

La menor edad en el matrimonio (*)

EDUARDO PEREZ PASCUAL

Profesor Adjunto de Derecho Civil

SUMARIO: 1.º Consideraciones Generales: A) El estado civil. B) La edad. C) El matrimonio. D) La menor edad y el matrimonio.—2.º La nulidad del matrimonio: A) Consideraciones Generales. B) El Derecho español. C) La aplicación del Derecho canónico.—3.º Nulidad del matrimonio celebrado por menores, mayores de dieciséis años no emancipados, que no hayan obtenido dispensa judicial.—4.º El expediente de dispensa matrimonial del menor de edad.—5.º La nulidad del matrimonio celebrado por menores de catorce años.

LA MENOR EDAD EN EL MATRIMONIO

1. *Consideraciones generales*

El artículo 46 del C. c. (Código civil) establece que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados. Luego sí que pueden contraerlo los menores emancipados y los mayores de edad (arts. 322 y 315 C. c.).

La emancipación se obtiene (art. 314 C. c.) por la mayoría de edad (1), por el matrimonio del menor, por concesión de los que ejerzan la patria potestad y por concesión judicial. En las causas

* Una vez redactado el presente trabajo se han producido diversas modificaciones legislativas que no alteran su contenido. Por citar las del Código Civil, deben mencionarse la Ley 13/1983, de 24 octubre en materia de tutela, la Ley 6/1984, de 31 de marzo, sobre supresión de la interdicción civil y la Ley 4/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero. Ello no es óbice para que deban tenerse en cuenta tales modificaciones, especialmente la nueva redacción de los Títulos IX y X del Libro I del citado Código.

(1) No parece exacta esta afirmación del CC., por cuanto el mayor de edad no es un emancipado, sino precisamente mayor de edad y las diferencias entre ambas situaciones son, en general, claras si se comparan los artículos 322 y 323 CC., como, por ejemplo, no ser necesaria la inscripción de la mayoría de edad en el Registro Civil y si la emancipación para que produzca efectos contra terceros (art. 318). La actual redacción del artículo 314 CC. no difiere de la originaria en este apartado, salvo que se consigna ahora como la primera causa de la emancipación y anteriormente lo era en segundo lugar. Don FEDERICO DE CASTRO («Derecho Civil de España», Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pág. 209), explica cómo las confusiones del CC. sobre emancipación se deben a la diversidad de sentidos con que se ha usado y se sigue usando dicho término.

de emancipación que contempla el artículo 314 C. c. se requiere que el menor tenga dieciséis años (arts. 317, 319, 320 C. c.) excepto en la mayor edad, lo que resulta evidente, y la emancipación que se obtiene por matrimonio del menor en que no se establece el requisito de la edad mínima de los dieciséis años, basta la capacidad matrimonial.

El matrimonio produce de derecho la emancipación (art. 316 C. c.) y no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados (art. 46 C. c.) lo que, en principio, permitiría hacer la afirmación de que el matrimonio no es una causa de emancipación ya que si no se está emancipado no se puede contraer, y que Lacruz Berdejo (2) califica de amago de tautología si no fuera porque el matrimonio puede contraerse a partir de los catorce años con dispensa del Juez de Primera Instancia (art. 48 C. c.), o contra las prohibiciones establecidas por razón de edad, con las consecuencias jurídicas que ello supone y se analizarán a continuación.

Ante la afirmación del artículo 46 C. c. de que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados y la del artículo 48 C. c. de que el Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa, el impedimento de edad a partir de los catorce años, cabe plantearse la pregunta de qué sucede si efectivamente lo contraen. La contestación a dicha pregunta es sencilla, al menos en apariencia, al establecer el artículo 73 C. c. la nulidad del matrimonio celebrado entre las personas a que se refiere el artículo 46 C. c., salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48 C. c. Pero ello no quiere decir que no produzca efectos civiles, pues si el matrimonio es nulo, pero contraído de buena fe por el menor, el artículo 79 C. c. establece que no se invalidarán los efectos ya producidos respecto del contrayente de buena fe, que se concretarían, en el aspecto que ahora interesa, en el mantenimiento de la emancipación obtenida por el menor.

