

LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL

La regulación del matrimonio en el Código civil: Requisitos. Nulidad: Causas y efectos. Régimen de derecho internacional privado en la materia.

I. LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL: REQUISITOS

A la regulación de los requisitos del matrimonio dedica el Código civil el Capítulo II del Título IV del Libro I, arts. 44 y sigs. Precisamente el art. 44, con que se inaugura la regulación, proclama en concordancia con el art. 32 C.E., el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio conforme a las disposiciones del Código. Y, añade, de acuerdo con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio que introduce un segundo párrafo, que «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.» Cabe recordar aquí que el art. 32-2 C.E. contiene una reserva legal en orden a la determinación de los requisitos para contraer matrimonio.

En relación con los requisitos para contraer matrimonio, se debe distinguir entre los requisitos referidos al consentimiento, los que inciden en la capacidad de los contrayentes y, finalmente, los exigidos por el carácter formal del acto matrimonial.

1. Requisitos en relación con el consentimiento

La idea básica gira en torno a aforismo clásico solo *consensu matrimonium facit*, con lo que se pone de manifiesto el carácter esencial del consentimiento en el matrimonio. Efectivamente, aunque el consentimiento no es el único requisito del matrimonio, sin el consentimiento, manifestado de manera libre, seria y consciente, no hay matrimonio. Así, el art. 45 C.C. dice expresamente que «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial»; y para manifestar el carácter enteramente libre e incondicionado del mismo, añade: «La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puestos».

2. Requisitos respecto de la capacidad para contraer matrimonio

Se requieren diversos requisitos o, dicho en negativo, se requiere la ausencia de una serie de impedimentos del matrimonio. Actualmente, no se distingue entre impedimentos dirimentes, que hacían radicalmente nulo el matrimonio, e impedientes, que no se requerían para su validez sino que su falta hacía el matrimonio irregular, pero el matrimonio, si igualmente celebrado, era válido. En la regulación del Código civil, en cambio, se puede distinguir, en su caso, entre impedimentos no dispensables (vínculo previo y edad menor de catorce años) e impedimentos dispensables en los términos del art. 48 C.C.

Así, se debe tomar en consideración los artículos 46 a 48 C.C. En virtud del primero citado, «No pueden contraer matrimonio:

- 1.º Los menores de edad no emancipados.
- 2.º Los que estén ligados con vínculo matrimonial».

Se requiere, pues, para contraer matrimonio la llamada libertad de estado de los cónyuges. Así, no puede contraer matrimonio quien está ligado por un matrimonio anterior civil o con efectos civiles. Si se había contraído matrimonio en forma religiosa, pero sin eficacia civil, los contrayentes pueden casarse civilmente con otra persona sin cometer bigamia.

Por su parte, el art. 47 C.C. dispone que «Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí:

- 1.º Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- 2.º Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.
- 3.º Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal».

El Juez, dice el art. 48 C.C., puede dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado tercero entre colaterales. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.

3. Requisitos formales

Como hemos señalado, el matrimonio es un acto esencialmente consensual, pero no basta el consentimiento para contraerlo, pues dicho consentimiento se debe manifestar en la forma o formas establecidas por el legislador, como dice el artículo 32 C.E. Así, el matrimonio es también un acto solemne, es decir, que la forma o formas de manifestación del consentimiento matrimonial se deben observar con carácter *ad solemnitatem*. La celebración del matrimonio se caracteriza por un particular formalismo.

A los requisitos formales que se deben observar en el acto de celebración del matrimonio se refieren los artículos 49 y sigs. C.C. y arts. 70-80 LRC y 238 y sigs. RRC, donde tras establecer unas disposiciones generales, se distingue entre el matrimonio celebrado en forma civil o ante el funcionario competente y el matrimonio celebrado en forma religiosa.

Así, el art. 49 C.C. establece que «cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España:

- 1.º Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código.
- 2.º En la forma religiosa legalmente prevista.

También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración».

Si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos, según prescribe el art. 50 C.C.

A) De la celebración ante el Juez o funcionario que haga sus veces

En virtud del art. 51 C.C., será competente para autorizar el matrimonio:

1.º El Juez encargado del Registro Civil y el Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien delegue.

2.º En los municipios en que no resida dicho Juez, el Alcalde o el delegado designado reglamentariamente.

3.º El funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero.

