

LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI, *El consentimiento matrimonial (Comentario al Artículo 45 del Código Civil)*, (Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1989, 144 páginas).

Dentro de la recientemente creada colección Biblioteca Jurídica del Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, ha visto la luz este sugerente estudio del profesor Arechederra sobre uno de los pilares de la teoría jurídica del matrimonio: el consentimiento.

Se trata, por cierto, de un tema de alcurnia: el rol del consentimiento en la formación del acto matrimonial y su estado consecuencial, ha sido objeto de preocupación constante de juristas, comenzando por los primeros canonistas, con cuya doctrina se supera la concepción romana del matrimonio como mera situación fáctica. Debe recordarse que la codificación francesa impuso dicho elemento como uno de los principios claves de la regulación civil del matrimonio: "Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement" (Art. 146 del Code).

Después de la reforma del Código Civil en materia de familia (1981) la cuestión adquiere especial relevancia en el ordenamiento español, con el nuevo artículo 45.1 CC, según el cual "No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial". Tal precepto a primera vista podría parecer una exhumación inútil de la regla francesa, pero, como se encarga de descubrir la monografía que reseñamos, asume en el nuevo contexto normativo una trascendental importancia, elevándose al rango de verdadero principio rector del actual sistema matrimonial.

El autor introduce el tema analizando, desde la perspectiva del derecho positivo, la fisonomía que en la normativa vigente presenta la institución matrimonial, y concluye que se trata de una relación jurídica, sobre la cual ejerce una influencia directa el consentimiento de los contrayentes. Plantea que el consentimiento es el elemento verdaderamente constitutivo de dicha relación.

La voluntad de los contrayentes se conecta también —en el pensamiento del autor— con el rol de la causa, elemento negocial cuya relevancia —no necesidad— pone en evidencia la adjetivación del "consentimiento" como "matrimonial" efectuada por el Art. 45.1 CC (única diferencia con su prototipo francés). Con relación a ello, Arechederra se pronuncia sobre la simulación matrimonial, señalando que la exigencia del Código de que el consentimiento tenga un "sentido" preciso: el dirigido a constituir la relación matrimonial, hace excluir de la mejor forma el matrimonio aparente. Queda cubierta así la simulación absoluta del matrimonio y la instrumentalización de la relación conyugal para fines ajenos a ésta.

En seguida, el autor se ocupa de la capacidad matrimonial, que considera en directa relación con el problema del consentimiento (relación que, por lo demás, se observaba claramente en los proyectos de reforma). Observa que aun cuando la dispensa del impedimento de edad debería fundarse en razones de excepcional madurez, en la práctica se concede atendiendo a otro tipo de criterios más pragmáticos, como el de remediar situaciones ya consumadas. Postula, con vigor, además, la posibilidad de que el demente incapacitado pueda contraer matrimonio en intervalo lúcido: "Si 'ahora' puede prestar su consentimiento matrimonial no hay objeción jurídica que oponer", razona con estricta lógica (p. 82).

Sobre la naturaleza de la volición exigida por la ley civil para estimar constituida la relación matrimonial, el autor, siguiendo los nuevos criterios del Código

de Derecho Canónico de 1983, sostiene que deben distinguirse “la aptitud psíquica para consentir” y la “aptitud psíquica para la relación matrimonial ya constituida”. Intentando localizar a esta última una expresión en la normativa civil, sugiere que ella podría encontrarse a través de la elevación de los fines del matrimonio a la categoría técnica de objeto de la comunidad de vida, con lo que, al faltar la idoneidad de alguno de los cónyuges para alcanzar ésta, podría tenerse extinguido el contrato de sociedad cuando termina el negocio que le sirve de objeto. No habría, pues, técnicamente nulidad, sino —creemos entender— falta sobrevenida de objeto.

Aunque audazmente imaginativa, esta idea es bastante discutible. En efecto, debemos tener en cuenta que el consentimiento, incluso en su faceta más amplia, funciona, como señala el mismo Arechederra, como elemento constitutivo de la relación matrimonial. En consecuencia —pensamos—, su existencia o inexistencia ha de valorarse en relación a dicho momento, y no a una etapa posterior de despliegue y desarrollo de la relación constituida. Si esto es así, la falta de la mencionada aptitud psíquica para asumir la convivencia o comunidad de vida que supone el matrimonio, ha de calificarse como elemento obstativo a la constitución de la relación, esto es, como determinante de la invalidez del matrimonio. No nos parece acertado el recurso al Art. 1700, N° 2, y no sólo porque nos resistamos a emplear para el matrimonio parámetros tomados de un contrato netamente patrimonial y lucrativo como la sociedad, sino, además, porque pensamos que la norma trata de una hipótesis enteramente diversa: la sociedad se extingue ya que en realidad antes existió y fue válida plenamente como tal, en tanto subsistió el negocio que le servía de objeto, mientras que en el supuesto matrimonial la incapacidad psíquica habrá imposibilitado en todo momento y por tanto *ab initio* la consecución de la comunidad de vida que exige el matrimonio.

En las páginas siguientes el autor examina la cuestión de los elementos accidentales del matrimonio, y con ello a la norma del párrafo 2 del Art. 45 que declara como “no puestos” la condición, término o modo del consentimiento matrimonial. La explicación aquí se vuelve un tanto oscura y exige un redoblado esfuerzo de concentración, lo que en buena parte debe atribuirse a la complejidad objetiva del tema tratado. Arechederra aprueba como admisible la opción del legislador de determinar la irrelevancia de los elementos accidentales, sin que le parezca que ello signifique avasallar la autonomía privada de los contrayentes, pero, sin embargo, declara, a renglón seguido, que “como sin consentimiento matrimonial no hay matrimonio, la condición al ser al consentimiento lo es igualmente al matrimonio y, por tanto, no cabe hablar de matrimonio condicionado ni de consentimiento condicionado... Por ello la prestación regular del consentimiento no es que sea pura, es que es incondicionada” (pp. 135-136).

La verdad, nos parece difícilmente conciliable el compartir la solución legislativa de tener por consentimiento puro el condicionado, lo que pensamos dispone el Art. 45.2 CC, con la idea de que la condición hace imposible el consentimiento. Así las cosas, el párrafo 2 del Art. 45 quedaría sin aplicación por lo dispuesto en su mismo párrafo 1. Extraña contradicción legislativa que no resulta sencillo justificar.

Dudosa es, por la misma razón, la opinión del autor de que el encargado del Registro Civil ha de denegar la inscripción de un matrimonio sujeto a condición suspensiva (p. 115). El Art. 45.2 sugiere más bien el deber de la conducta contraria, incluso si se trata de matrimonio celebrado canónicamente, para el cual el

Código de Derecho Canónico prevé la solución opuesta: la nulidad del entero acto matrimonial (c. 1102 CIC).

Las observaciones anteriores se exponen sólo como inquietudes surgidas con ocasión de la lectura, y —de más está decirlo— no empañan ni podrían hacerlo, el mérito de la obra ni el de su autor, reconocido especialista en la materia.

La monografía del profesor Arechederra en apretadas páginas, nos hace recorrer, siguiendo el hilo conductor del consentimiento, gran parte de la problemática que suscita el nuevo modelo matrimonial acogido por la legislación positiva española. Se trata de un ensayo de planteamientos originales, fina argumentación y señalada profundidad.

*Hernán Corral Talciani*