersonal conyugal en un matrimonio concreto puede plantearse una ausencia o deficiencia del matrimonio concreto...; y añade: «esos derechos y deberes de índole relacional (el darse y aceptarse) constituyen el «ius ad relationem interpersonalem» que se integra dentro del «consortium vitae» junto con los demás «officia matrimonii...»; la incapacidad, por tanto, para la relación interpersonal constituye una verdadera incapacidad para las obligaciones esenciales del matrimonio...».

j) La sentencia c. Gil de la Heras<sup>85</sup> expone que se trata de obligaciones esenciales, sin las cuales no se da el matrimonio. Estas obligaciones tradicio-

80 5-4-1973, Monitor (1976) págs. 107-111; La Sentencia c. Serrano, 30-4-1973, Monitor (1976) págs. 192-196, sostiene el mismo criterio al afirmar que el matrimonio, tanto en el «inferi» como en el «in factio esse», es relación interpersonal que se concreta en derechos y deberes.

81 9-7-1976, Ephemerides (1977) págs. 309-321.

82 9-5-1980, Ephemerides (1982) págs. 247-250.

83 28-7-1981, *Il Diritto*, Enero-Junio (1982) págs. 49-53.

84 TRNA. REDC (1986) vol. 43; vide Panizo 14-5-1986, REDC (1987), vol. 42, págs. 231-251.

85 RDP (1987) pág. 403; vide sentencias: Urbez Castellano, 31-7-1985, REDC (1986) pág. 259; Zayas, 20-7-1985, (1986) pág. 619; Panizo, 14-5-1986, REDC (1987) págs. 281-297; Ricra, 14-11-1983, Collectanea (1984); Subirá, 19-12-1983, Collectanea (1984).

nalmente han sido consideradas las contenidas en los tres bienes del matrimonio... Es claro que estas obligaciones exigen otras sin las cuales tampoco se darían aquellas... El progreso de las ciencias psiquiátricas y psicológicas han venido a concretar en los últimos decenios cuáles eran aquellas obligaciones contenidas en los tres bienes tradicionalmente conocidos... Así, se habla de la comunidad de vida, del bien de los esposos, de las relaciones interpersonales... El bien de los esposos lo cifra en la unión de personas y otras en aquello que es esencial; la obligación a la comunidad de vida la concreta en «el mismo entregarse los esposos como marido y mujer, lo que ésto significa en las diversas culturas y los diversos pueblos lo que es esencial, para que, según el común sentir, se pueda entender si han sido capaces de entregarse de ese modo. En cuanto a las relaciones interpersonales dice que sin ellas no se concibe el matrimonio. De ahí que los contrayentes deben ser capaces de esta relación interpersonal».

Podemos concluir que si la doctrina desistía en su empeño de determinar cuáles sean las obligaciones esenciales y cuál el contenido de cada una de ellas, relegando esta tarea a la jurisprudencia, este muestrario exiguo pone de manifiesto que la jurisprudencia aparece dispersa e imprecisa intentando lograr una definición que aún no ha logrado.

La expresión «consorcio de toda la vida» unas veces se utiliza con sentido omnicomprensivo de todos los elementos del matrimonio, incluyendo el «*ius in corpus*» como su elemento principal, y otras con un sentido restrictivo refiriendo un elemento distinto pero no determinado. Un sector de la jurisprudencia prefiere utilizar la expresión «relaciones interpersonales», que a su vez se emplea unas veces como sinónimo de consorcio de toda la vida y otras se emplea para definir la esencia del matrimonio como contradictoria a los demás elementos. Incluso se utiliza la expresión «relaciones interpersonales» como estructura para conseguir el consorcio de toda la vida.

Sin duda que es acertada la precisión de López Alarcón cuando dice que en la definición del «*ius ad vitae communionem*» hay más perplejidad que certidumbre. Se distingue del bien de los esposos, se distingue del «*ius in corpus*», se distingue de los elementos, propiedades y fines que le integran, pero no se define su esencia<sup>86</sup>.

### 5. *El bien de los esposos*

El canon 1055 establece que el consorcio de toda la vida está... ordenado por su misma índole natural al bien de los esposos. Esta formulación es el resultado de la doctrina del C. Vaticano II en la *Gaudium et Spes*, nn. 48 y

86 M. López Alarcón y R. Navarro Valls, *Curso de Derecho Matrimonial...* cit. pág. 192.

49, en virtud de la cual se superaba la clásica distinción de fin primario, el de la procreación, y secundario, el de la mutua ayuda y el remedio de la concupiscencia, formulados en el c. 1013. Lo formulado en ambos cánones es totalmente distinto en cuanto a su contenido y a su influencia, pues según el Codex de 1917 era válido el matrimonio en el que se excluyera el contenido del fin secundario. En cambio, la norma vigente expresa que la ordenación al bien de los esposos pertenece a la naturaleza del matrimonio, y su ausencia por incapacidad o por exclusión provocaría la nulidad.

En la jurisprudencia, paso a paso, se ha ido decantando la existencia de este fin aunque sigan sin perfilarse sus elementos definidores.

a) En un primer momento el bien de los cónyuges se conceptuó como el «*mutuum adiutorium aliaque adiuncta*», que expresaba el c. 1013, y «*licet maximum momentum habeat ad hoc ut illud bene sit, non tamen essentialiter requiruntur, ad hoc scilicet quod matrimonium simpliciter sit..., cum ex eo quod institutum non specificatur ex eis*»<sup>87</sup>.

En la sentencia se distingue la comunidad de vida del «*ius in corpus*», pero se la identifica con la cohabitación. El consorcio-cohabitación se da solamente para la mutua ayuda que no constituye elemento esencial del matrimonio y, por ello, su ausencia no lleva consigo la nulidad del matrimonio.

Más expresamente la sentencia c. Masala<sup>88</sup>: «*at intima communitas vitae habetur quoque pro ipsa communione mensae, tori, habitationis in perseveranti unione animorum et bonorum per mutuum amorem roboranda*». Esta comunidad de vida familiar «*potius ad integritatem quam ad essentiam coniugii pertinet*», y por ello no constituye elemento esencial del consentimiento.

b) En un segundo momento se produce la decantación de la comunidad de vida como concepto autónomo y distinto de la cohabitación y a la par el bien de los esposos se sigue identificando con la comunidad de vida. Todos los derechos y deberes que constituyen la «mutua ayuda y el remedio de la concupiscencia en el mutuo código se incluyen dentro del derecho a la comunidad de vida, ya que ésta comprende los derechos relativos a las relaciones interpersonales de los esposos»<sup>89</sup>. Se llega a identificar el «*bonum coniugum*» con la «*coniugalem communionem*»<sup>90</sup>.

87 c. Pinto, 28-10-1976, Monitor (1978) págs. 11-17.

88 c. Masala, 12-3-1975, Monitor (1976) pág. 206; c. Raad, 13-11-1979, Monitor (1986) págs. 31-39.

89 c. Pinto, 18-12-1979, Monitor (1986) pág. 376.

90 c. Stankiewicz, 16-12-1982, Ephem. (1983) págs. 254-260.

Cuando se alude a la relación interpersonal de los esposos<sup>91</sup>, «ad aspectum personalisticum matrimonii, nempe bonum coniugum, evidenter alluditur». El aspecto personal se orienta «in aestimatione amoris coniugalís et in mutua perfectione coniugum». El amor conyugal tiene gran importancia en la constitución de la comunidad de vida y amor, aunque su falta no afecta a la validez del matrimonio; la mutua perfección de los esposos se obtiene en la «íntima personarum atque operum coniunctione»<sup>92</sup>.

c) Un tercer paso ofrece la distinción entre comunidad de vida y el bien de los cónyuges, sin embargo tan sólo como formulación distinta, tal como aparece en el c. 1055.

La sentencia c. Pinto contempla la incapacidad de asumir «quoad substantiam personarum et operum coniunctionem essentialiter ad bonum coniugum requisitam»<sup>93</sup>. El bien de los esposos comprende todos los derechos y deberes que los cónyuges se han de dar y aceptar para lograr la íntima unión «personarum atque operum»<sup>94</sup>.

El hecho de considerar como contenido del bien de los esposos el conjunto de prestaciones que han de realizar los esposos para lograr la íntima unión, ha llevado a la doctrina<sup>95</sup> a considerar que el bien de los cónyuges no se distingue adecuadamente del consorcio o comunidad conyugal, sino que es el resultado o logro de la misma operatividad; por ello no es un fin extrínseco, como el bien de la prole, sino un fin intrínseco o inmanente sin dejar de ser fin, puesto que esa perfección personal comunitaria se alcanza a lo largo de la convivencia matrimonial.

## 6. Cualidades que ha de tener la incapacidad

En la jurisprudencia aparece ya de forma explícita, ya como presupuesto, que la incapacidad ha de ser antecedente-concomitante, grave y perpetua.

a) Antecedente, al expresar la jurisprudencia que la incapacidad ha de ser previa a la prestación del consentimiento, se está fijando más en el origen de la causa que en el momento de producir el efecto de la invalidez, presumiendo que si existía antes estará presente en el momento de contraer. Pero «lo realmente relevante es que esté presente en el momento de contraer»<sup>96</sup>.

91 c. Pinto, 18-2-1982, *El Derecho* (1982) págs. 522-539.

92 c. Huot, 31-1-1980, *Il Diritto* (1980) pág. 15.

93 c. Pinto, 9-12-1984, *Monitor* (1985) pág. 322.

94 c. Giannellini, 19-7-1983, *Monitor* (1984) pág. 235; c. Parisela, 11-5-1978, *Monitor* (1978) pág. 395; c. Lefebvre, 31-1-1976, *Il diritto* (1977) págs. 261-263.

95 A. Bernárdez Cantón, *Compendio de Derecho matrimonial canónico* (Madrid 1986) pág. 351.

96 F. Gil de las Heras, *RDP* (1987) pág. 403.

Esta visión, además de fijarse menos en la razón jurídica que en la psicológica, no tiene en cuenta el hecho de que pueden existir anomalías circunstanciales y momentáneas que impidan asumir las obligaciones, aunque no impedirían el cumplirlas. Ciertamente que esta incapacidad de asumir está más cerca de la falta de discreción de juicio que de la incapacidad para asumir<sup>97</sup>.

A efectos de prueba la jurisprudencia ha de constatar la existencia de la anomalía<sup>98</sup> y toma como criterio analógico la antecedencia de la impotencia<sup>99</sup>. El mayor problema surge en la determinación del momento y gravedad de la anomalía como causa de la incapacidad, sobre todo cuando no han existido manifestaciones previas; lo que se califica de «incapacitas latens» «*quae tantum post nuptias manifestatur, sed ciuius causa praenuptialis est*»<sup>100</sup>.

El criterio seguido es que los peritos determinen el tipo de anomalía, su incrustación en la personalidad y la gravedad de la misma conforme a los criterios propios de su ciencia «*ad iudices vero pertinet... de validitate consensus proinde que matrimonii iudicium ferre*»<sup>101</sup>. Sin duda que los peritos han de aportar los elementos de la «*ratio psychologica*» y los jueces juzgan la «*ratio iuridica*».

b) Perpetuidad. La cuestión sobre la perpetuidad de la incapacidad para asumir aparece polémica en la jurisprudencia sin que se haya conseguido un criterio prevalente.

Pompedda expresa: «*nescimus quibusdam ex rationibus exigatur antecedentia et perpetuitas, dum videretur sufficere eiusmodi inhabilitatem adesse ipso momento elicitu consensus*»<sup>102</sup>.

Varios son los criterios que aparecen para exigir la nota de perpetuidad de la incapacidad.

1.º Hay sentencias que exigen la nota más por razones procesales que sustantivas, basadas en que si la incapacidad es insanable aparecerá con mayor claridad su existencia y gravedad. Este criterio ni siquiera se cuestiona la necesidad de que la incapacidad sea perpetua<sup>103</sup>.

97 c. Pinto, 19-12-1982, *Il Diritto* (1982) pág. 540; en ella expresa que la anomalía episódica no es suficiente.

98 c. Lefebvre, 31-1-1976, *Il Diritto* (1977) pág. 263.

99 c. Huot, 31-1-1980, *Il Diritto* (1980) pág. 14; c. Pinto, 19-2-1982, *Il Diritto* (1982) págs. 523-539.

100 c. Pinto, 3-12-1982, *Monitor* (1984) pág. 298.

101 c. Huot, 31-1-1980, *Il Diritto* (1980) pág. 15.

102 c. Pompedda, «*De incapacitate assumendi obligationes matrimonii*», *Periodica* (1986) págs. 129-151.

103 c. Huot, 31-1-1980, *Il Diritto* (1980) págs. 3-18; c. Lefebvre, 31-1-1976, *Il diritto* (1977) págs. 261-263; c. Pinto, 15-7-1977, *Monitor* (1978) págs. 145-147.