La declaración del funcionario tiene una doble función: por un lado, constata la existencia de una voluntad de las partes libre para constituir el vínculo matrimonial; por otro lado, cumple otra función pues el matrimonio produce el nacimiento y la asunción por los cónyuges de un determinado *status* (precisamente el de cónyuges), fuente de derechos y deberes entre ellos y frente a terceros.

Conforme dice el art. 57 C.C. «el matrimonio deberá celebrarse ante el Juez, Alcalde o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes y dos testigos mayores de edad.

La prestación del consentimiento podrá también realizarse, por delegación del instructor del expediente, bien a petición de los contrayentes o bien de oficio, ante Juez, Alcalde o funcionario de otra población distinta».

El matrimonio puede ser autorizado por el Alcalde si ambos contrayentes lo manifiestan así en la tramitación del expediente. Entonces, el instructor del expediente debe remitir al Ayuntamiento los datos de los contrayentes. El Alcalde puede delegar en un concejal (art. 51-1.º C.C.), en cuyo caso en el acta de celebración deberá constar que el concejal ha actuado por delegación del Alcalde respectivo.

Quienes deseen contraer matrimonio deben acreditar previamente, conforme indica el art. 56 C.C., y en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código.

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

El expediente se inicia, según la LRC y el RRC con la presentación ante el Juez encargado del registro de cualquiera de los contrayentes de un escrito, cuyo contenido es el siguiente:

- 1.º Identidad y profesión de los contrayentes;
- 2.º Nombre y apellidos del cónyuge o cónyuges anteriores, si los hubiere;
- 3.º Declaración de que no hay impedimento matrimonial;
- 4.º Juez o funcionario elegido para la celebración;
- 5.º Pueblos en los que han residido durante los últimos dos años (art. 240 RRC).

Debe presentarse también «la prueba del nacimiento y, en su caso, la prueba de la disolución de los anteriores vínculos, la emancipación o la dispensa» (art. 241 RRC). Esta documentación deberá ratificarse por los contrayentes (art. 242 RRC)

Posteriormente se procede al trámite de publicación de edictos o proclamas (art. 243 RRC) o por la audiencia, al menos, de un pariente, amigo o allegado de uno u otro contrayente, elegido por el instructor, para comprobar que no existe obstáculo para la celebración del matrimonio (arts. 243-244 y 247 RRC).

Finalmente, Juez resuelve aprobando o denegando el matrimonio y contra esta decisión cabe recurso en vía gubernativa (art. 247-2 RRC).

Los trámites del expediente, como los edictos, tienen validez durante un año. Transcurrido el año, si no se contrae matrimonio, decaen y debe incoarse nuevo expediente aunque los contrayentes sean los mismos (art. 248 RRC).

Para la celebración del matrimonio, dispone el art. 58 que el Juez, Alcalde o funcionario, después de leídos los artículos 66, 67 y 68, preguntará a cada uno de los contrayentes si consienten en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contraen en dicho acto y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá la inscripción o el acta correspondiente.

Cuando el matrimonio es autorizado por el Alcalde, se celebra con las mismas formalidades: «después de cumplidos los requisitos del art. 58 C.C., el Alcalde o el concejal que autoriza el matrimonio,» extenderá el acta oportuna con su firma y la de los contrayentes y testigos» acta que remitirá al registro civil para su oportuna inscripción.

Finalmente, se debe tomar en consideración que el art. 53 dispone que la validez del matrimonio no quedará afectada por la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del Juez, Alcalde o funcionario que lo autorice, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe y aquéllos ejercieran sus funciones públicamente.

B) Matrimonio por poderes

El matrimonio es un acto personalísimo, por ello tradicionalmente se ha excluido, en principio, su celebración mediante poder de representación o mediante mandatario. Pero a pesar de ello, siempre se ha permitido una actuación mínimamente representativa a través de un nuncio o, en terminología de Partidas, vocero.

Así, el art. 55 dispone que «podrá autorizarse en el expediente matrimonial que el contrayente que no resida en el distrito o demarcación del Juez, Alcalde o funcionario autorizante celebre el matrimonio por apoderado a quien haya concedido poder especial en forma auténtica, pero siempre será necesaria la asistencia personal del otro contrayente.

En el poder se determinará la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad.