La menor edad constituye uno de los estados civiles que, posiblemente, ha recibido más influencias extrañas a su propia razón de ser. Si a ello agregamos la consideración del matrimonio como estado civil, que en el caso de la menor edad tiene una doble proyección, la propia matrimonial y la emancipación del menor, parece son necesarias ciertas consideraciones sobre ambos estados civiles, que sirvan de razón y base para el estudio de las consecuencias derivadas de la conjunción de los mismos.

Y el tema se justifica porque la actual redacción del C. c. supone una modificación «ex novo» de lo que tradicionalmente había establecido en su artículo 83-1.º desde la redacción ordinaria. Nos encontramos ante una modificación, una vez más cogida de derechos foráneos, que se separa de la tradición española e incluso de la línea del Derecho internacional en esta materia, como tendremos ocasión de comprobar más adelante.

(2) LACRUZ BERDEJO, «Derecho de Familia», Fascículo Primero, Librería Bosch, Barcelona, 1982, pág. 145.

A) EL ESTADO CIVIL

El estado civil constituye un concepto de no fácil precisión. Cicu (3) dice: «la expresión de "status" desde el Derecho romano en adelante, aparece continuamente en la terminología jurídica». Pero el concepto permanece siempre entre los más vagos, sin que nadie sin embargo, se haya atrevido a negarlo o eliminarlo. Se diría que se siente la necesidad de conservarlo aún sin entenderlo. De Castro (4) lo define como la cualidad jurídica de la persona por su especial situación (y consiguiente condición de miembro) en la organización jurídica y que, como tal, caracteriza su capacidad de obrar y el ámbito propio de su poder y responsabilidad, lo que las Partidas (4,23,1) llamaban «condición o manera en que los homes viven o estan». Como señala Lacruz (5) la locución «estado civil» se emplea en la legislación vigente, al parecer, en un sentido más amplio, para clasificar una pluralidad de relaciones jurídicas a la que cabe aplicar un tratamiento homogéneo. Repercute en todas las instituciones jurídicas, siendo aludido en los más importantes cuerpos legales, como señala Sancho Rebullida (6), Sin embargo, a efectos de nuestro estudio, la cuestión que debe plantearse es la que enunciaba el profesor Cossío (7), al decir que en el fondo el problema, aunque ello haya sido por lo regular olvidado, consiste en decidir la solución que se dé a la posición del hombre en la comunidad, si esa posición puede ser libremente determinada por el ordenamiento jurídico o si por el contrario ésta le es dada como un «prius» que le es forzoso reconocer. Volvemos, así pues, al viejo problema resuelto por Hermogeniano cuando afirmaba «Hominum causa omnes ius constitutum sit». Dirección realista que se ha seguido por la doctrina española (8) y que podría concluirse con las afirmaciones de Sancho Rebullida al decir que el concepto de estado civil «arranca de una realidad extra o metajurídica: la realidad natural y la realidad social, realidades lógicamente previas que imprimen culidades distintas a los diferentes sujetos, por encima y al margen del ordenamiento jurídico». Conclusión de la mayor importancia que, si no debe olvidarse en todos los campos jurídicos, mucho menos puede serlo al tratarse de la consideración jurídica de estados naturales —la edad— y sociales —el matrimonio— de la persona humana.

(3) CICU, «Il concetto di status», Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli, Nápoles, 1917.

(4) DE CASTRO, «Derecho Civil de España», Tomo II, citado, págs. 70 y ss.

(5) LACRUZ, «Elementos de Derecho Civil», I, Parte General, Editorial Bosch, Barcelona, 1974, pág. 108.

(6) SANCHO REBULLIDA, «El concepto de estado civil», Estudios de Derecho Público y Privado en Homenaje al profesor. Dr. D. Ignacio Serrano Serrano, Valladolid, Volumen I, 1966, págs. 793 y ss.

(7) COSSÍO, «El moderno concepto de la personalidad y la teoría de los estados en el Derecho Civil actual», R. D. P., 1943, pág. 14.