2.º Otras sentencias justifican la necesidad aplicando el criterio de analogía con la impotencia que el c. 1084 precisa como perpetua<sup>104</sup>. Pompedda en cambio expresa al respecto: «minus autem placet recursus ad analogiam cum impedimento impotentiae sexualis»<sup>105</sup>.

3.º Otro criterio se desprende de algunas sentencias que resuelven sobre incapacidad para el «ius in corpus»<sup>106</sup>, y manifiestan que la exclusividad del derecho a los actos conyugales «non patitur temporis spatium», porque es suficiente que la inhabilidad para otorgar el derecho exclusivo exista al momento de contraer. Este criterio es el seguido por Pompedda, quien alega como razones que el objeto del consentimiento no depende de la voluntad de los contrayentes y éstos aceptan y conceden las obligaciones «in et ipso momento consensus», y estas obligaciones no tienen tiempo ni interrupción, obligando «perpetuo» desde el momento de la prestación del consentimiento<sup>107</sup>.

4.º Otro criterio que pretende ser general y construir una teoría se ha intentado desde la distinción de la naturaleza de las obligaciones, diferenciándolas en positivas y negativas; precisando que las primeras obligan «semper sed no pro semper», y las segundas «semper et pro semper»<sup>108</sup>. Según este criterio, en las positivas tendría razón de ser la exigencia de la perpetuidad, no así en las negativas. Creemos que del conjunto de criterios se despenden algunas matizaciones que ayudan a entender la perpetuidad.

La incapacidad se ha de tipificar por la referencia a cada obligación concreta. En cada obligación se puede distinguir entre el derecho y su ejercicio, aunque esta distinción sea conceptual y no operativa en algunas obligaciones; en cambio, en otras tiene operatividad similar a la distinción que se hace en el campo de las exclusiones.

En todas las obligaciones la capacidad-incapacidad referida a la concesión-aceptación del ius ha de existir en el momento de contraer; en aquellas obligaciones en las que la distinción del derecho y su ejercicio sea irrelevante no tendrá operatividad la nota de perpetuidad, el punto de referencia será el momento de contraer; en aquellas obligaciones en las que es distinguible, por operativa, la nota de perpetuidad será aplicable a la capacidad para el ejercicio del derecho. Un ejemplo de esta distinción lo ofrece la incapacidad

104 c. Huot, 31-1-1980, *Il Diritto* (1980) págs. 3-18; c. Parisella, 11-5-1978, *Monitor* (1978) págs. 395-402.

105 E. Olivares, «Incapacitas assumendi obligationes esentiales matrimonii, debent esse perpetua?», *Periodica* (1986) págs. 153-169. En cita 9 se remite a c. Lefebvre, 4-2-1978; c. Pinto, 20-4-1979.

106 c. Anne, 17-1-1967, *Il diritto* (1968), págs. 3-12; c. Lefebvre, 15-1-1972 *Ephemerides* (1978) págs. 331-336; c. Raad, 13-11-1979, *Monitor* (1986) págs. 30-45.

107 c. Gil de las Heras, TRNA. RDP (1987) pág. 405.

108 c. Di Felice, 8-3-1973, *Monitor* (1976), págs. 85-91; c. Pompedda, 19-2-1982, *Il Diritto* (1982), págs. 313-343; c. Ewers, 4-4-1981, *Monitor* (1981) págs. 295-302.



para asumir la obligación de educar a los hijos. La capacidad-incapacidad debe existir en el momento de contraer pues es contenido esencial del consentimiento, el ejercicio de la misma dependerá de la existencia de hijos. ¿podría alegarse incapacidad para dicha obligación cuando no existen hijos? Sin duda que no, porque el derecho-deber que se debe asumir queda sin contenido en el tiempo; la incapacidad referida a esta obligación admite espacios de tiempo en los que, permaneciendo la obligación, no es realizable su contenido y por ello no obliga. La incapacidad de cumplir su contenido se requerirá que exista en el momento en que surja el contenido de la obligación y que provenga desde el momento en que se aceptó el contenido del consentimiento en cuyo núcleo está la obligación.

c) *Gravedad*

En la jurisprudencia aparece constantemente que la incapacidad derivada de la anomalía psíquica, para que tenga eficacia invalidante, ha de ser grave. La afirmación de este extremo es unánime, pero a partir de ahí todo es disperso.

Para que el matrimonio sea nulo por incapacidad de asumir ésta debe causar verdadera imposibilidad en el sujeto para dar y aceptar las obligaciones esenciales, no basta la existencia de dificultad<sup>109</sup>. El problema surge en la determinación de lo que se entiende por imposibilidad y por dificultad. Un sector de la doctrina acude a la diferenciación de las enfermedades y expresa que debe constar la gravedad del defecto psíquico, no siendo suficiente las «leves vitiositates» que tan sólo impiden un desarrollo perfecto de la vida conyugal<sup>110</sup>.

Como consecuencia se requiere que sea dictaminada por los peritos la naturaleza de la enfermedad y su gravedad; la medida de la gravedad de la enfermedad es la medida de la incapacidad. Precisamente por el riesgo que se advierte en el proceso, de trasladar la determinación de la gravedad de la incapacidad al ámbito médico, en varias sentencias se manifiesta miedo e inseguridad, y así aparece<sup>111</sup> la sentencia que expresa que no deben darse nulidades hasta que la ciencia psiquiátrica pueda ofrecer conclusiones ciertas; en otras con ese trasfondo se dice que la pericia sea realizada por médicos católicos<sup>112</sup>.

109 c. Raad, 13-11-1979, Monitor (1986) págs. 30-45; c. Pinto 15-7-1977, Monitor (1978), págs. 145-157; c. Di Felice, 8-3-1973, Monitor (1976) págs. 85-91; c. Raad, 12-6-80, Il diritto (1981), págs. 17-26; c. Anne, 17-1-1967, Il Diritto (1968) págs. 4-13; c. Ewers 4-4-1981, Monitor págs. 295-302.

110 c. Fiore 26-4-1977, Ephemerides (1978) págs. 340-345.

111 c. Masala, 12-3-1975, Monitor (1976) págs. 200-218.

112 c. Ewers, 4-4-1971, Monitor (1981) pág. 297.

Un segundo criterio pone como punto de referencia la proporcionalidad que ha de existir entre la capacidad necesaria para asumir y la obligación que se acepta<sup>113</sup>. Pero el resultado tan sólo da lugar a que la incapacidad ha de ser grave, íntimamente unida a este criterio va la cuestión de si se requiere mayor o menor capacidad para contraer que para celebrar otros contratos, si se contempla desde el «*ius connubii*» se pretende rebajar el grado de capacidad necesaria; si se considera desde la gravedad de las obligaciones y la duración de las mismas se insiste en que es necesaria mayor capacidad que en el resto de los negocios jurídicos. Sobre la experiencia judicial de esta situación afirma la sentencia<sup>114</sup> que la ciencia médica y la prudencia de los jueces tienen medios para discernir cuál y cuándo es el origen de las anomalías psíquicas y cuándo sean graves. Otra sentencia<sup>115</sup> afirma que es más fácil encontrar la nulidad «*quam eiusdem fundamentalis formalisque ratio*».

Lo expuesto anteriormente nos permite concluir que la incapacidad tipificada en el c. 1095,3 es subjetiva, que no surge de una obligación de objeto imposible sino de inhabilidad del sujeto para asumir las obligaciones de objeto posible.

Que se trata de una incapacidad específica que se ha de determinar por referencia necesaria a cada una de las obligaciones que componen el contenido del consentimiento, pues sólo de forma individualizada darán la naturaleza y la medida de la incapacidad. Así, la incapacidad derivada de la homosexualidad se diferencia de la derivada de la psicosis, porque la primera tiene como referencia natural la relación interpersonal, el bien de los esposos, la fidelidad conyugal; en cambio, la psicosis no dice en principio referencia a la fidelidad. Esto exige que la jurisprudencia prescinda del concepto de incapacidad genérica que sin duda acompaña al concepto de comunidad de vida como omnicompreensivo<sup>116</sup>.

El contenido de las obligaciones a la comunidad de vida, en sentido restringido, y del bien de los esposos sigue apareciendo indefinido; ésto lleva a la jurisprudencia a advertir que la incapacidad se ha de valorar por referencia a aquello que es esencial y por tanto necesario para que exista el matrimonio, no aquello que se da o puede darse para que el matrimonio sea un éxito de felicidad; pero sin determinar qué sea lo esencial de esas obligaciones. La gravedad tiene dos puntos de referencia: uno el «*ius connubii*» y otro el peso específico de cada una de las obligaciones. Si se sigue el primero

113 c. Serrano, 5-4-1973, Monitor (1976); c. Serrano, 18-11-1977, Ephemerides (1978) pág. 346.

114 c. Serrano, 9-5-1980, Ephemerides (1982) pág. 262.

115 c. Huot, 31-1-1980, *Il Diritto* (1980) III, pág. 15.

116 c. Serrano, 18-11-1977, Ephemerides (1978) pág. 346.

se piensa que basta una capacidad mínima, pues de lo contrario se limitaría tanto el derecho fundamental que supondría su lesión; si se sigue el criterio de valorar cada una de las obligaciones y la necesidad de capacidad para un desarrollo mínimo, el criterio se hace más rígido exigiendo más capacidad.

Conectando con estos dos criterios orientadores se expresa que el juez debe valorar, además del ámbito jurídico —el derecho natural y positivo—, el concepto que del matrimonio tienen los pueblos en su cultura en tiempos y lugares<sup>117</sup>.

Según esto, el juez deberá extraer de la conciencia social el criterio o módulo de matrimonio que se entiende por cumplimiento mínimo de las obligaciones. Así, se repite en la jurisprudencia que los jueces deben distinguir entre matrimonio contraído inválidamente y el matrimonio contraído en el cual las partes no llegan a instalar un consorcio de vida feliz o al menos soportable sin que se haya llegado a la verdadera incapacidad<sup>118</sup>.

La jurisprudencia, que ha quedado con una especie de delegación para concretar el contenido de las obligaciones, pone de manifiesto que el objeto referencia de la incapacidad sigue indefinido con una terminología, en lo que se refiere a la comunidad de vida y al bien de los esposos, sin perfiles jurídicos y con expresiones que pueden ser empleadas como sinónimas y donde da lo mismo utilizarlas como sujetos que como predicados.

A la indefinición del contenido hay que añadir la indefinición de la incapacidad subjetiva, pues no existe criterio que diferencie la dificultad de la imposibilidad. Si la incapacidad se especifica y determina por la naturaleza de la obligación y ésta permanece indeterminada, aquella no podrá determinarse. Si a esto añadimos que la anomalía ha de ser grave, sin que exista punto de referencia ni objetivo ni subjetivo, nos encontramos con una situación de total inseguridad y de desconcierto con las decisiones más plurales, que dependerán de tiempos y lugares y de la conciencia que el tribunal tenga de lo que debe ser una comunidad de vida y de lo que entienda por el bien de los esposos.

No es extraño que en algunas sentencias aparezca la advertencia del riesgo que supone. Si la incapacidad se determina de hecho en su naturaleza, especificidad y gravedad por un objeto indefinido, por referencia a una gravedad inconcreta y por una causa que debe provocar imposibilidad, pero sin punto de referencia para su valoración, no es extraño que se esté extrapolando la fundamentación de las decisiones hacia la clasificación de las enfermedades, llegando a la conclusión de que quien padece determinada

117 c. Anne, 17-1-1967, *Il Diritto* (1968) II, págs. 3-12; Gil de la Heras, RDP (1987) pág. 404.

118 F. Gil de las Heras, cit. pág. 404.

enfermedad es incapaz de asumir obligaciones esenciales del matrimonio. Hay sentencias que pretenden ser un tratado de psiquiatría haciendo verdaderos distinguos de si provocan la dificultad o la imposibilidad<sup>119</sup>.

Estas dificultades hasta ahora no superadas provocan un mecanismo que se da en un sector de la jurisprudencia al interpretar que, probada la existencia de una enfermedad o anomalía grave, no existe el matrimonio. Esto puede ser cierto cuando se da la enfermedad grave, pero cabe que sin ser grave, atendidas las circunstancias, que provoquen una incapacidad y según este criterio este supuesto no sería atendido. Por otra parte se desplaza la determinación de la incapacidad, de la referencia necesaria al objeto, al origen de la causa incapacitante y por ello la determinación de la incapacidad se va a hacer depender del dictamen pericial<sup>120</sup>.

En un exceso de tecnificación se llega a clasificar las enfermedades y a determinar que quien las padece es incapaz para el matrimonio. El juicio deductivo opera de forma similar al impedimento de impotencia, aunque con una diferencia y es que este impedimento tiene referencia obligada en el «*ius in corpus*». En cambio, cuando este impedimento se refiere al cumplimiento de las obligaciones conyugales en el discurrir de la vida conyugal pierde su concreción y en lugar de determinarse por su objeto necesita ser determinado en su causa.

Junto a este hecho, y como advertencia, un sector de la jurisprudencia y de la doctrina precisan que no es la enfermedad la causa de nulidad, pues la «*ratio psychologica nullo modo confundi debet cum ratione juridica*»<sup>121</sup>.