El poder se extinguirá por la revocación del poderdante, por la renuncia de apoderado o por la muerte de cualquiera de ellos. En caso de revocación por el poderdante

bastará su manifestación en forma auténtica antes de la celebración del matrimonio. La revocación se notificará de inmediato al Juez, Alcalde o funcionario autorizante».

Este representante es un *nunciatus*, mero portavoz de la voluntad de otro: todos los elementos determinantes del consentimiento —la decisión acerca del «sí» y del «con quien» contraer matrimonio— son predeterminados expresamente por el representado. El apoderado se limita a transmitir una declaración de voluntad en todo ajena.

C) Peligro de muerte

El Código civil regula esta forma de contraer matrimonio en el art. 52, en cuya virtud «podrá autorizar el matrimonio del que se halle en peligro de muerte:

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

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

3.º Respecto de los matrimonios que se celebren a bordo de nave o aeronave, el capitán o comandante de la misma».

Este matrimonio no requiere para su autorización la previa formación de expediente, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad, salvo imposibilidad acreditada. En cambio, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha exigido que se compruebe tras su celebración la concurrencia de los requisitos para la validez del matrimonio (R. 31 de marzo de 1987).

D) Matrimonio secreto

También regula el Código civil una forma tradicional de contraer matrimonio de nominada matrimonio secreto o sin publicidad. Así, el art. 54 C.C. dice que «cuando concurra causa grave suficientemente probada, el Ministro de Justicia podrá autorizar el matrimonio secreto. En este caso, el expediente se tramitará reservadamente, sin la publicación de edictos o proclamas».

El matrimonio secreto también se inscribe para su reconocimiento, pero no en el Registro Civil ordinario sino en el libro especial del Registro Civil Central. Esta falta de publicidad ordinaria impone que el matrimonio secreto no pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas sino desde su publicación en el Registro Civil ordinario, como dice el art. 64 C.C.

La inscripción de este matrimonio se realiza por un procedimiento especial, previsto en los arts. 267 y sigs. RRC. El acta se inscribe en un libro especial (art. 78 LRC). La inscripción es secreta incluso para los mismos cónyuges, de modo que ni se puede publicar, ni se puede divulgar unilateralmente.

El matrimonio secreto se publicará de acuerdo con el art. 79 LRC cuando se solicite en alguno de estos supuestos:

1.º Que lo soliciten conjuntamente los cónyuges;

2.º Que lo solicite el cónyuge sobreviviente, en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges;

3.º Si el matrimonio fue canónico, que lo solicite el Ordinario en los casos en que cesa la obligación de guardar secreto;

4.º Si se contrajo matrimonio civil, que lo ordena el Director General, con cita de los cónyuges, si uno o ambos se amparan en el secreto para vulnerar los deberes del matrimonio o los que tienen respecto de los hijos.

4. Celebración en forma religiosa

Como señala el art. 59 C.C., «el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste».

Así, la confesión religiosa debe estar inscrita, como es el caso de la Religión Católica, Acuerdos con la Santa Sede de 3 de enero de 1979; la Federación de Entidades religiosas evangélicas de España (ley 24/1992, de 10 de noviembre); la Federación de Comunidades Israelitas de España (ley 25/1992 de 10 de noviembre) y la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992, de 10 de noviembre).

Salvo para el caso del matrimonio canónico, en los demás casos se debe instar el expediente matrimonial previo en el que el Juez competente certifique que los contrayentes tienen capacidad suficiente para contraer matrimonio válido en España.

En cualquier caso, el matrimonio celebrado en forma religiosa debe inscribirse. Así, el art. 60 dice que «el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente».

5. La inscripción en el Registro Civil

En virtud del art. 61, el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, pero para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil. El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

La inscripción del matrimonio no es, pues, constitutiva del estado civil correspondiente, sino que determina los efectos del matrimonio frente a terceros, no *inter partes*.

El Juez, Alcalde o funcionario ante quien se celebre el matrimonio extenderá, inmediatamente después de celebrado, la inscripción o el acta correspondiente con su firma y la de los contrayentes y testigos. Asimismo, practicada la inscripción o extendida el acta, el Juez, Alcalde o funcionario entregará a cada uno de los contrayentes documento acreditativo de la celebración del matrimonio (art. 62 C.C.).

La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practica con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil.

Cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título, se debe denegar la práctica del asiento (art. 63).