(8) DE CASTRO, citado, pág. 64, y los autores allí citados en nota 2.

B) LA EDAD

Como indica Bercovitz y Rodríguez-Cano (9) dos son las tesis doctrinales que se contraponen a la hora de configurar la situación jurídica del menor. Para unos se trata de una persona fundamentalmente incapaz, como consecuencia de su falta de conocimiento y voluntad adecuados, a la que el ordenamiento reconoce capacidad para algunos actos concretos. La incapacidad es la regla y la capacidad es la excepción. Para otros se trata de una persona potencialmente capaz, pero a la que el ordenamiento limita su capacidad para algunos actos en los que estima conveniente protegerle frente a su inexperiencia. Aquí la regla será, pues, la capacidad, mientras que la excepción será la incapacidad.

Planteadas así la cuestión de la menor edad, resulta necesario retrotraer, aunque sea brevemente, el estudio de la menor edad al Derecho romano por el pragmatismo y realismo de que gozaba el mismo, reconocido por la doctrina. En este plano histórico, es conveniente recordar una afirmación del romanista Schulz (10): Impúberes en Derecho clásico son las personas jóvenes que no han alcanzado la edad de la pubertad. Las mujeres son púberes al cumplir los doce años de edad. En el caso de los varones, la pubertad fue, conforme a la costumbre romana, objeto de reconocimiento por la familia. Al final de la República se manifestó la tendencia a fijar la pubertad de los varones al cumplir los catorce años de edad, criterio adoptado por la escuela de los proculeyanos, en tanto los sabinianos eran partidarios de mantener la vieja costumbre. A partir del siglo segundo antes de .C. existió otra doctrina, según la cual, un muchacho era legalmente «puber» cuando tenía catorce años y lo era en realidad. Todas estas opiniones tan diversas, tuvieron sus partidarios en las distintas escuelas de Derecho que hubo hasta Justiniano, pero parece que la práctica siguió la tercera doctrina e incluso el sabiniano Gayo (1, 196) se contentó con los catorce años. La doctrina proculeyana fue confirmada por Justiniano. En general los impúberes se clasifican en infantes o menores de siete años, carentes de capacidad de raciocinio; los «infanti proximus», situación que se calculaba hasta los nueve años y medio y diez años y medio (11) a los que se les consideraba faltos de raciocinio, pero con un desarrollo mayor; los «pubertati proximus», cuando ya puede actuar con la autoridad del curado, responde de los delitos que puede cometer, capacidad de entender y querer y, por tanto, susceptibles de «malicia»,

(9) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, «Derecho de la persona», Editorial Montecorvo, Madrid, 1976, pág. 24.

(10) SCCHULZ, «Derecho romano clásico», Editorial Bosch, Barcelona, 1960, pág. 156.

(11) DE CASTRO, «Derecho Civil de España», citado, pág. 170, menciona a ACCURSIO (glosa «pupillum», D. 50, 17, 111, pr.) que había señalado, para los varones, los diez años y medio.

edad que comprendía hasta los catorce años para los varones por cuanto las mujeres estaban sometidas a tutela, en general, por razones del sexo con independencia de la edad; los púberes, mayores de catorce años para los varones y doce años para las mujeres a efectos matrimoniales, como ya se ha indicado, que se dividían en mayores y menores de veinticinco años, lo que suponía una diferente capacidad de obrar. Así, los menores de siete años, como señala Valiño (12), están sujetos a tutor que tiene la potestad, por los mayores de siete años puede seguir actuando directamente el tutor, pero puede hacerlo el pupilo —pubertati proximus—, aunque es indispensable la autorización del tutor —«auctoritatis interpositio» distinta de la «potestas»— y, alcanzada la pubertad, se convierte en «adulescens» no sometido a tutela sino a curatela, los cuales, con arreglo a la «Lex Laetoria» de principios del siglo II antes de J. C., podrán celebrar negocios perfectamente válidos, pero si resultaban perjudicados procedía la «restitutio in integrum» concedida por el Pretor que la evolución posterior convirtió en la anulabilidad del negocio.