En la doctrina se advierte que no son las enfermedades psíquicas las que hacen nulo el matrimonio sino la incidencia en el consentimiento conforme a ciertos criterios jurídicos de valoración<sup>122</sup>, pues las perturbaciones psíquicas en cuestión son supuestos de hecho aprehendidos por las distintas categorías jurídicas y sólo, a través de estas últimas, se puede llegar a la verificación sustantiva o procesal de una determinada causa o capítulo de nulidad.

En el mismo criterio se expresa P. Bonet<sup>123</sup> cuando dice que el legislador, por el hecho de haber determinado el origen de la incapacidad, causas de naturaleza psíquica, ha provocado que en las sentencias lo que se constate sea la existencia de la incapacidad «*comunque causata e non il fondamento di questa*».

119 c. Anne, 8-3-1979, Monitor (1979) pág. 454; c. Di Felice, 12-11-1977, Monitor (1979) pág. 407.

120 J. J. García Faílde, *Manual de Psiquiatría* (Salamanca 1987) pág. 84.

121 c. Ewers, 4-4-1981, Monitor (1981) pág. 297; c. Pinto, 3-12-1982, Monitor (1984) pág. 427; c. Huot, 31-1-1980, Il diritto (1980) III, pág. 11.

122 V. Reina Bernárdez, *Lecciones de derecho matrimonial* (Barcelona 1983).

123 Il Diritto (1975) pág. 526.

Todo este trasfondo lo pone de manifiesto la sentencia c. Huot<sup>124</sup>, cuando dice que la jurisprudencia es constante en sus decisiones «etsi certa demonstratur in argumentis expositis haesitatio. Nullitas enim matrimonii facilius saepe comperitur quam eiusdem fundamentalis formalisque ratio».

## II. LA INCAPACIDAD MATRIMONIAL EN EL DERECHO CIVIL

En el supuesto de que la declaración de ajuste que establece el art. 80 sea de carácter sustantivo, ¿pueden ser contempladas las causas de incapacidad para la comunidad de vida, para la unidad, fidelidad y el bien de los esposos? ¿Considera la norma civil estos elementos como propios del matrimonio civil? ¿Establece la norma algún tipo de incapacidad?, ¿qué tipo y cuál es su referencia? Sólo en el supuesto de que la incapacidad y el objeto de referencia sean semejantes se podrá afirmar la posibilidad de un ajuste de las sentencias canónicas con carácter sustantivo.

Un hecho fácilmente constatable es que en el campo del derecho matrimonial civil no aparece siquiera el intento de definir qué sea el matrimonio en su esencia; generalmente se da como presupuesto, pero a la vez se expone el desarrollo que se ha ido operando según tiempos y lugares<sup>125</sup>. Esto ha dado lugar a que cada ordenamiento ofrezca una configuración, con elementos que se consideran esenciales en un lugar y no en otro, y dentro de un ordenamiento, en un tiempo y no en otro. Sin duda que detrás de las normas han operado las ideas filosóficas, religiosas y morales, provocando que la configuración pueda contradecirse en el tiempo de la exigencia o no de un elemento considerado como esencial. El resultado son regulaciones no reconducibles.

La configuración del matrimonio previa a la Constitución de 1978 obedecía a presupuestos canónicos, dando lugar a considerar como esencial al matrimonio algunos elementos típicos del matrimonio sacramental. Al establecer la libertad religiosa y la no discriminación se provoca la modalidad o la inaplicabilidad, por inconstitucionales, de varias normas como las referentes a los impedimentos de voto y orden; la impotencia, en cambio, no se oponía a las normas constitucionales y siguió incapacitando hasta la ley 7-7-1981, en que se suprime porque se considera que la orientación a la procreación no constituye elemento esencial del matrimonio; la supresión de los impedimentos derivados de motivos religiosos no influyen en la definición del modelo matrimonial, en cambio, la supresión de la impotencia, tiene eficacia

124 c. Huot, 31-1-1980, *Il Diritto*, (1980) III, pág. 15.

125 V. Reina Benáldez, *Lecciones de derecho matrimonial...* cit. vol. I, págs. 106-108.

ampliando el ámbito de la capacidad; esto venía exigido por imperativo del principio de desarrollo de la personalidad.

El legislador tenía voluntad de configurar un tipo matrimonial propio; eso aparece en el art. 32,2 de CE; en la doctrina aún no ha aparecido un intento de construcción de teoría general del matrimonio y es fácilmente detectable que los comentaristas exponen la naturaleza, capacidad y forma más por mutilaciones, comparando con el modelo anterior, que por una construcción coherente con los principios constitucionales<sup>126</sup>.

Los preceptos constitucionales referentes a la persona provocan cambios sustanciales en materia matrimonial, que se concretan en el art. 32 al expresar por una parte el derecho a contraer matrimonio, y por otra la necesaria igualdad en la titularidad del derecho y su ejercicio; sin duda que este artículo pretende de forma directa más la afirmación de la igualdad jurídica en el ejercicio del derecho que el reconocer el derecho a contraer, que es previo al derecho positivo<sup>127</sup>.

Una vez afirmada la igualdad y no discriminación con carácter general en el art. 14, el 32 resulta una aplicación a la institución concreta motivada más su formulación por sus antecedentes discriminatorios que por exigencias del principio.

Ambos preceptos se han de entender por referencia al art. 10 que declara a la persona física como quicio de todo el ordenamiento cualquiera que sea la lectura naturalista o positivista del mismo, al afirmar como principio fundamental la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad<sup>128</sup>. Los poderes públicos han de desarrollar y promover las condiciones para hacer posible la libertad e igualdad de toda persona en el ejercicio de sus derechos, art. 9,2 CE. El modelo matrimonial que resulte del mandato constitucional deberá responder en su contenido y delimitación a las exigencias de la persona humana realizadas en libertad e igualdad; estas exigencias se concretan en el derecho a contraer matrimonio.

La solemne afirmación de que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer con plena igualdad jurídica se traduce en la afirmación de que toda persona física tiene capacidad para contraer matrimonio. La capacidad jurídica es la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos y deberes, en nuestro caso será para ser titular del derecho de contraer. Se trata de una

126 M. Albadalejo, *Curso de Derecho civil*, IV (Barcelona 1984) págs. 44-64; J. Castán Tobeñas, *Derecho civil español, Derecho de Familia*, T.V. (Madrid 1983) págs. 199-228; L. Díez-Picazo, A. Gullón, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV. Derecho de Familia (Madrid 1983) págs. 71-86.

127 D. Espín Cánovas, «Comentarios a las leyes políticas», Constitución Española de 1978, *Rev. de Derecho Público*, t. II, pág. 354.

128 J. Ruiz Giménez, *Comentarios a las leyes políticas*, cit. pág. 110.

realidad previa al derecho positivo que deriva de la propia persona imperiosamente, convirtiéndose en instrumento por el cual se reconoce, tutela y promociona el derecho del conjunto de derechos y deberes que constituyen la personalidad.

La capacidad jurídica, al ser fiel reflejo de la persona, es igual para todas, consagrando en igualdad ante la ley la igualdad natural de todos los hombres. Precisamente por la necesaria correlación de la capacidad jurídica y la personalidad no depende ni del tiempo ni de lugares, ni de ningún tipo de circunstancias que puedan graduarla o limitarla; la capacidad jurídica no se adquiere por tener una situación determinada sino al ser y por ser persona<sup>129</sup>.

Dentro del concepto de capacidad y diferenciado aparece el de capacidad de obrar que se refiere a la actuación humana en general o a un supuesto y «es la expresión dinámica de la personalidad, la posibilidad libre y responsable». Si la capacidad jurídica es la idoneidad para ser titular de derechos y deberes la capacidad de obrar es la idoneidad para realizar esos derechos y deberes mediante actos jurídicos<sup>130</sup>.

La capacidad jurídica es la simple versión de la personalidad igual para todos e inmodificable en el tiempo; en cambio la capacidad de obrar requiere un presupuesto mínimo de entender y querer que pueda darse o no y, si se da, puede ser mayor o menor. La capacidad de obrar ha de ser por referencia concreta al entender y querer mínimo de cada titular; esta capacidad sí que admite graduaciones y las modificaciones propias de cada titular y en la misma persona en los distintos momentos; por ello la capacidad jurídica es indiferenciada, para todos igual; la de obrar es y debe ser diferenciada, —no por ello desigual—, la que se deriva de la necesaria correlación entre la capacidad de obrar y la capacidad natural de entender y querer de cada sujeto.

La capacidad de obrar no dice referencia a la simple titularidad, sino a la posibilidad del sujeto de llevar a cabo los actos jurídicos en los que se desarrollan los derechos y deberes. «Esto exige en la persona madurez necesaria para valorar la conveniencia de tales actos, requiere aptitud o capacidad de autogobierno<sup>131</sup>. La capacidad de obrar descansa en la capacidad real de autogobierno responsable, no es igual para todos los hombres ni para todos los momentos de una misma vida porque la capacidad de entender y querer es contingente y modificable. Por eso en la capacidad de obrar sí que cabe hablar de capacidades especiales por referencia a los actos que se pretenden realizar, que es lo que ocurre en el ámbito matrimonial.

129 A. Gordillo Cañas, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos* (Madrid 1986) págs. 25-27.

130 Gordillo Cañas, *Ibidem*, pág. 34.

131 Gordillo Cañas, *Ibidem*, pág. 39.

Para que el derecho considere que un acto es negocio jurídico matrimonial han de concurrir diversas circunstancias relativas a la capacidad, al consentimiento y a la forma. «Se requiere la existencia de la determinada capacidad de las personas para llevar a cabo el acto, pues no puede regularse esta materia a través de la capacidad general de obrar de la persona, sino que requiere una capacidad especial muy relacionada con la función y los fines que la institución trata de cumplir»<sup>132</sup>. Se requiere una capacidad de obrar peculiar que se determina en su entender y querer por el contenido propio del matrimonio. Si la capacidad jurídica de contraer es propia de toda persona, lo que la doctrina llama impedimentos y prohibiciones en modo alguno pueden afectarla, pues supondría la quiebra del principio de igualdad; en cambio, sí podrán determinarse impedimentos o prohibiciones que sustentados en una base real den lugar a una limitación o modificación de la capacidad de obrar.

Los artículos 46 y 47 determinan la capacidad para ejercer el derecho de contraer conforme al modelo de matrimonio que se pretende, y es: una comunidad no basada en el vínculo de sangre, monógama, a realizar por mayor de edad o menores emancipados<sup>133</sup>. El art. 46 se guía por el criterio de que son capaces de matrimoniar aquellos que son capaces de entender y querer el contenido matrimonial. Inmediatamente surge el interrogante: ¿se es capaz de entender y querer por ser mayor de edad —criterio jurídico—, o porque se tiene realmente capacidad de entender y querer?<sup>134</sup>. El impedimento de edad a primera vista parece implicar una incapacidad subjetiva y sin embargo no la contiene pues responde a un criterio de elección del Derecho, con cierta base real, pero no coincide con la capacidad requerida para prestar el consentimiento. Esto plantea el problema acuciente por sus consecuencias de que pueda darse incapacidad jurídica sin base o respaldo real y darse incapacidad fundada más en el estado civil que en el estado natural<sup>135</sup>. El legislador por seguridad jurídica pretende constatar las incapacidades y para ello objetiva unos criterios, pero éstos pueden terminar por vincular la incapacidad más a su declaración que a su base natural. En realidad el desajuste que puede producirse es una manifestación más de la tensión justicia-seguridad. La incapacidad se ha de corresponder con la realidad, y aunque se dé declaración, ésta no constituye la incapacidad mientras no responda a esa realidad. ¿La operatividad y eficacia de la incapacidad

132 L. Díez-Picazo, *Sistema de Derecho civil*, cit. pág. 79.

133 V. Reina Bernáldez, *Lecciones de Derecho matrimonial*, vol. I, pág. 326; hace el elenco de impedimentos suprimidos, como consecuencia del modelo matrimonial que se deriva de la Constitución.

134 A. Gordillo Cañas, *Capacidad, incapacidades...*, cit. pág. 43.

135 V. Reina Bernáldez, *Lecciones...* vol I, pág. 304.



depende de la incapacidad real o de la incapacidad declarada? La incapacidad que se deriva de las enfermedades es tal, sólo en el supuesto de que exista la enfermedad, ya que la libertad y la responsabilidad no pueden privarse ni limitarse si no es por causas reales y en el grado necesario, de lo contrario se estaría lesionando el derecho de igualdad en el ejercicio del derecho de contraer y se caería en el contrasentido de establecer incapacidades para ordenar y proteger el desarrollo de un derecho y llegar a privar del mismo sin fundamento real, sólo por exigencias formales. Precisamente por este grave riesgo la incapacidad no puede ser jurídica sino de obrar.