El título para la inscripción es la certificación eclesiástica que debe ser calificada por el Juez encargado del Registro, para controlar la legalidad del matrimonio religioso.

Finalmente, se debe toma en consideración que, salvo lo dispuesto en el artículo 63, en todos los demás casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente, el Juez o funcionario encargado del Registro, antes de practicar la inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su celebración (art. 65).

II. NULIDAD: CAUSAS Y EFECTOS

1. La categoría de la nulidad matrimonial

La concurrencia de alguna de las causas previstas en el art. 73 C.C. origina la llamada en general nulidad del matrimonio, categoría de invalidez que inmediatamente se debe distinguir de otra, no prevista en el ordenamiento jurídico, pero sí apuntada por la tradición y la doctrina cual es la inexistencia del matrimonio.

Efectivamente, igual que se distingue entre nulidad e inexistencia contractual, también se distingue entre la nulidad e inexistencia del matrimonio. El ejemplo tradicional de matrimonio inexistente era el celebrado entre personas de un mismo sexo, si bien en nuestro país ya no es un ejemplo válido al permitir dicho matrimonio la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio*. Otros supuestos de inexistencia matrimonial son: el matrimonio celebrado bajo el falso nombre de otro, pues aquí es inexistente respecto del tercero cuyo nombre ha sido falsamente utilizado; o el matrimonio celebrado *iocandi causa* o en representación teatral o cinematográfica. Mas tales supuestos se deben diferenciar de aquel en que la identidad de sexo no resulte de las respectivas partidas de nacimiento y se manifieste en una época posterior a la celebración, que se trataría de un caso de nulidad, así como del caso de posterior cambio de sexo de uno de los cónyuges, el cual podría ser causa de divorcio.

Como fuere, el Código civil no conoce la categoría de la inexistencia del matrimonio, por lo que, salvo los supuestos en que ni siquiera hay una mínima apariencia matrimonial, se debe conducir a la categoría de la nulidad de la que se distingue porque el matrimonio inexistente no produce, como el matrimonio nulo, los efectos propios del matrimonio válido *medio tempore*, es decir, hasta que se dicta la sentencia que declara la nulidad.

En sede matrimonial, es tradicional superar la distinción propia de la materia contractual que distingue entre nulidad y anulabilidad, según el tipo de defecto que se impute al contrato. En sede matrimonial, la categoría de invalidez originaria ha sido siempre la nulidad del matrimonio. Así, el Código civil habla de nulidad, pero en su régimen se pueden individualizar normas propias de la categoría de la anulabilidad como los arts. 75 y 76 C.C. que permiten la convalidación de matrimonios afectados de los vicios del consentimiento a que se refieren los apartados 4 y 5 del art. 73. Pero la categoría de la anulabilidad sólo es predicable de los actos jurídicos patrimoniales, entre los que no se halla el matrimonio. Por tanto, en definitiva, el régimen del Cód-

go civil es la nulidad matrimonial, configurado por el legislador de manera diferente a resultas de la causa de nulidad.

2. Causas de nulidad y efectos

A la nulidad del matrimonio se refieren los arts. 73 y sigs. C.C. El citado art. 73 C.C. establece las causas de nulidad del matrimonio. La enumeración es exhaustiva o cerrada, de manera que no caben otros supuestos si no están previstos expresa y legalmente. Así, no es causa de nulidad la hipótesis del matrimonio contraído por el cónyuge de quien, después de haber sido declarado fallecido, aparece vivo, pues tal matrimonio fue disuelto en virtud del art. 85 C.C.

Así, dice el referido artículo 73: «Es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración:

- 1.º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.
- 2.º El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48.
- 3.º El que se contraiga sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos.
- 4.º El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.
- 5.º El contraído por coacción o miedo grave».

De este modo, se puede distinguir diversas categorías de causas de nulidad matrimonial:

A) La falta de consentimiento (art. 73-1), la cual puede obedecer a:

- Inexistencia del consentimiento matrimonial, como en los casos de simulación o de declaraciones *iocandi causa*.
- Falta la capacidad para contraer matrimonio, como en los casos de trastorno mental o perturbaciones psíquicas. En los casos de incapacitación o de anomalías psíquicas habituales, el art. 56-2 C.C. exige dictamen médico que acredite aptitud suficiente para contraer matrimonio.