Estos rasgos del Derecho romano influyen decisivamente en la doctrina moderna. De Castro (13) demuestra cómo en el Derecho español la dependencia del menor tiene una sola justificación: el amparo del menor, que supone un cambio frente al Derecho romano por influencia del Cristianismo, pero que dejó intacto el sentido realista de éste en cuanto a capacidad por razón de edad, lo que supone el reconocimiento de la capacidad negocial del menor en cuanto lo consienta el desarrollo de su inteligencia, el ser «capaz de obrar jurídicamente desde que tiene conocimiento de lo que hace y sabe hablar, pues es libre y capaz de consejo» afirmación que se sustenta en sentencias del Tribunal Supremo, como la de 14 de junio de 1861 por la que la menor edad no exime de la obligación cuando se prueba que el préstamo se convirtió en utilidad del menor, o la de 26 de enero de 1868, que no admite la doctrina según la cual el hijo de familia, como no es persona «sui iuris», no tiene capacidad legal para otorgar contratos, porque el hijo sólo está incapacitado para contratar en los casos expresamente determinados por el Derecho. Línea doctrinal y jurisprudencial que se plasma en la Codificación. El Proyecto de Código civil de 1851 (también el de 1821, arts. 62 y 382) (14) establece la mayoría de edad a los veinte años cumplidos (art. 276), la emancipación a los dieciocho años (art. 273) por el padre o la madre y la emancipación por matrimonio (art. 272) sin precisar edad. Pero el menor de edad puede contratar, aunque la obligación será nula (anulable) respecto de todos los incapaces, con la ventaja

(12) VALIÑO, «Instituciones de Derecho Privado Romano», Artes Gráficas Soler, Valencia, 1978, págs. 306 y 307.

(13) DE CASTRO, «Derecho Civil de España», citado, págs. 171 y ss.

(14) GARCÍA GOYENA, «Concordancias: Motivos y Comentarios del Código Civil Español», reimpresión de la edición de Madrid, 1952, Zaragoza, 1974, página 523.

consignada en el artículo 1.186, de modo que, sin quedar obligados, lo quedará para con ellos el otro contratante, quizá podría decirse que son contratos claudicantes si se admite esta categoría conceptual, los incapaces pueden hacer mejor su condición no empeorarla. Y así se plasma en el actual CC. La redacción originaria del artículo 320 establecía la mayor edad en veintitrés años —solución intermedia entre los veinticinco años del Derecho romano recogido en las Partidas (13,16,6) y los veinte años del Fuero Juzgo (4,3,3), al establecer la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, Base 1.^a, «el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio» hasta que la Ley de 13 de diciembre de 1943, unificando criterios con el C. de C. (Código de Comercio) y el Derecho comparado, la fijó en veintiún años. El Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, la establece en dieciocho años, que constitucionaliza el artículo 12 de la Constitución vigente, y cristaliza la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modifica el CC. y mantiene la edad citada en el artículo 315. Igualmente, la edad para emancipar ha pasado de los dieciocho años a los dieciséis años, según modificación de artículo 318 CC. por el Decreto-Ley citado de 1978 y los artículos 317, 320 y 321 CC., según la ley última mencionada (15).

(15) En la esfera personal, el artículo 32 CC. establece que la menor edad no es más que una restricción de la personalidad. Propiamente no se trata de restricción de la personalidad, que no es admisible, sino de restricción de la capacidad de obrar. El artículo 154 CC. establece que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, los cuales siempre deben ser oídos antes de adoptar decisiones que les afecten; éstos pueden recurrir al Juez en solicitud de medidas protectoras (art. 158 CC.); no necesitan representantes para actos relativos a derechos de la personalidad (art. 162-1.º CC.); pueden solicitar defensor judicial (art. 163 CC.); tienen derecho a ser oídos en la adopción (art. 173 CC.); reconocimiento legal de que el menor puede ejecutar actos por sí solo (art. 262 CC.); derecho a asistir y ser oído en el consejo de familia (art. 308 CC.); pedir la emancipación (arts. 320, 321 CC.); pedir la nulidad matrimonial (art. 75-2.º CC.); ser oídos en los procedimientos de separación, nulidad o divorcio (art. 92 CC.); reconocimiento de hijos (art. 121 CC.); otorgar testamento (art. 663 CC.); ser testigos (art. 1.246, 701, CC.), etc.