Sin duda que el legislador busca seguridad tanto en determinar la incapacidad como en medir el grado de la misma, y al establecer un criterio general puede provocar la inadecuación de unos hechos y su consecuencia jurídica incapacitante sin coherencia con la realidad.

En principio, la declaración de la incapacidad es necesaria para constituir la incapacidad en el régimen general de la incapacidad, según la doctrina común, y sólo existe incapacidad si existe declaración<sup>136</sup>.

Ciertamente que la incapacidad se utiliza como sistema de garantía para el desarrollo de la capacidad de obrar, pero una afirmación exagerada de la misma puede llevar a no conceder eficacia a la incapacidad no declarada y a concederla a la declarada sin base real, quedando la incapacidad atrapada en la forma que pretende garantizarla; este peligro queda en el ámbito matrimonial porque el legislador lo ha sustraído del régimen general de las incapacidades<sup>137</sup>.

La reforma introducida por la ley de 7 de julio de 1981 ha acentuado esta peculiaridad para el matrimonio, al derogar el art. 83.2 que consideraba incapaces a «los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio».

Con esta norma, la incapacidad aparecía afectando la capacidad jurídica para contraer, sin embargo en la reforma el art. 56 contempla la incapacidad en el ámbito del consentimiento, en la capacidad para entender y querer<sup>138</sup>. El legislador ha tenido en cuenta la afirmación rotunda que hace la constitución del derecho de contraer en libertad e igualdad y busca en coherencia compaginar la capacidad jurídica con el ejercicio que haga realidad el desarrollo de la personalidad; para lograrlo limita solamente el ejercicio del derecho a quien realmente no puede prestar el consentimiento permitiendo que celebren matrimonios personas incapaces antes que privarlo a priori por

136 Gordillo Cañas, *Capacidad, incapacidades...*, cit. pág. 82.

137 L. Díez Picazo, *Sistema de derecho civil...*, cit. pág. 67.

138 L. Puig-Ferriol, *Comentarios a las Reformas del Derecho de familia* (Madrid 1984) I, pág. 254.

criterios objetivos. Para privar o limitar el derecho toma como punto de referencia no la enfermedad como tal, sino ésta por referencia al contenido del consentimiento.

El contenido del art. 83 del Cc. obligaba a una generalización de la incapacidad sobre la base de las enfermedades, en cambio el art. 56 lleva a una valoración concreta de la incapacidad de la persona por referencia necesaria al contenido del consentimiento que ha de ser matrimonial. Sin duda que esta concreción por referencia a la gravedad de las obligaciones del vínculo ofrecen mayor garantía, por una parte para no privar la capacidad de realizar el derecho de contraer, y, por otra, la garantía de una mejor determinación de la existencia y gravedad de la incapacidad de entender y querer.

De la incapacidad para contraer por referencia al «*ius connubii*» se ha pasado a la incapacidad para prestar el consentimiento tomando como baremo la capacidad natural para realizar la naturaleza, fines y funciones del matrimonio.

La doctrina es acorde en afirmar que el art. 56 no exige un estado civil de incapacidad<sup>139</sup>; exige que el funcionario que tramita el expediente, si tiene conocimiento de que está afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, exigirá dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento. La norma expresa que las personas que padecen anomalías habrán de someterse a dictamen médico y podrán contraer si el dictamen es favorable; si es desfavorable no podrán contraer. Pero cabe que haya personas con anomalías que contraen sin previo dictamen o con dictamen favorable equivocado; en estos supuestos no contraen matrimonio de manera válida; en materia matrimonial prevalece la incapacidad real, pues ni la incapacidad declarada incapacita de por sí aunque produzca efectos, ni la no emisión del dictamen, y, ni siquiera la emisión favorable impiden que el matrimonio sea nulo si existen las anomalías. La validez o nulidad del matrimonio depende de la capacidad-incapacidad real; ciertamente habrá que tener en cuenta a efectos de prueba la declaración o no de la incapacidad, y a efectos de matrimonio putativo.

## 2. *El matrimonio como acto y como relación jurídica*

El matrimonio es un negocio jurídico de Derecho de familia que surge en virtud de las declaraciones de voluntad dirigidas a crear la unión matri-

139 L. Puis-Ferriol, *Ibidem*, 255.

monial<sup>140</sup>. La voluntad declarada de los esposos es el elemento creador y su resultado es la relación jurídica. La norma prevé autonomía privada de los contrayentes para el acto constitutivo de la relación jurídica pero su contenido es de carácter imperativo.

Aunque la formulación del art. 45 del Cc. no exprese que el consentimiento es la causa eficiente del matrimonio, se deduce de la exigencia sancionadora del art. 73,1; en cambio, el término matrimonial determina de forma expresa el contenido de referencia del consentimiento. Tradicionalmente y por influencia del Derecho canónico se ha distinguido entre la prestación del consentimiento como acto iniciador y la misma prestación en relación al contenido; la distinción, que tenía su razón doctrinal, llevó a escindir el acto creador y la relación jurídica, como diferenciadas e incluso como contradistintas, quedando el consentimiento cerrado en la propia declaración atrayendo la cuestión de la capacidad por referencia única al mismo<sup>141</sup>. El tratamiento jurídico del instituto matrimonial se ha elaborado teniendo presente el matrimonio «*in fieri*», desconociendo que la verdadera naturaleza del matrimonio surge no tanto del análisis formativo del vínculo, cuanto de la consideración de lo que es el matrimonio «*in facto esse*», como núcleo fundamental sustraído a la autonomía privada y no susceptible de regulación contractual<sup>142</sup>. A pesar de ello, la expresión consentimiento matrimonial obliga también a considerar la incidencia del consentimiento en la relación matrimonial y en sus vicisitudes, de tal manera que la capacidad para el consentimiento se habrá de referir no sólo al momento constitutivo de la relación matrimonial, sino al contenido de la misma y a un contenido predeterminado por la norma. Es por tanto ésta la que establece de forma taxativa quién es capaz de prestar el consentimiento en relación al acto inicial y al contenido que considera matrimonial. Sin duda que esta consideración unitaria del matrimonio es consecuencia obligada del principio del libre desarrollo de la personalidad en el matrimonio, pues ésta no sólo se realiza en la libre decisión de contraer, sino también en la vivencia del conjunto de derechos y deberes del matrimonio<sup>143</sup>.

Hoy la doctrina define el matrimonio (vuelve a insistir en el contenido de las definiciones romanas), como la unión legal de un hombre y una mujer que se encamina al establecimiento de una plena comunidad de vida.

140 L. Díez-Picazo, *Sistema de Derecho civil...* cit. pág. 67.

141 L. Archederra, *Matrimonio y Divorcio*, comentarios al nuevo título IV (Madrid 1982) págs. 89-92; Coderch, P. Salvador, *Comentarios al derecho de familia*, pág. 132; A. Castro Jover, *La simulación unilateral*, cit. pág. 123.

142 López Alarcón y R. Navarro Vals, *Curso de Derecho matrimonial...* cit. págs. 261-262.

143 L. Díez Picazo, *Sistema de derecho civil...*, cit. pág. 39.

Una unión que para ser plena ha de contemplar la vida entera de los esposos, no aspectos parciales; el consentimiento ha de recaer sobre el proyecto de vida común, que en el momento inicial tiene que ser de una unión o vida en común completa<sup>144</sup>.

En todo negocio jurídico, cualquiera que se la calificación que se le de, el consentimiento se especifica por la referencia a un objeto y a una causa.

El art. 45 del Cc. expresa de forma clara que el consentimiento, en cuanto expresión y ejercicio del «*ius connubii*» ha de ser matrimonial. Este adjetivo se convierte en el núcleo identificador y determinante de cuándo existe el matrimonio y en correspondencia el art. 73.1, al definir las situaciones y causas en las que declara la nulidad, incluye el supuesto del consentimiento no matrimonial. Esto obliga de forma imperiosa a expresar los elementos que el legislador ha considerado como integrantes del matrimonio, de tal manera que si el consentimiento no dice referencia a alguno de ellos no será matrimonial y por ello no habrá ni consentimiento ni matrimonio, art. 73.1.

No existe ninguna norma con pretensión definidora de qué sea el matrimonio como ocurre en el derecho canónico (c. 1055), sin embargo sí pueden deducirse algunos elementos del art. 32 de la CE donde está parcialmente definido y se considera que el matrimonio es una relación de igualdad entre el hombre y la mujer que supone el establecimiento de una comunidad duradera en la que cada uno tiende al desarrollo de su personalidad<sup>145</sup>. La doctrina considera que la expresión comunidad de vida es válida para definir todo matrimonio, cualquiera que sean los demás elementos integrantes que el legislador determine<sup>146</sup>. Se puede afirmar que los elementos básicos del matrimonio civil son: una comunidad monógama, cuya aspiración objetiva se centra en el desarrollo de la misma mediante una yuda espiritual y corporal. Han quedado fuera la propiedad de la indisolubilidad al admitirse el divorcio, y la procreación al eliminarse la impotencia.

Qué se entiende por comunidad y cuáles sean los límites para perfilar la mutua ayuda que los esposos han de darse, al ser un contenido más moral que jurídico implica una gran indeterminación que provoca la dificultad para precisar cuándo el consentimiento es matrimonial y por ello no es

144 M. Albadalejo, *Curso de derecho civil...* cit. pág. 31; P. S. Coderch, *Comentarios al derecho de familia...*, cit. pág. 121; L. Díez-Picazo, *Sistema de derecho civil*, cit. pág. 65; V. Reina Bernáldez, *Lecciones de derecho matrimonial*, vol. I, pág. 106; y vol. II, pág. 13.

145 M. Albadalejo, *Curso de derecho civil*, cit. pág. 32; P. S. Coderch, *Comentarios a la Reforma del derecho de familia...* cit. pág. 121; L. Díez-Picazo, *Sistema de derecho civil*, cit., pág. 67.

146 V. Reina Bernáldez, *Lecciones de derecho matrimonial*, cit. I, pág. 106.

extraño que haya remisión a la concreción de la enfermedad, art. 56<sup>147</sup>. Si en el derecho canónico la indeterminación del objeto provoca la dificultad para determinar la naturaleza del consentimiento y la capacidad necesaria para él, en el ámbito civil la indeterminación de la naturaleza lleva consigo la inconcreción de cuándo un consentimiento es matrimonial. Por otra parte difícilmente podrán darse en la doctrina elementos definidores de comunidad matrimonial, y que a su vez se diferencien de la mutua ayuda que han de prestarse los esposos.

El art. 73, Cc. al considerar nulo el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial, engloba tanto los supuestos de falta de capacidad para conocer y querer como los que derivan de la incapacidad por referencia al objeto matrimonial; si los primeros son objetivables en la falta de sanidad de juicio, los segundos, aun existiendo, son de difícil definición debido a que la incapacidad se ha de medir por un objeto —comunidad de vida y mutua ayuda— sin perfiles propios a pesar de que los arts. 66 y 67 Cc. determinan los derechos y deberes de los esposos en la comunidad de vida.

Los arts. 66-68 Cc. expresan los derechos y deberes de los esposos que componen y definen el contenido del objeto del consentimiento; la comunidad de vida y la mutua ayuda se concretan en los derechos y deberes de respeto y ayuda, fidelidad, socorro muto y actuación en interés de la familia.

Se plantea un problema que afecta frontalmente a nuestro interrogante, y es que los arts. 85 y 86 Cc. consideran causas de divorcio el incumplimiento de los deberes definidos en los arts. 66 y 67. ¿Esta determinación excluye la posibilidad de la nulidad fundada en las mismas causas? La nulidad dice referencia a la validez o no del negocio jurídico, sobre la base de la incapacidad para cumplir las obligaciones; el divorcio jurídico, sobre la base de la incapacidad para cumplir las obligaciones; el divorcio dice referencia, supuesta la validez, a la ruptura del vínculo en razón del deficiente desarrollo de los derechos y deberes en que se ha de concretar la relación matrimonial. Las dos instituciones recaen sobre el mismo objeto, pero la nulidad lo contempla desde la incapacidad para el mismo y el divorcio, además de ésta, desde el incumplimiento voluntario. El contenido referencia del incumplimiento es idéntico; las causas del mismo pueden dar lugar a distintas acciones.

La doctrina sostiene que si se elimina, mediante acuerdo, alguno de los derechos y deberes preestablecidos en los arts. 66 y 67 se provocaría la

147 J. Castán Tobeñas, *Derecho de familia*, vol. V, pág. 225; Díez Picazo, *Sistema de derecho civil*, cit. pág. 106.

inexistencia del consentimiento, art. 45, y la nulidad del matrimonio, art. 73,1, porque se eliminaría un elemento integrante del objeto del consentimiento<sup>148</sup>.

Este razonamiento sustenta la inexistencia del consentimiento y la consiguiente nulidad del matrimonio en el supuesto de que exista incapacidad para entender y querer el contenido objeto del consentimiento.

En el supuesto de un acuerdo de exclusión de un derecho-deber, la nulidad deriva de la descalificación del carácter matrimonial del consentimiento, no como resultado de una sanción; esta misma situación se produce en el supuesto de que uno o ambos cónyuges sean incapaces de entender y querer, pues el consentimiento deja de ser matrimonial<sup>149</sup>.