B) Los defectos de capacidad (art. 73-2). Es decir, la concurrencia de alguno de los supuestos previstos en los arts. 46 y 47 C.C.: los menores de edad no emancipados, los que estén ligados con vínculo matrimonial, los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado y los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.

C) Los defectos de forma (art. 73-3), es decir, el contraído sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos, salvo el supuesto del art. 53 C.C., en cuya virtud la validez del matrimonio no quedará afectada por la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del Juez, Alcalde

o funcionario que lo autorice, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe y aquéllos ejercieran sus funciones públicamente.

D) Los vicios del consentimiento (art. 73-4 y 5). El Código civil enumera expresamente el error y la coacción o el miedo grave. Obviamente, carece de sentido preguntarse si en el art. 73 se incluye también los supuestos de violencia física y de dolo. El dolo aparece englobado en el error (es un error inducido con maquinaciones insidiosas), mientras que la presencia del funcionario competente en el acto de celebración hace inimaginable el supuesto de violencia física. Además, la violencia física en su caso sería también un supuesto de falta de consentimiento y, por tanto, incluido en el supuesto del art. 73-1.º.

Respecto del error, el Código civil se refiere al error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.

El error en la identidad de la persona del otro contrayente es un caso de cambio de persona, actualmente poco frecuente. Pero no se debe confundir con el de la falsa declaración del propio nombre, que no produce la nulidad del matrimonio sino en su caso, la rectificación del acta matrimonial.

El error en las cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento es un error grave y esencial, determinante del querer contraer matrimonio con esa persona determinada. El Código civil no enumera supuestos de error en las cualidades personales del otro, ni con carácter taxativo ni con carácter abierto o ejemplificativo, por lo que su enumeración deberá extraerse de la casuística jurisprudencial. El Código civil italiano, en cambio, enumera las siguientes (art. 122-3 Codice civile):

1) Ignorancia de una enfermedad física o psíquica del otro cónyuge o una anomalía o desviación sexual, si la enfermedad o la anomalía o la desviación impide el desenvolvimiento de la vida conyugal.

2) Ignorancia de que el otro cónyuge ha sido condenado por delitos graves o que ha sido declarado delincuente habitual o profesional.

3) Ignorancia del estado de gravidez de la mujer, producido por un tercero, siempre que se desconozca la paternidad si el embarazo es llevado a buen término.

La coacción es equiparable a la violencia moral o a la intimidación. Se trata del consentimiento prestado bajo la amenaza de otro de un mal injusto y grave, aunque la amenaza provenga de un tercero, no necesariamente del otro contrayente. Afortunadamente, la emancipación social y personal de la mujer ha reducido enormemente los casos de coacción o violencia moral, por eso la casuística en antigua: es el caso de la mujer embarazada que es amenazada de expulsión de la casa familiar si no contrae matrimonio o el del matrimonio contraído bajo la amenaza del propio suicidio.

El miedo grave se distingue de la coacción o intimidación por el hecho de que el miedo deriva de circunstancias objetivas y no de la amenaza de otro.

3. Régimen de la nulidad matrimonial. Supuestos de convalidación

Mas el régimen de nulidad no es el mismo para todas las causas. Así, el art. 74 establece que como regla general que «la acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes». Y tales artículos posteriores distinguen si la causa de nulidad es la falta de edad o un vicio del consentimiento:

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

Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla (art. 75).

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

Caduca la acción y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo (art. 76).

Pero en tales supuestos caduca la acción, se convalida el matrimonio y la nulidad es sanada, con un efecto similar a la confirmación del contrato anulable, si los cónyuges muestran su voluntad de mantener el vínculo matrimonial: la nulidad del matrimonio del menor se sana si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año, alcanzada la mayoría de edad (art. 75-2). Asimismo, se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo es decir la nulidad se sana por la cohabitación durante un año desde el cese del vicio.

Finalmente, no todo defecto formal aboca en la nulidad del matrimonio. La nulidad por defecto de forma conoce una clara excepción en el supuesto del art. 78, en cuya virtud «El Juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe, salvo lo dispuesto en el número 3 del artículo 73».

4. La simulación matrimonial

La simulación matrimonial supone el matrimonio contraído con el acuerdo, entre las partes, de excluir la causa, objeto y finalidad del matrimonio, es decir, con el pacto de no cumplir los deberes y de no ejercitar los derechos derivados del matrimonio. Es el supuesto, por ejemplo, del matrimonio contraído con la única finalidad de conseguir de manera rápida la nacionalidad del otro cónyuge.