En la esfera patrimonial la prestación del consentimiento por el menor de edad no emancipado (art. 1.263 CC.) o por el emancipado (en contravención del artículo 323 CC.) no produce la nulidad del negocio, sino la anulabilidad (art. 1.301 CC.), son contratos válidos y eficaces, aunque claudicantes, que permiten la confirmación (art. 1.309 CC.) y la utilidad para el menor (art. 1.163 CC.). Como dice DE CASTRO («Derecho Civil de España», citado página 182 a 184), puede adquirir la posesión (art. 443 CC.), los frutos (art. 451 CC.), la propiedad por ocupación (arts. 610 y ss. CC.) el hallazgo (art. 651 y ss. SS.), el tesoro (arts. 351 y 614 CC.) por accesión (arts. 334, 360, 375 CC.), por tradición (art. 609 CC.), por usucapión (arts. 1.940 y ss. CC.), propiedad intelectual (arts. 2, 3, 5 y 6 LPI) y propiedad industrial (art. 2 E.P.I.), donaciones simples (a «contrario sensu» del art. 626 CC.), aceptar una estipulación a su favor como tercero (art. 1.257 CC.), promesa de fianza gratuita (arts. 1.823, 1.824 CC.), de prenda o hipoteca (art. 1.862), interrumpir la prescripción (art. 1.973), denunciar vicios de la cosa comprada (arts. 1.490, 1.496, 1.499), ejercitar revocación de donaciones (arts. 644, 647, 648), poner en mora (art. 1.100), adquirir bienes con su trabajo (art. 1644 CC.), contratar su trabajo (art. séptimo Estatuto del Trabajador).

También en el Derecho español tenemos la Compilación de Derecho Civil de Aragón, en la que el menor de edad, cumplidos los catorce años, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, aunque no esté emancipado y, en su caso, esto es, en supuestos que rompen la generalidad, con asistencia de su padre, madre, tutor o Junta de Parientes, y, cuando viva independiente, tiene la libre administración de sus bienes (art. 5 Compilación). La Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra permite la aceptación por los púberes no emancipados de toda clase de liberalidades por las que no contraigan obligaciones, aunque existan limitaciones o prohibiciones sobre los bienes objeto de liberalidad (ley 50).

En la Compilación de Derecho Civil de Aragón por el matrimonio adquieren los menores mayoría de edad (art. 4 Compilación) y la representación legal cesa al cumplirse 14 años (art. 14 Comp.). La Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra reconoce capacidad para ciertos actos a los menores de edad que fueran púberes, siendo éstos los varones mayores de catorce años y las mujeres mayores de doce (ley 50)). El artículo 63-3.º de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña permite otorgar heredamientos a los que tengan capacidad para contraer matrimonio.

Es acertada, pues, aquella afirmación del artículo 32 CC. al decir que la menor edad no es más que una restricción de la personalidad jurídica (capacidad de obrar). Como también existen restricciones para los mayores de edad, como tener más de treinta años para adoptar (art. 172 CC.), al hacer donaciones contra prohibiciones legales (arts. 635, 636 CC.), testar mancomunadamente (art. 669 CC.), o mediante comisario (art. 670 CC.), la sucesión contractual, en general, en el CC. (art. 1.271 CC.), determinadas prohibiciones de adquirir (art. 1.459 CC.), etc. Incluso establecidas por la jurisprudencia, como ser testigo a edad muy avanzada (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1975).

Podría admitirse la conclusión de que por tradición histórica y por Derecho positivo, el menor de edad goza de capacidad salvo en los casos taxativamente expresos de la ley y que, aun en estos supuestos, las restricciones que se le imponen lo son para su defensa y protección, como lo acredita el que la infracción de las prohibiciones por el menor conducen a situaciones de anulabilidad, no de nulidad absoluta.