La razón clave en la exclusión es modificar el contenido que el legislador ha determinado como matrimonial; en la incapacidad es la situación de hecho del cónyuge o cónyuges la que modifica la relación necesaria entre consentimiento y su objeto matrimonial.

### 3. *Los derechos y deberes*

El conjunto de derechos y deberes que definen el consentimiento como matrimonial y que son inmodificables por los esposos presentan un carácter más moral que jurídico; por ello son de difícil concreción, que habrá que medirse de acuerdo con los valores y creencias sociales de cada momento; entrañan un mínimo, pero no un modelo básico; son de difícil exigibilidad en forma específica y sólo cuando sobre el criterio de valoración social se juzga su incumplimiento, se podrán imponer sanciones previstas en la ley, que pueden ir desde la imposición de consecuencias económicas a la separación o al divorcio<sup>150</sup>.

La dificultad aumenta respecto a la incapacidad pues se requiere valorar ésta en relación con unos derechos y deberes determinados; se requiere una capacidad matrimonial, entendiéndose por tal aquella en la que exista capacidad de entender y querer, —canónicamente aceptar y cumplir—, los contenidos propios del objeto del consentimiento.

El art. 56 se fija más en la valoración de la anomalía como hecho constatable, pero, sin duda, habrá de ser por fuerza una anomalía que diga referencia a la matrimonialidad.

148 Gete-Alonso y M.<sup>a</sup> del C. Calera, *Comentarios a las Reformas del Derecho de familia*, cit. pág. 323.

149 Gete-Alonso y M.<sup>a</sup> del C. Calera, *Ibidem*, pág. 322.

150 L. Díez-Picazo, *Sistema de derecho civil*, cit. págs. 105-107; M. Albadalejo, *Curso de derecho civil*, cit. págs. 123-129; J. Castán Tobeñas, *Derecho civil español*, cit. págs. 235; Gete-Alonso y M.<sup>a</sup> del C. Calera, *Comentarios a las Reformas del derecho de familia*, cit. págs. 322-345; C. M.<sup>a</sup> Entrena Klent, *Matrimonio, separación y divorcio* (Pamplona 1984), págs. 448-467.

En los arts. 67 y 68 se enuncia un deber de ayuda mutua y un deber de socorro mutuo; se entiende que los esposos se deben la colaboración precisa para hacer frente a las necesidades de ambos y a las peculiaridades de cada uno. Este cumplimiento se ha de entender como concreción del derecho de desarrollo de la personalidad que ha de darse en la relación matrimonial en los aspectos que el derecho exige cumplimiento relacional.

El deber de respeto mutuo comprende el reconocimiento de una esfera de libertad recíproca, presisamente para lograr el desarrollo de la personalidad en los aspectos individuales que no pueden quedar supeditados, no sacrificados, a la relación matrimonial.

El deber de guardarse fidelidad comprende sobre todo el ámbito sexual. La dignidad de la persona que contempla el art. 10 de la Constitución de 1978 se manifiesta en el deber de cada cónyuge de observar una conducta que en modo alguno lesione la dignidad del otro cónyuge; el interés de la familia se encuadra supeditado al interés individual y personal y obliga a no realizar actos que puedan perjudicar el interés familiar en cuanto interés distinto del individual.

La norma ha eliminado el impedimento de impotencia —incapacidad física para el coito—, en cuanto circunstancia limitativa del «*ius connubii*»; sin embargo, no puede decirse que la incapacidad para la relación sexual haya sido eliminada del matrimonio civil, pues si los derechos y deberes de la comunidad de vida matrimonial expresan el derecho-obligación a guardarse fidelidad, a respetarse y ayudarse mutuamente, estas expresiones comprenden la relación total de los esposos en cuanto esposos y uno de los ámbitos esponsales es la relación sexual. La capacidad de relación sexual es un derecho-deber en el desarrollo de la personalidad, por ello, la incapacidad de entender y querer la dimensión de la relación sexual provocaría la nulidad del matrimonio.

El art. 32 de la CE. de 1978 al afirmar el derecho de toda persona en igualdad a contraer y remitiendo a las leyes su regulación, delimita el ámbito que en ningún caso podrá suponer restricción mayor que la prevista en la propia constitución. Coderch llega a considerar que los arts. 46 y 48 del Cc en relación con el 44 y 45 provocan una desviación indirecta limitando el derecho de contraer<sup>151</sup>. Pienso, sin embargo, que la limitación no es del derecho sino que viene impuesta por la incapacidad para crear una comunidad matrimonial y/o para entender y querer los derechos matrimoniales.

Se observa en la norma la tendencia a reducir mínimamente el derecho a contraer en lógica consecuencia de considerarle como desarrollo de la

151 P. S. Coderch, *Comentarios al derecho de familia*, cit. pág. 124.

persona<sup>152</sup>. Lo más llamativo de esta restricción es que la incapacidad que el art. 83 —previo a la reforma— afectaba al «ius connubii», actualmente y, con carácter restringido, se contempla en la capacidad para prestar el consentimiento, art. 56.

Se afirma con carácter absoluto el derecho a contraer, se presume la capacidad para el ejercicio de tal derecho a través del consentimiento y, sólo ante manifestaciones claras de incapacidad matrimonial —de entender y querer—, se puede prohibir el ejercicio del derecho.

Se puede comprobar que las exigencias para contraer son menores que para prestar el consentimiento porque en el primer supuesto se toma como punto de referencia el desarrollo de la personalidad y en el segundo se contempla la gravedad de las obligaciones matrimoniales. Así se hace compatible el derecho universal de contraer y la norma sancionadora de que, sin capacidad natural para entender y querer lo que es el matrimonio, no hay consentimiento válido, por no ser matrimonial.

La expresión matrimonial que califica el consentimiento se convierte en criterio indetificador del derecho a contraer y será tal dentro del contenido matrimonial.

La capacidad para prestar el consentimiento que, de forma indirecta contempla el art. 56.2, se ha de mover entre las coordenadas de la mínima restricción del derecho de contraer y la necesaria referencia de ese derecho, a través del consentimiento, al contenido matrimonial que la norma determina. En definitiva, el derecho a contraer matrimonio tiene como límite interno su propio contenido que es aquello que se entiende por matrimonial.

Intimamente unido a la cuestión de la capacidad va el problema de la validez del matrimonio en intervalo lúcido.

Las dos posiciones contrapuestas obedecen a dos criterios diferentes; según que se refiera la capacidad a la aptitud para prestar el consentimiento, en cuanto acto, bastará que exista un momento de lucidez para que la prestación sea válida<sup>153</sup>. En cambio, si la capacidad psíquica se hace, no sólo por referencia al momento inicial del matrimonio sino también al desarrollo de las obligaciones propias de la vida conyugal, es inaceptable atribuir validez a la prestación del consentimiento en los intervalos lúcidos<sup>154</sup>.

152 A. Castro Jover, *La simulación*, cit. pág. 120.

153 M. Albadalejo, *Curso de Derecho civil*, cit. pág. 48; L. Arechederra, *Matrimonio y divorcio*, Comentarios al nuevo título, cit. pág. 83.

154 C. M. Entrena Klentr, *Matrimonio, separación y divorcio*, cit. pág. 378; V. Reina Bernaldez, *Lecciones de Derecho matrimonial*, vol. II, pág. 30.



Creemos que el principio de perfección de la personalidad en el desarrollo de la vida matrimonial está exigiendo que exista comunidad de vida y por tanto capacidad para ella; no tiene sentido afirmar la validez de un matrimonio en intervalo lúcido si la persona no fuera capaz de desarrollarse cumpliendo los derechos y deberes propios del matrimonio. Además sólo puede decirse que hay matrimonio cuando se contempla como unidad el acto iniciador y su desarrollo. Sin duda que en esta cuestión prevalece la inercia tradicional y se sigue contemplando la lucidez, más por referencia al derecho de contraer que a la capacidad para entender y querer el contenido matrimonial. La capacidad para prestar el consentimiento ha de venir determinada tanto por el acto iniciador como por el contenido del mismo; y tanto la naturaleza del matrimonio —comunidad de vida—, iniciada en el consentimiento y desarrollada en la relación, como la unidad necesaria que constituye el matrimonio y su realización, exigen no sólo lucidez para prestar el acto creador sino para desarrollar su contenido.

Creemos que no es necesario acudir a explicaciones psicologistas que fundamenten la dificultad de existir intervalos lúcidos en el deficiente habitual; quedarían sin explicación las circunstanciales; y tampoco puede ofrecerse como solución, más allá de sus propios límites, el error en cualidades o en identidad, art. 73<sup>155</sup>.

Las claves para determinar la capacidad para prestar el consentimiento han de venir deducidas en primer lugar del derecho a contraer entendido como ámbito de realización de la persona; pensar que el deficiente se desarrolla porque en un momento de lucidez entienda lo que hace es de difícil comprensión; en segundo lugar, de la naturaleza del matrimonio; el art. 45 y el 73,1 exigen que el consentimiento sea matrimonial; por tanto, si es una comunidad surgida de un acto creador, necesariamente el consentimiento se ha de referir tanto al inicio como a su desarrollo, y la lucidez requerida para la capacidad suficiente deberá referirse también a la totalidad del matrimonio<sup>156</sup>.

### III. CONCLUSIONES

Nos preguntábamos si es posible un ajuste sustantivo del canon 1095,3 a tenor del art. 80 del Cc, teniendo en cuenta el art. 56. Lo expuesto creemos que nos permite afirmar que, aunque el matrimonio civil y el matrimonio canónico tienen distinta naturaleza y finalidad institucional, el primero el desarrollo de la personalidad de los cónyuges y el segundo ser signo de

155 L. Díez Picazo, *Sistema de Derecho Civil*, cit. pág. 84.

156 C. M. Entrena Klent, *Matrimonio, separación y divorcio*, cit. pág. 378.

una realidad trascendente, sin embargo éste incluye el elemento del desarrollo de la personalidad como subyacente y necesario para que pueda lograrse aquel. En esta base deberán asentarse las similitudes y las diferencias.

La configuración a que da lugar es diferente, pues el matrimonio civil pone su acento en la libertad del contrayente dentro del marco institucional, permitiendo que los esposos decidan la orientación a la procreación o que incluso se cree un matrimonio sin posibilidad física de relación sexual, dando además libertad a los esposos para que puedan poner fin al vínculo conyugal.

El matrimonio canónico, al poner el acento en la trascendencia y determinar su significación de la unión de Cristo con su Iglesia, preestablece la necesaria posibilidad física de la relación sexual y niega la libertad para poder romper el vínculo.

Las diferencias más notables se centran en la cualidad de la indisolubilidad y en la capacidad física necesaria para la relación íntima conyugal.

Tanto el legislador civil como el eclesial configuran un matrimonio como comunidad de vida; en la norma canónica aparece expresado, aunque sin un contenido determinado; en el ámbito civil se deduce del conjunto de derechos y deberes de los esposos.

En ninguno de los ordenamientos se define la esencialidad concreta de esa comunidad de vida, pero ambos la determinan como monógama y vivida en fidelidad.

Esta comunidad de vida se compone de derechos y deberes mutuos de contenido más moral que jurídico, y por ello de difícil concreción; sustancialmente coinciden en ambos ordenamientos e integran la complementariedad conyugal en el ámbito efectivo con sus componentes psíquicos y económicos.

Ambos ordenamientos contemplan el «*ius connubii*» como derecho fundamental que sólo deberá ser limitado por los imperativos de la imposibilidad de realizar el contenido preestablecido. Las prohibiciones al ejercicio del derecho a contraer, por su difícil concreción a priori, se trasladan a la capacidad para prestar el consentimiento. Capacidad que supone «entender y querer», en el ámbito civil, el contenido del matrimonio; y «capacidad para asumir» en el ámbito canónico.

En ambos ordenamientos se prescinde de un control previo de capacidad de obrar porque su desarrollo técnico podría afectar al ejercicio del «*ius connubii*», y sólo se establece esa posibilidad, cuando existan signos de la misma, a simple vista y exista dictamen previo.

Una vez celebrado el matrimonio, ambos ordenamientos le protegen con la presunción de validez, pero admitiendo prueba en contrario de la inca-

pacidad para entender y desarrollar el contenido del consentimiento —del matrimonio—. Pues, de probarse la incapacidad, no existiría consentimiento y tampoco matrimonio.

Tanto la incapacidad canónica que regula el c. 1095 como la civil regulada en el art. 56, por referencia al art. 45 y 73, están determinadas por el contenido del consentimiento matrimonial. Ambas regulaciones coinciden en que el matrimonio ha de tender al desarrollo de la persona individual en el devenir de la relación conyugal en todos sus ámbitos: espiritual, afectivo, sexual y material, vivida en fidelidad.

La diferencia radica en la función de la trascendencia que adquiere el matrimonio canónico por ser sacramento; éste exige que la comunidad de vida sea además indisoluble.