Así, las partes buscan, como efecto derivado de la celebración del matrimonio, la adquisición del *status* de cónyuge, pero excluyen el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que derivan de este *status*. La doctrina ha dudado si la categoría de la simulación es aplicable al matrimonio por la irrelevancia de dicho pacto o acuerdo excluyente del contenido matrimonial, pues éste se adquiere y el

hecho de no cumplir los deberes matrimoniales son causa de separación o de divorcio, pero no de nulidad, como derivaría de calificar el acto matrimonial como simulado. Como fuere, un pacto simulatorio es, en cualquier caso, revelador de la falta de voluntad y de consentimiento en la asunción de la calidad de cónyuge, es decir, como falta de consentimiento matrimonial.

Por tanto, como ha señalado la doctrina, el matrimonio se presume no querido si su celebración es precedida o acompañada de un pacto que excluya el contenido propio del matrimonio. Claramente deriva para la simulación parcial o relativa: el pacto de exclusión de sólo alguno de los derechos o de los deberes conyugales se debe considerar, a los efectos del art. 44 C.C., como no puesto, en cuanto condición o modalización del matrimonio.

Obviamente, el acuerdo simulatorio no debe constar necesariamente por escrito. Incluso puede derivar de la conducta de los contrayentes como en el caso en que celebrado el matrimonio, se fuera cada uno a su propia casa y siguieran viviendo como no casados, es decir, como vivían antes de haber celebrado el acto matrimonial.

Posiblemente, al supuesto de simulación se deberá aplicar el régimen de convalidación previsto en los arts. 75 y 76 C.C.

5. El matrimonio putativo

Aunque la declaración de nulidad del matrimonio supone, en principio, la invalidez de sus efectos, en virtud del art. 79 C.C., la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume.

Por tanto, se debe distinguir:

1. Respecto de los hijos, la declaración de nulidad no les afecta, en el sentido de que no tiene efectos retroactivos.

Supone considerar a los hijos nacidos de este matrimonio aparente como si fuesen matrimoniales, aunque el matrimonio sea nulo por concurrir impedimento de parentesco no dispensable (ver asimismo, art. 125 C.C.).

La declaración de nulidad no afecta en absoluto a los hijos, puesto que a diferencia de los cónyuges de buena fe a quienes se mantienen los efectos ya producidos, pero no tienen la consideración de tales a partir de la declaración de nulidad, los hijos tendrán de forma irreversible la condición de matrimoniales. O si han sido adoptados conjuntamente por ambos consortes, mantendrán también esta condición.

2. Respecto de los cónyuges, se debe tomar en consideración si son de buena o de mala fe. Sólo en el primer caso la declaración de nulidad carece de efectos retroactivos, por lo que no invalida los efectos ya producidos.

Así, por ejemplo, conserva los derechos sucesorios efectivamente adquiridos, como la legítima; la emancipación adquirida por matrimonio (art. 316 C.C.); o la nacionalidad adquirida como consecuencia de la celebración del matrimonio (art. 22 C.C.). Asimismo, el cónyuge de buena fe goza de la facultad de elección a que se refieren los arts. 95-2 y 1.395 C.C. y es acreedor, en su caso, de la indemnización a que se refiere el art. 98 C.C.

El carácter putativo del matrimonio no es un supuesto de convalidación del matrimonio nulo. Este sigue siendo nulo, tanto frente a los hijos como frente a los cónyuges, incluidos los de buena fe y frente a terceros. Pero la Ley reconoce o, mejor, mantiene ciertos efectos en consideración, en primer lugar, a los hijos, y, en segundo lugar, a la buena fe de alguno o de ambos cónyuges. La buena fe debe concurrir en el momento de la celebración del matrimonio. La mala fe sobrevenida no afecta a la aplicación del art. 79 C.C.

En definitiva, los presupuestos del art. 79 C.C. son los siguientes:

- a) Que haya un matrimonio declarado nulo.
- b) Que haya un mínimo de apariencia matrimonial.
- c) Que haya buena fe en uno de los cónyuges al menos, pero es irrelevante respecto de los hijos

La sentencia que declara la nulidad del matrimonio putativo se equipara, en algunos aspectos, a una sentencia de divorcio pues provoca la extinción de la relación matrimonial manteniendo, sin embargo, algunos efectos propios de un matrimonio que fue válido y eficaz.