C) EL MATRIMONIO

El matrimonio es un estado civil, como expresamente establece el CC. en su artículo 326 y refleja, lógicamente, la manera de estar en la comunidad; forma principal de nacimiento de la familia y derecho irrenunciable del hombre y de la mujer (art. 44 CC.) a contraerlo en un plano de igualdad (art. 66 CC.) con efectos sobre los cónyuges de carácter personal (arts. 67, 68, 70 y 110 CC.) y patrimonial, bien conjuntamente para ambos (en general el llama-

do régimen económico matrimonial primario de los artículos 1.318, 1.319, 1.320 y 1.322 CC. principalmente), o bien aisladamente para uno de ellos (arts. 221, 222, 224 CC.), y sobre los hijos matrimoniales, también de carácter personal (art. 109 CC y 53 y ss. LRC (Ley del Registro Civil), 115 y ss. CC., 154 CC., etc.) como de carácter patrimonial (arts. 154 y ss., derechos sucesorios en general, etc.).

Schulz (16) afirma que el Derecho (romano) clásico del matrimonio es una impresionante creación de la «humanitas» romana y, añade, por serlo, nos parece de una modernidad sorprendente». «La humanitas» romana, proyectada en el matrimonio, subraya que es solamente la libre voluntad del hombre y de la mujer lo que constituye el elemento esencial del matrimonio, de manera que «Nuptias non concubitus sed consensus facit», pero no es un contrato consensual, ya que no crea obligaciones, sino más bien un «status». Lo que la última reforma de CC. ha adoptado de alguna manera (art. 45, 86-1.º, 3.º y sus conexiones con el 82, del CC.).

D) LA MENOR EDAD Y EL MATRIMONIO

La interrelación entre la menor edad y el matrimonio produce efectos jurídicos diferentes a la de cada uno de dichos estados civiles por separado.

1.º El matrimonio del menor de edad produce la emancipación de derecho (art. 316 CC.), lo que habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, excepto tomar dinero a préstamo y gravar o enajenar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor (art. 323 CC. de gran paralelismo con la redacción del artículo 13.2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón), siendo válidos los actos dispositivos enunciados, sin embargo de lo anterior, cuando concurra el consentimiento del menor con el de su cónyuge, si se trata de bienes comunes y éste es mayor de edad (art. 324 CC.).

Lo que ya establecía el artículo 272 del Proyecto de 1851, con los antecedentes que menciona García Goyena (17) del Fuero Juzgo (Ley 13, título 2, libro 4) y la Ley 47 de Toro, que dispuso que el hijo casado y velado (para dar publicidad al matrimonio) fuese habido por emancipado en todas las cosas para siempre. También el texto originario del artículo 315 CC.

La emancipación exige el hecho del matrimonio válido (que produce de derecho la emancipación) y el requisito de la edad no invalida el matrimonio, como después se dirá; emancipación que difícilmente será anulable, aunque se anule el matrimonio por razón de edad, por la figura del matrimonio putativo, la presunción de buena fe (art. 79 CC.) y tratarse de un menor, si se piensa en la existencia de un juez, funcionario o eclesiástico que tiene

(16) SCHULZ, citado, pág. 106, 135.

(17) GARCÍA GOYENA, «Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español», citado, pág. 152.

que autorizar el matrimonio, sin perjuicio de las responsabilidades de estos últimos, y situaciones que pueden producirse como, por ejemplo, las previstas en el artículo 52 CC. Si la nulidad del matrimonio se debe a otras causas, habrá de procederse con gran cautela, siendo posible desde luego la nulidad de la emancipación.

2.º El matrimonio del menor es válido, aunque claudicante, en los supuestos en que no esté emancipado (art. 46-1.º CC.) y no haya obtenido la dispensa judicial del artículo 48 CC. Y ello porque, mientras no sea impugnado de nulidad, tiene vocación a la consolidación como lo acredita el artículo 75 CC. La afirmación del artículo 46 de que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados debe situarse en contexto jurídico paralelo a afirmaciones como las del artículo 1.261-1.º en conexión con el artículo 1.263-1.º, ambos del CC. El análisis de la prestación del consentimiento por el menor, cuando la ley no se lo permite, tiene consecuencias específicas y distintas de otras situaciones jurídicas, básicamente la posibilidad de impugnación del negocio jurídico. Una vez más el artículo 79 CC ha de ser alegado como afirmación de lo anterior.