También presenta como diferencia notable el contenido que se expresa con el «*bonum prolis*» entendido como posibilidad de relación sexual ordenada por su misma índole natural a la generación de la prole. La incapacidad física (impotencia) y psíquica para dicha ordenación y educación tiene su raíz en el carácter sacramental.

Respecto a la relación sexual el ordenamiento canónico regula la impotencia en el c. 1084, en cuanto limitación del «*ius connubii*» tipificando la imposibilidad física del coito; en cambio, el c. 1095,3 incluye la incapacidad de relación sexual derivada de causas psíquicas y la relación irregular de las mismas. En este canon se contemplan las incapacidades por relación al desarrollo de la persona, y en la impotencia física por su proyección a la procreación.

La norma civil ha suprimido el impedimento de impotencia, de origen físico, porque no impide directamente el desarrollo de la persona y contempla la incapacidad psíquica para la relación sexual que sí la tiene, con lo cual hay que excluir el ajuste de la impotencia física pero no el de la incapacidad psíquica. Podría admitirse la impotencia como causa que imposibilita el desarrollo de la persona humana, no como imposibilidad de ordenación a la procreación.

No es posible determinar, a priori, en la norma civil el ámbito de la comunidad de vida y su grado de realización, ni el desarrollo de la relación conyugal en sus aspectos espiritual, afectivo, sexual y material que comprenden los derechos y deberes que desarrollan los arts. 66, 67 y 68 Cc. Tampoco lo es en el ámbito canónico. Ambos ordenamientos se refieren a las mismas realidades sin que por otra parte la sacramentalidad modifique el contenido del matrimonio, por ello habrá que entender que son ajustables.

El concepto de unidad y fidelidad tanto civil como canónicamente está consolidado y coinciden plenamente, con lo que una incapacidad que diga referencia a ellas es ajustable.

Se puede decir que todas las causas de incapacidad de origen psíquico que contempla el c. 1095.3 son ajustables al Derecho del Estado porque también se contemplan en la norma civil, excepto aquellas que tienen origen sacramental, como son la incapacidad para la indisolubilidad y para el «bonum prolis» en cuanto derivada de la impotencia física y por referencia a la procreación, no por referencia al desarrollo de la persona.

#### IV. LOS SUPUESTOS DE ERROR Y MIEDO

El art. 73, 4 y 5, del Cc tipifica supuestos de nulidad que fundamentan acciones de nulidad, pero a su vez el art. 76 limita el ejercicio de la acción al cónyuge que hubiere sufrido el vicio, y además prevé dos posibilidades: que se convalide el matrimonio, hecho que prefiere el legislador, o que se ejercite la acción. Esto nos lleva a estudiar en primer lugar la fijación de las causas descritas y en segundo lugar la naturaleza de la acción y, dentro de su ámbito, la legitimación procesal y el tiempo de su ejercicio y por último la convalidación.

a) El error en el art. 73,4. La norma contempla el error en la identidad del otro contrayente y el error en aquellas cualidades personales que por su entidad hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento.

A estos dos supuestos un sector de la doctrina añade el del error en el negocio jurídico y el error en el contenido, sus funciones y sus fines<sup>157</sup>, considerando que en estos dos supuestos se da ausencia de consentimiento y por ello deben ser incluidos en el art. 73,1 sin duda por analogía al art. 1.266 del Cc.

La inclusión de estos dos supuestos no es pacífica en la doctrina; y así, Gete-Alonso<sup>158</sup> opina que estos dos supuestos, al no ser contemplados directamente, no deben ser tenidos en cuenta porque el régimen de nulidad matrimonial es peculiar y por ello la enumeración es taxativa, sin que se pueda acudir a la norma que regula los contratos, y porque además el negocio jurídico matrimonial y su contenido es inmodificable, quedando sustraído a la voluntad de los contrayentes. Opinamos que si el error es un vicio en el conocer y no en el querer, cuando se desconoce o se conoce defectuosamente el negocio jurídico o su contenido, se produce una discordancia grave que provoca de hecho la ausencia de consentimiento. Quien yerra no pretende modificar lo inmodificable pues lo desconoce, y sin embargo padece

157 L. Díez Picazo y A. Gullón, *Sistema de derecho civil*, vol. IV, cit. pág. 91; Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV, cit. pág. 200.

158 *Comentarios a la Reforma del Derecho de familia*, vol. I, pág. 282.

la consecuencia grave del error, situación que la norma no puede desconocer, pues el matrimonio contraído por error en el negocio es el propio núcleo matrimonial preestablecido. Creemos, y así afirma la mayor parte de la doctrina, que son tipificables como figuras de error: el que recae sobre el negocio jurídico y sobre el contenido, además de las dos figuras que contempla expresamente la norma. En el error en el contenido hay que contemplar el error en la naturaleza del matrimonio y sus elementos esenciales como son que el matrimonio es una comunidad de vida orientada al desarrollo de la persona y vivida en unidad<sup>159</sup>.

No dice nada la norma sobre el dolo como causa autónoma de nulidad, sin embargo sí puede ser tenido en cuenta cuando el dolo ha causado el resultado del error; así, la sentencia del TS. de 26 de nov. de 1985<sup>160</sup> expresa que se debe contemplar de forma indirecta.

Sin duda la causa que más llama la atención de las expresadas es el error en las cualidades de la persona, ya que ha sido introducida en la reforma, respondiendo a una realidad social y a la aplicación del principio del desarrollo de la persona; pues quien se ve determinado en la prestación del consentimiento por una cualidad y no existe, o existe un defecto de la que se creía existir, provoca una frustración consensual que en dicha cualidad se cifraba. La figura es netamente diferente a la de error en las cualidades redundantes que era considerada y sigue siéndolo como error en la persona<sup>161</sup>.

La doctrina pone el acento en dos aspectos, uno objetivo, buscando que la cualidad tenga en sí misma una entidad suficiente y que vendrá determinada por la valoración social; y el otro objetivo que comprende la exigencia de que esa cualidad haya sido valorada por el cónyuge y haya determinado la prestación del consentimiento; se requiere que el error haya producido la relación causa efecto.

Más aún, las cualidades han de tener como punto de referencia de su grave entidad, la naturaleza, funciones y fines del matrimonio y de la persona del otro cónyuge. La subjetividad puede ser medida sobre la base de sí, quien la buscaba erró<sup>162</sup>. La sentencia del TS de 11 de julio de 1987 expresa que para valorar si existió error en las cualidades «es necesario interpretar

159 Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, *Elementos de Derecho Civil*, cit. pág. 156.

160 RAJ (1986) pág. 501.

161 Entrena Klent, *Matrimonio separación y divorcio*, cit. pág. 365; L. Díez Picazo, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, cit. pág. 92; Gete-Alonso, *Comentarios a las Reformas...* cit. Vol. I, pág. 384; Albadalejo, *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, pág. 49.

162 L. Díez Picazo, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, cit. pág. 91; Gete-Alonso, *Comentarios a las Reformas*, vol. I, pág. 384.

y valorar los hechos y las conductas de ambos cónyuges, sobre todo en el período de las relaciones mantenidas por los esposos durante el noviazgo»<sup>163</sup>.

Las diversas figuras de error, dada su naturaleza, tiene un tratamiento diferente en la norma de acuerdo con el efecto causado al consentimiento; así el error en el negocio y en su contenido provocan la ausencia del consentimiento y por ello no cabe convalidación. En cambio, el error en las cualidades causa un vicio de consentimiento que, de subsanarse, se convalida, cumplidos los requisitos que el legislador estima necesarios para que el consentimiento aparezca en su integridad.

Un trato diferenciado recibe el error en la persona, pues aunque en principio supone ausencia de consentimiento, la norma considera que es convalidable.

### 1. *La coacción y el miedo*

El art. 73,5 expresa que «es nulo el matrimonio contraído por coacción o miedo grave»; esta norma ha unido en el mismo tratamiento jurídico dos causas diferentes: por una parte la «coacción física» o «vis compulsiva» que consiste en una violencia o fuerza material sobre los órganos de expresión externa para obtener un signo afirmativo del querer; la moral, «vis impulsiva», que es la presión psicológica que, mediante la amenaza, se ejerce sobre la voluntad y causa miedo<sup>164</sup>. La primera provoca ausencia de consentimiento y la segunda consentimiento viciado. La descripción del miedo en la doctrina aparece con las notas de exterioridad, no reconducible al propio paciente (imaginación, sugestión, remordimientos), ni a la naturaleza (terremoto, incendio); ha de ser determinante de la prestación del consentimiento (causa concomitante) y el miedo que provoca ha de ser subjetivamente indeclinable; ha de ser en la víctima donde se produzca el nexo necesario de causalidad entre el miedo producido y el matrimonio celebrado como único medio para evitar el mal que atemoriza<sup>165</sup>.

Entrena Klent considera que las categorías de violencia y miedo son aplicables de forma unívoca tanto al matrimonio civil como al matrimonio canónico, ya que en ambas normas se pretende proteger la libertad de la emisión del consentimiento<sup>166</sup>.

Dentro del ámbito canónico hay que destacar más que la configuración del defecto del consentimiento que hace el canon 1103 al establecer que es

163 TS. 11-7-1987.

164 Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, *Elementos...* cit. vol. IV, pág. 157.

165 *Ibidem*, pág. 165.

166 Entrena Klent, *Matrimonio separación y divorcio*, cit., pág. 372.

«inválido el matrimonio contraído por violencia o por miedo proveniente de una causa externa, para librarse del cual alguien se vea obligado a casarse, el fundamento de la causa invalidante. El canon 125 tipifica la violencia como causa de nulidad de los actos jurídicos y el miedo como vicio del consentimiento que motiva el ejercicio de la acción de rescindibilidad. Para el supuesto del miedo añade la norma «a no ser que el derecho determine otra cosa», y el c. 1103 determina que por ser el matrimonio canónico indisoluble, no cabe acción rescisoria y sí la acción de nulidad, como tampoco aplica la sanación; sí cabe la convalidación pero no sobre la base del transcurso del tiempo sino por una nueva prestación del consentimiento. En el matrimonio civil, no por razón de indisolubilidad, sino de estabilidad del matrimonio se permite la acción de nulidad, pero con carácter temporal, pues si ha existido convivencia y transcurso del tiempo se subsana el matrimonio, sobre la presunción de que el consentimiento se ha perfeccionado.

Una vez más se pone de manifiesto la diferencia de los principios que sustentan a ambos ordenamientos, el canónico sobre la verdad material y el civil sobre la verdad formal que en este supuesto tiene la presunción de que la convivencia de un año presupone la sanación del vicio.

Como el motivo que fundamenta la acción de nulidad por violencia o miedo es distinto, el tratamiento jurídico difiere en ambos ordenamientos aunque se contemplen los supuestos semejantes.

En el derecho civil, tanto el matrimonio por violencia o por miedo son nulos y, a pesar de que el efecto es distinto, considera que ambos son subsanables, siempre que haya cesado la coacción o el miedo; se supone que han cesado si consta la convivencia durante un año, pues de lo contrario la acción no caduca.

El legislador busca la consolidación del matrimonio celebrado mediante la convalidación sobre la presunción de que quien ha convivido consciente del vicio y lo acepta es que sana su consentimiento, art. 76 Cc.

El matrimonio canónico nulo por coacción o por miedo, al prevalecer la verdad material, sustento necesario de la sacramentalidad, no admite convalidación por hechos sobrevenidos, salvo mediante una nueva prestación expresa de consentimiento, de lo contrario la acción no caduca.

Podemos decir que las causas de nulidad de matrimonio tipificadas como coacción o miedo son idénticas en el matrimonio civil y en el canónico, aunque difieren las causas que las sustentan. En el ordenamiento civil el trato de la norma es distinto pues el miedo que causa vicio y la violencia que causa el defecto del consentimiento provocan nulidad, pero cabe sanación por convivencia de un año, si no la acción es perpetua. En el canónico la acción es perpetua y no cabe sanación. Esto plantea problemas en el

ajuste de las causas canónicas de nulidad, pues aunque el supuesto contemplado es idéntico, sin embargo, podría ocurrir que se hubiere ejercitado canónicamente una acción de nulidad de un matrimonio que civilmente fue sanado por la convivencia y el no ejercicio de la acción.

## 2. *El error en el derecho canónico*

En el derecho canónico la ignorancia se tipifica junto al error dando lugar a varios supuestos.

Siguiendo a Bernárdez Cantón<sup>167</sup> hacemos una sucinta exposición de los elementos más significativos de cada figura.