6. Efectos civiles de las sentencias canónicas de nulidad

El art. 80 C.C., en concordancia con el apartado 2 del art. VI, del Acuerdo entre el Gobierno español y la Santa Sede, establece que «las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Además de alguna duda acerca de la constitucionalidad de dicho precepto en cuanto pueda ser creador de una desigualdad específica por razón del tipo de matrimonio contraído, el problema más importante que plantea el citado art. 80 C.C. es el de determinar el alcance y sentido de la locución *ajustadas al derecho del Estado*.

El art. 80 se refiere a dos tipos de resoluciones canónicas: las que tienen por objeto la declaración de nulidad de un matrimonio, obviamente contraído en forma canónica; y las decisiones pontificias *super rato*, es decir acerca de la disolución de matrimonios celebrados pero no consumados. Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo se han pronunciado acerca de la constitucionalidad del precepto (STC 66/1982, de 12 de noviembre y STS de 23 de noviembre de 1995); pero la adaptación al ordenamiento interno, es decir, la declaración de estar ajustadas al derecho del Estado a través del procedimiento previsto para la obtención del *execuatur* y, por tanto, los efectos civiles de tales resoluciones canónicas son de exclusiva competencia de los Jueces y Tribunales civiles, en tanto en cuanto los principios de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 C.E.) y de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 C.E.) obligan a matizar, desde la entrada en vigor de la Constitución, la aplicación de tales reglas (STC de 13 de enero de 1997). Por tanto, la sentencia canónica de nulidad y de decisión pontificia *super rato* no pueden, para ser declaradas ajustadas al Derecho del Estado, ser contrarios a normas de orden público interno (STS de 23 de noviembre de 1995), como por ejemplo, haber sido dictadas *inaudita parte* o ha-

ciendo provocado indefensión, o contra el principio de libertad o de igualdad, la falta de correspectividad entre las causas de nulidad no es un obstáculo, en este caso, para la ejecutoriedad. Así, las SSTC 66/82, de 12 de noviembre, 93/83, de 8 de noviembre y 265/88, de 22 de diciembre.

Así, de acuerdo con la doctrina (E. ROCA, I. MIRALLES), la sentencia canónica o la dispensa *super rato* debe observar los siguientes requisitos:

1.º Que se haya dictado como consecuencia del ejercicio de una acción personal.

2.º Que no esté dictada en rebeldía.

3.º Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.

4.º Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España. Ello significa que la decisión canónica debe ser firme y ejecutoria y estar contenida en documento que tenga formalmente fehabencia en España.

III. RÉGIMEN DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA MATERIA

A los supuestos de matrimonio de españoles en el extranjero y de extranjeros en España se refieren los arts. 49-2 y 50 C.C. Por regla general, se aplica la *lex loci celebrationis*, aunque debe tomarse en consideración la aplicación de la ley personal de los cónyuges en ambos casos. Así:

1.ª Si los contrayentes son extranjeros, el matrimonio puede celebrarse en España de acuerdo con la ley personal.

2.ª Si los contrayentes (o uno de ellos) son españoles y quieren contraer matrimonio en el extranjero, éste puede celebrarse en el consulado español (art. 238, 243, y 252 RRC) de acuerdo con la ley española o puede celebrarse también de acuerdo con la *lex loci* (art. 59 C.C. y 252 RRC).

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, modifica el párrafo segundo del art. 9 C.C., limitándose a introducir, junto a la separación y el divorcio, la nulidad. Asimismo, modifica el art. 107 C.C. y la rúbrica que le antecede, es decir, la del Capítulo XI del Título IV del Libro I, que ahora se intitula «Ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio».

De este modo, tomando en consideración la actual redacción de los arts. 9 y 107 C.C., cabe decir:

1. En primer lugar, que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad y que dicha ley rige la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

2. En segundo lugar, en virtud del art. 9-2 C.C., «los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.

La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107».

3. En virtud del art. 9-3 C.C., «los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento».

4. Finalmente, el art. 107 C.C. dispone en su apartado primero que la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración. Y en el apartado segundo añade que «la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de esta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:

- a) Si no resultare aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.
- b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.
- c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero del apartado dos del art. 107 no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público».