### *Ignorancia de la sustancia del matrimonio*

Para emitir el consentimiento matrimonial será necesario un conocimiento básico de la naturaleza del matrimonio, por lo que la ignorancia o desconocimiento de aquellos elementos definidores de la identidad del instituto matrimonial originará la nulidad del matrimonio. El legislador exige este conocimiento mínimo cuando establece en el c. 1096: «para que pueda haber consentimiento matrimonial es necesario que los contrayentes no ignoren al menos que el matrimonio es un consorcio permanente entre varón y mujer ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual». Esta norma, aunque no de forma literal, sí sustantivamente dice relación al contenido del canon 1055 donde se describe la naturaleza, función y fines del matrimonio, que pueden señalarse: primero, el carácter social del matrimonio expresado en el término consorcio, entendiendo por tal una sociedad permanente y estable entre varón y mujer, sin que sea necesario un concepto claro y definido de la indisolubilidad y de la unidad; en segundo lugar, la orientación del matrimonio que se centra en el bien de los esposos y en la procreación; y en tercer lugar, ha de conocer la conexión entre sociedad conyugal y la procreación. Aparece la procreación como un fin que especifica la comunidad de vida.

Sin duda que de no contemplarse el estado de ignorancia de los elementos esenciales cabría plantearlo dentro de la figura del error sobre la naturaleza del matrimonio; así lo hace la sentencia c. Sabattani<sup>168</sup>.

### *El error acerca del instituto matrimonial*

El error que afecta al consentimiento matrimonial puede referirse, bien al propio instituto matrimonial «error iuris», bien a la persona concreta con la que se contrae matrimonio «error facti». La doctrina distingue entre el error en el negocio y sus cualidades y el error en la persona y sus cualidades.

167 *Compendio de Derecho Matrimonial canónico* (Madrid 1986) pág. 137.

168 SRRD 22-3-1963.



El error sustancial. El canon 1096,1 establece que este error se produce cuando el sujeto tiene una concepción incompatible con aquel concepto mínimo que el legislador requiere que se conozca. El legislador no ha contemplado este error expresamente referido al matrimonio, pero sí aparece en el canon 126 y se puede deducir del canon 1096 ya que el error es el resultado de la ignorancia. El matrimonio resulta nulo por causa del error sustancial, porque el consentimiento se dirige a un objeto que no es propiamente el matrimonio, sino la idea falseada que se ha formado el sujeto respecto al matrimonio preestablecido por la norma.

Tanto el error como la ignorancia pueden recaer sobre la naturaleza del matrimonio como comunidad estable, como sobre la procreación.

#### *El error sobre las propiedades del matrimonio*

El canon 1099 establece que el error acerca de la nulidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental, con tal que no determine la voluntad, no vicia el consentimiento.

La norma considera en principio irrelevante el error que recaiga sobre las cualidades salvo que incida directamente en la voluntad; se produce esta incidencia cuando, por causa del error, se quiere un modelo de matrimonio distinto al preestablecido por el legislador. Sin duda se contempla una situación similar a la de la exclusión con un origen distinto, en ésta por voluntad propia y en aquél por causa no deseada.

Este error también presenta un ámbito diferenciado al error en las cualidades del matrimonio civil, pues en el matrimonio canónico puede recaer en la unidad, insidolubilidad y en la sacramentalidad. El error sobre las dos últimas no puede ser contemplado en el ámbito civil por exigencias de los principios constitucionales de laicidad e igualdad y de los matrimoniales que definen un matrimonio disoluble y no sacramental.

#### *Error acerca de la persona*

Este «error facti» puede recaer ya en la identidad de la persona ya en sus cualidades.

El canon 1097,1 dice que «el error acerca de la persona hace inválido el matrimonio»; esta norma no es una consecuencia de la necesidad de que la declaración ha de ser mutua y recíproca. Para que se de este error se requiere que exista voluntad de contraer con persona determinada, que sea suplantada y el equivocado crea contraer con quien pretendía. Dentro de esta figura se encuadra lo que tradicionalmente se ha conocido como error en cualidad que redunde en la persona, que exige que quien yerra no conozca al otro contrayente y que la cualidad sea tan determinante que identifique a la otra persona.

### *El error en las cualidades de la persona*

Aparece tipificado en el can. 1097,2 al establecer que el error acerca de una cualidad de la persona, aunque sea causa del contrato no dirime el matrimonio, a no ser que se pretenda esa cualidad directa y principalmente. La formulación de la norma con el criterio de que el error en la cualidad de la persona no invalida, a no ser que la voluntad pretenda expresamente y con intencionalidad esa cualidad, acentúa el aspecto subjetivo de este error, de tal manera que el fundamento invalidante lo recibe de la intencionalidad, aunque hay que interpretar con la doctrina y jurisprudencia que ha de recaer sobre cualidad con entidad social relevante y de carácter matrimonial. En este ámbito cabe contemplar la esterilidad y también la impotencia; ésta en el matrimonio civil ha dejado de ser elemento esencial del núcleo matrimonial, sin embargo, puede ser contemplada como cualidad dentro de los derechos y deberes de los cónyuges.

### *El error doloso*

El canon 1098 determina que quien contrae matrimonio engañado por dolo provocado para obtener el consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente».

Si el error en las cualidades, can. 1097,2, pone el acento en el carácter subjetivo, donde hay que valorar no tanto la cualidad sobre la que recae cuanto la voluntad que la busca primordialmente, en el error doloso se requiere que la cualidad constituya elemento necesario para el desarrollo de la vida conyugal y además que el error haya sido producido por dolo; este dolo ha de ser causante del error, ha de ser grave y se medirá en relación a la entidad de la cualidad sobre la que recae.

Comparación de los distintos tipos de error en el matrimonio civil y canónico.

El cuadro del error en el matrimonio civil ofrece estas figuras: error en la persona y en las cualidades de la persona, art. 73,4.

Según el criterio doctrinal también es invalidante el error sobre el negocio jurídico y el error sobre el contenido del negocio jurídico que viene determinado por el carácter matrimonial, art. 73,1<sup>169</sup>.

169 L. Díez Picazo, *Sistema de Derecho civil*, cit. pág. 157; Víctor Reina, *Lecciones de Derecho matrimonial* vol. II, pág. 32; J. A. Doral García, *Matrimonio y divorcio*, cit. pág. 430; Sent. del TS. de 21 de marzo de 1950. La referencia se hace a las normas de los contratos. En contra la opinión de Gete-Alonso *Comentarios a las Reformas...* cit. pág. 370.

En el derecho matrimonial canónico la norma considera la ignorancia sobre el negocio jurídico y sus elementos esenciales; el error sobre el negocio jurídico y sobre sus cualidades; el error en la persona y sobre sus cualidades y el error doloso en cualidad matrimonial.

El problema a dilucidar es si el contenido de los supuestos canónicos están previstos o por lo menos exceden del concepto de error en el matrimonio civil. El error se ha de contemplar por referencia al consentimiento y éste por referencia a la naturaleza del matrimonio que constituye el objeto del consentimiento.

Al recaer el error sobre la naturaleza, funciones y fines del matrimonio hay que determinarlo dentro de las definiciones de matrimonio que establecen normas civil y canónica.

El matrimonio civil, a partir del art. 32 de la CE y del conjunto de derechos fundamentales de la persona en general y de los matrimoniales en especial, ha llegado a una definición netamente diferenciada del matrimonio canónico. Éste, sobre la base de las exigencias de la naturaleza humana, se define también por referencia necesaria a la sacramentalidad, con lo cual aparece con elementos propios sobre los que puede recaer el error, que no tienen —ni pueden tener— referencia en el matrimonio civil.

En aplicación concreta, el error referido al negocio jurídico y su contenido se verá determinado por lo que en el ámbito civil se entiende por matrimonial en cuanto elementos definidores del matrimonio y en el matrimonio canónico además por el elemento sacramental. La causa fundada en el error sobre la sacramentalidad no sería ajustable al derecho del Estado por contraria al principio de laicidad que impide que sea elemento matrimonial. Lo mismo puede decirse de la ignorancia que describe el canon 1096.

En el error en las cualidades del negocio jurídico ambas normas contemplan la unidad, en cambio la indisolubilidad solamente es contemplada por el derecho canónico, por lo cual no sería posible el ajuste de una sentencia basada en el error en esta cualidad. Es de destacar en este sentido cómo la jurisprudencia canónica en las causas de exclusión de la indisolubilidad atiende, como criterio en la prueba, a la actitud divorcista de quien dice que excluyó, como abierta contradicción con el modelo de matrimonio civil.

El error en la persona y en las cualidades de la persona que describe el art. 73,4 del Cc tiene en el ámbito canónico una descripción similar a la civil. La descripción de la norma civil pone el acento en que la cualidad que sustenta el error ha de tener entidad, por supuesto matrimonial, y además determinar la voluntad para prestar el consentimiento, como dice la doctrina «de haberse conocido no se hubiera prestado el consentimiento». En la norma civil del art. 73,4 se equilibran el aspecto objetivo y el subjetivo si la

entidad de la cualidad determina la gravedad; esta gravedad sustenta la relación causa-efecto del error.

En la norma canónica, can. 1097, se acentúa el aspecto subjetivo, pero la valoración de la gravedad exige que se haga por referencia a la entidad de la cualidad sobre la que se yerra; y también se requiere que la cualidad sea matrimonial. El can. 1098, en el error doloso equilibra los aspectos subjetivo y objetivo del error. La tipificación es similar; la dificultad podrá surgir de la naturaleza de la cualidad concreta que se alegue.

Merecen especial referencia la impotencia y la esterilidad; aquella dejó de ser impedimento que afecte al «*ius connubii*», pero sí está contenida en los derechos y deberes del matrimonio<sup>170</sup>, porque la capacidad física de relación íntima es un ámbito de desarrollo de la personalidad, aunque no lo sea en la norma civil como presupuesto necesario para la procreación.

En cuanto a la esterilidad, tanto en el ámbito canónico como en el civil, puede ser contemplada en el campo del error en cualidad porque se entiende grave y matrimonial.

Las sentencias canónicas fundadas en error en estas cualidades serían ajustables al derecho del Estado.

### 3. *La acción de nulidad*

La acción de nulidad reconocida en el art. 73,4 y 5 del Cc. se regula en el art. 76 Cc donde se determina la legitimación procesal para conseguir la declaración de nulidad, la duración de la acción y la convalidación.

#### *La legitimación*

El art. 74 Cc establece de forma general que pueden ejercitar la acción de nulidad los cónyuges, el Ministerio Fiscal y cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ellas, salvo lo dispuesto en los arts. 75 y 76, donde se expresa que si la causa de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor sólo podrá ejercer la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores, y en todo caso el Ministerio Fiscal; y al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente.

En cambio, el art. 76 para los supuestos de error, coacción o miedo grave «solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio».

El reconocimiento de la acción de nulidad en el supuesto de estos vicios del consentimiento se fundamenta, no tanto en el hecho de que el matri-

170 L. Díez Picazo, A. Gullón, *Sistema de Derecho civil*, cit. pág. 83; Gete-Alonso, *Comentarios...* cit. pág. 384; M. Albadalejo, *Curso...*, cit. pág. 49.

monio sea nulo, —como en los supuestos de los no convalidables—, cuanto en la protección de la libertad de quien presta el consentimiento; precisamente por ello la norma de dos opciones: impugnar el matrimonio, o convivir una vez que se está en la verdad o en libertad. Se trata en este caso de una acción personalísima que protege los derechos de la personalidad<sup>171</sup>. Precisamente por ello tiene sentido el carácter restrictivo del derecho a ejercitar la acción.

En modo alguno puede ejercitar la acción quien causó el vicio, pues «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*», sino también en el supuesto de que no lo hubiera causado, pues se limita tan sólo a quien lo padeció.

En el derecho canónico vigente pueden impugnar el matrimonio cualquiera de los esposos que haya padecido el vicio o lo haya causado, y el Promotor de Justicia, cans. 1674 y 1518.

En la norma canónica previa a la reforma de 1983 la constitución «*Provida Mater*» establecía con carácter sancionador (art. 35) que no estaban legitimados los causantes del vicio, aunque sí podían denunciarlo para que ejercitara la acción el Promotor de Justicia.

En la norma canónica se compaginaba así el carácter sancionador que buscaba la libertad y verdad del consentimiento y la legitimidad a que se declarara nulo el matrimonio que fue nulo, sin que, el causar lo primero, impida lo segundo, ya que en derecho canónico lo importante es que prevalezca la verdad material, que en este caso sería ejercitar la acción de nulidad.

Lógicamente ésto crea el interrogante que Lacruz se hace<sup>172</sup>, y es si la sentencia canónica declarativa de nulidad a instancias del Promotor de Justicia o del cónyuge que causó el vicio o no lo padeció podrá tener eficacia civil. Lacruz opina que sería ejecutable porque el art. 80 no condiciona aquella eficacia en absoluto a la postura procesal en el juicio canónico, y el «podrán acudir» del art. VI,2 del Aj. no excluye cualquier aceptación de la jurisdicción canónica distinta de la interposición de la demanda. En cambio opina que sí debe hacer la petición de ejecución el que padeció el vicio sin tener en cuenta la legitimación «*ad processum*».

El art. 76 otorga la acción de nulidad solamente a quien padeció el vicio, pues se presume que quien no lo padeció otorgó un consentimiento suficiente y eficiente. La legitimación «*ad causam*» fundamenta y limita la legitimidad «*ad processum*», ya que se vincula su ejercicio al aspecto sustantivo, es decir, el no haber podido prestar un consentimiento válido. Precisamente por ello el legislador ofrece un tiempo prudencial y sólo, sobre la

171 J. A. Doral García, *Matrimonio y divorcio...* cit. pág. 454.

172 *Elementos de Derecho civil*, cit. pág. 206.

presunción de que quien convive durante un año sin ejercer la acción manifiesta su consentimiento, se considera que el matrimonio se convalida.

La doctrina califica esta acción de personalísima, que no pretende de forma directa la declaración de nulidad, sino demostrar la imperfección del acto que ha dado lugar a que el consentimiento no haya sido suficiente ni eficaz y como consecuencia el matrimonio ha sido nulo. La acción obedece al criterio de interés privado para el supuesto de que quien padeció el vicio no quiera convivir, y si éste desea convivir, el otro cónyuge no puede ejercitar la acción de nulidad<sup>173</sup>.

Esta limitación de la legitimación puede provocar la situación de que éste ni quiera convivir ni ejercitar la acción. Esto llevaría a interpretar, según la doctrina<sup>174</sup>, el derecho a ejercitar la acción sobre la base de interés directo y legítimo en la nulidad. Lo realmente difícil es la utilización del tópicus del «interés», si por interés debe entenderse la motivación o la razón impulsiva del ejercicio de la acción; en cuyo caso el mero ejercicio de la acción demuestra el interés y lo único cuestionable es su legitimidad; o si por el contrario el interés ha de ser considerado como una situación jurídica que puede recibir un tratamiento jurídico u otro por el hecho de que el matrimonio impugnado sea válido o nulo.

En el ámbito canónico el tener que buscar la verdad material en todos los actos, —el matrimonio sólo será signo si ha sido válido—, la acción se concede en orden a que prevalezca la verdad y por ello puede ser ejercitado por ambos esposos, independientemente de que hayan causado el vicio o lo hayan sufrido, y por el Promotor de Justicia. La declaración de nulidad obedece a criterios de bien público.

El ejercicio de la acción en el ámbito canónico puede dar lugar a estos supuestos: a) que ejercite la acción quien padeció el vicio; la sentencia canónica no plantearía problemas de su ajuste. b) Que ejercite la acción en el Promotor de Justicia previa denuncia; esta sentencia en el ámbito civil encuentra el escollo de la legitimación. c) Que ejercite la acción quien no padeció el vicio; en este supuesto también tendrá el escollo de la falta de legitimación, y mucho más en el supuesto de que quien lo padeció se oponga o se realice en su ausencia. En cambio habría que admitir el ajuste en el supuesto de contestación positiva a la demanda.

Tan sólo en el supuesto de que quien padeció el vicio ni quiera convivir ni ejercitar la acción, podrá el otro esposo en base al interés legítimo ejercitar la acción que tendría su fundamento en la nulidad del matrimonio.

173 Gete-Alonso, *Comentarios...* cit. pág. 398.

174 L. Díez Picazo, *Sistema de Derecho civil...* cit. Vol. IV, pág. 139.

#### 4. *La convalidación*

La figura de la convalidación del matrimonio obedece a la idea de su estabilidad que se conjuga con el principio de que el consentimiento es la causa eficiente del matrimonio.

El legislador considera que un consentimiento viciado puede ser convalidado por el hecho de la convivencia de un año, una vez que se tiene libertad o la verdad en el caso de que hubiera miedo o error; se supone que quien no ejercita la acción de nulidad durante ese período es porque quiere convivir y, a su vez, se presume que quien quiere convivir manifiesta en ese hecho un consentimiento perfecto.

Las normas del Derecho matrimonial, aunque admiten soluciones desvinculatorias para dar soluciones a las crisis matrimoniales reales, exponen fórmulas que tienden a la estabilidad del matrimonio. El remedio jurídico genérico que tiende a la estabilidad del matrimonio es la convalidación que trata de dar solución a una crisis jurídica no real, remedio que pretende tener según la norma doble cauce de realización, según que se produzca por voluntad del legislador sanación, o por voluntad de los esposos convalidación<sup>175</sup>.

La doctrina entiende que la convivencia es una forma de consentimiento que refleja una determinada actitud, equiparando así el consentimiento a la «*affectio maritalis*» romana e incluso equivale a una declaración de voluntad por la que se acepta un negocio inicialmente viciado<sup>176</sup>. En realidad se interpreta que la convivencia, una vez que se está en condiciones de libertad y de conocimiento, constituye una forma de declarar un consentimiento válido.

La norma ha unido dos hechos, uno con referencia sustantiva y el otro de carácter procesal; se podían haber separado la convivencia y la caducidad de la acción y haber establecido la convalidación por cualquiera de los dos hechos de forma separada, pero ha prevalecido el aspecto sustantivo por la necesaria referencia al consentimiento. El no ejercicio de la acción queda como elemento indicador que refuerza al hecho de la convivencia.

El art. 76 establece que se produce la convalidación del matrimonio nulo; la doctrina precisa que no es aplicable el concepto de confirmación o sanación, ya que ésta supondría aplicar a los matrimonios nulos la categoría de anulabilidad propia de los contratos según el art. 1301 Cc, y en el ámbito

175 Martinell, *Lecciones de Derecho matrimonial* (Victor Reina) vol. II, cit. pág. 305.

176 J. A. Alvarez Caperochipi, *Matrimonio y divorcio*, en *Comentarios cit.* pág. 487.

matrimonial sólo se debe operar con los conceptos de validez o nulidad y dentro de la nulidad sólo se puede aplicar la convalidación<sup>177</sup>.

También hay que valorar la distinción entre convalidación y sanación, pues aquella se refiere al acto creador del matrimonio; ésta, en cambio, dice relación al efecto derivado de la caducidad de la acción. En la convalidación se establece un nexo psicológico entre el hecho de convivir y la presunción de que ese hecho conlleva querer y prestar el consentimiento; en cambio, en la sanación es con el simple no ejercicio de la acción de nulidad.

En la convalidación la acción se extingue porque el matrimonio existe a partir de la prestación del consentimiento en la convivencia, en cambio en la sanación el negocio se sana porque la acción se extingue. De aplicarse la sanación cabría que el matrimonio nulo por defectos en el consentimiento y sin signos de convivencia se pudiera convalidar. Esto podría llevar a aceptar un matrimonio válido sin consentimiento. El ejercicio de la acción de nulidad sí sería muestra de no querer el matrimonio, pero el no ejercitar la acción, por sí solo, no supondría querer el matrimonio.

Por ello, el legislador describe el proceso de la convalidación como una presunción jurídica, gracias al cual un matrimonio nulo por existir un error en cualidades o en la persona, por coacción o por miedo se convalide, siempre que exista el hecho de la convivencia durante un año a partir del conocimiento del error o del estado de libertad y no se haya ejercitado la acción que sería una manifestación de no querer prestar el consentimiento.

### *Duración de la acción*

El art. 76 Cc expresa que caduca la acción y se convalida el matrimonio. La convalidación no depende de la caducidad de la acción y en cambio la caducidad sí se produce con la convalidación. En la doctrina se cuestiona si la duración de un año se refiere a la convivencia necesaria para que se produzca la convalidación o, y también, al tiempo en que debe ejercitarse la acción de nulidad para que no caduque la acción.

La duración de un año<sup>178</sup> se refiere, según la opinión general de la doctrina, a la convivencia, y en el supuesto de que se cumplan los requisitos se produce la convalidación y como consecuencia automáticamente caduca el derecho a ejercitar la acción de nulidad. En cambio, si no se cumplen los requisitos, el matrimonio nulo no se convalida y el derecho a ejercitar la acción no caduca nunca.

177 Gete-Alonso, *Comentarios...* cit. pág. 407.

178 L. Díez Picazo, *Sistema de Derecho civil...* cit. 139 y Gete Alonso, *Comentarios...* cit. pág. 402.



Se aplica un criterio distinto al de los contratos donde opera la anulabilidad, arts. 1.301 y 1.302; en ellos sí que opera la caducidad ya que el ejercicio de la acción está sometido a plazo y si no se ejercita en ese tiempo caduca y el negocio se sana. El plazo de un año afecta como tal a la convivencia y como término a la caducidad de la acción.

Eso a su vez plantea el interrogante de si prescribe la acción, y de prescribir qué plazos tiene.

Esta cuestión también va a caballo del concepto de nulidad que se aplique al matrimonio, pues si se considera que tan sólo es aplicable con carácter unívoco el de nulidad, la acción es imprescriptible<sup>179</sup>, salvo en el caso de convivencia para los supuestos que contemplamos. Pero, si no se cumplen todos los requisitos la acción se podrá ejercitar, de por vida, e incluso «post mortem», por quien tenga interés legítimo y la acción se ejercite como derivada de otra principal.

Si se aplica el concepto de nulidad relativa o de anulabilidad y se entiende por convalidación la confirmación similar a la de los contratos, es aplicable el criterio de caducidad a los cuatro años.

Entrena Klent piensa que se trata de una acción personalísima que prescribe a los quince años, según el art. 1.964<sup>180</sup>.

Estas dos posiciones últimas creemos que no son coherentes con el contenido de la norma, afirmando que sea una acción personalísima, pues si el legislador buscando la seguridad jurídica mediante la estabilidad del matrimonio exige la convivencia como manifestación del consentimiento, no se puede aceptar que por el mero hecho del transcurso del tiempo, sin ejercitar la acción y sin convivencia se convalide el matrimonio. Pues sería dar por válido un matrimonio que no se sustentó en el consentimiento válido. Creemos que la convalidación no es aplicable al matrimonio por vía de caducidad de la acción y que el matrimonio nulo persiste nulo si no hay convivencia de un año, dando lugar a una acción perpetua.

La convalidación del matrimonio civil plantea un escollo insalvable al ajuste de las sentencias canónicas de nulidad, pues en el ámbito canónico puede ejercitarse la acción de nulidad siempre, sin que la convivencia tenga de por sí eficacia de convalidación. Esto puede dar lugar a que una sentencia canónica de nulidad, fundada en coacción o miedo o en error en la persona o en las cualidades, se pretenda ajustar al Derecho del Estado, cuando ese matrimonio ya se convalidó por la convivencia de un año a partir del estado de libertad o de conocimiento del error; ésto llevaría no a

179 *Matrimonio separación y divorcio...* cit. 474.

180 *Ibidem*, 475.

considerar nulo el matrimonio civil sino a producir una eficacia desvinculatoria de un matrimonio que según la norma civil es válido.

Por ello, creemos que estas sentencias canónicas de nulidad no deberán ser ajustables al derecho del Estado siempre que conste que el matrimonio se convalidó por convivencia.

## CONCLUSIONES

Por lo que se refiere al miedo y a la coacción en cuanto causas invalidantes del matrimonio aparecen tipificadas con idénticos elementos en la norma canónica que en la civil. En cambio, el tratamiento jurídico es distinto ya que la norma civil ofrece la convalidación del matrimonio contraído por miedo o coacción sobre el hecho de la convivencia durante un año, contado a partir del estado de libertad con tal de que no se haya ejercitado la acción de nulidad. En el ordenamiento canónico cabe convalidación «sui generis», con nueva prestación del consentimiento, pero no cabe en modo alguno sobre el hecho de la convivencia; además la acción de nulidad es perpetua.

Con lo cual se puede producir que sea dictada una sentencia de nulidad del matrimonio canónico fundada en las causas de nulidad, de miedo y coacción y cuando se pretenda su ajuste se haya producido la convalidación del matrimonio civil. Esas sentencias no serán ajustables al derecho del Estado a pesar de que en el aspecto sustantivo la causa esté contemplada en la norma civil, pues el ajuste tendría efecto desvinculatorio del matrimonio similar al del divorcio pero con los efectos de una nulidad.

En lo referente a la causa del error en cuanto actitud subjetiva es idéntica en ambos ordenamientos. Existen diferencias en el contenido sobre el que recae el error referido a los elementos que tienen su raíz sacramental, así el error sobre la indisolubilidad y sacramentalidad.

También presenta diferencias en el tratamiento jurídico, pues el matrimonio contraído por error en la persona y en las cualidades se convalida por el hecho de la convivencia durante un año a partir de la desaparición del error y sin que se haya ejercitado la acción de nulidad. En la norma canónica el matrimonio no es convalidable por el hecho de la convivencia y la acción es perpetua. Por ello se puede producir la circunstancia de que se pretenda el ajuste de una sentencia canónica fundada en error en las cualidades y en la persona y aunque coinciden en los elementos sustanciales de las causas no podrán ser ajustadas porque el matrimonio civil es válido desde la convalidación; de ser ajustada la sentencia canónica tendría efectos desvinculatorios similares al divorcio en cuanto a la ruptura del vínculo y efectos propios de la nulidad en el resto de la eficacia.

A. VILLAR PÉREZ

*Facultad de Derecho (Burgos)*