El artículo 51 del Proyecto de 1851 exigía al hijo de familia que no ha cumplido veintitrés años y a la hija que no ha cumplido veinte, el consentimiento paterno para casarse (propriadamente era un supuesto de licencia paterna). Por otro lado, el artículo 272 del Proyecto no impone a la emancipación por matrimonio otra limitación que la del artículo 60 (necesitar la autorización del padre, la madre o la autoridad judicial para determinados actos que deben constar en escritura pública y comparecer en juicio).

Explica García Goyena (18) cómo el Fuero Juzgo establece el consentimiento del padre, madre, hermanos o tíos (8,1,3) y como la pena que se impone (8,2,3) consiste en la pérdida de la legítima y nada dice de la nulidad. Parece que García Goyena es partidario de la nulidad del matrimonio, pues afirma que nunca debe prescribirse un requisito cuya omisión no surta algún efecto. Sin embargo, por influencia de la Iglesia los matrimonios eran válidos, aunque los hijos faltaban gravemente al casarse sin el consentimiento paterno (habrá de suponerse en el orden moral).

La Base 4.ª de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 establece que las relaciones jurídicas que constituyen el derecho de familia se regirán por «los principios esenciales en que se funda el estado legal presente» y la Base 3.ª hace referencia a las disposiciones de la Iglesia católica admitidas en el Reino por la Ley 13, título 1.º, libro 1.º de la Novísima Recopilación. Sabida es la publicación de los cánones del Concilio de Trento (1545-63) como ley de España en virtud de la Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564. Lo cierto es que el texto originario del CC. (art. 45) establecía la prohibición del matrimonio «al menor de edad que no haya obtenido la licencia...» y el artículo 50 de aquel texto declaraba la validez

(18) GARCÍA GOYENA, citado, pág. 51.

del matrimonio e imponía la sanción, en su apartado primero, de separación de bienes; en el segundo, como ninguno de los cónyuges podía recibir del otro cosa alguna por donación o testamento y, en el tercero, como el cónyuge menor no emancipado no recibirá la administración de sus bienes hasta que no llegue a la mayor edad, artículos que, reformados por la Ley de 24 de abril de 1958, seguían manteniendo la prohibición al «menor de edad no emancipado por anteriores nupcias que no haya obtenido la licencia...», sufriendo algunas modificaciones el artículo 50 que no afectaban a la validez matrimonial (la reforma más importante de aquella podía ser la del artículo 49 CC, sustitución de licencia por autorización de la Audiencia Territorial). Existían, además, otras consecuencias sancionadoras (arts. 1.340, 1.333 CC., hoy reformados por Ley 11/1981 de 13 de mayo), pero la validez del matrimonio se mantenía. De Castro (19) analiza el significado del Protocolo final que formaba parte del Concordato con la Santa Sede de 1953, al decir, «las normas civiles referentes al matrimonio de los hijos, tanto menores como mayores serán puestas en armonía con los cánones 1.034 y 1.035 del Código canónico y se propone una redacción de los artículos 45 al 50 CC., recogidas en gran medida por la Ley de 24 de abril de 1958 (20).

3.º De otro lado, el artículo 157 CC. actual, que regula la patria potestad sobre sus hijos del menor no emancipado, con la asistencia de sus padres, tutor y en su caso de la autoridad judicial no tiene, en principio, aplicación al supuesto del menor casado.

Por el matrimonio y la emancipación consiguiente, parece que los términos de la asistencia no son ya necesarios. Cabría

(19) DE CASTRO, «El matrimonio de los hijos». Con motivo del Concordato con la Santa Sede, ADC, enero-marzo, 1954, pág. 35.

(20) Ha de destacarse la importancia del análisis histórico que realiza el profesor DE CASTRO en este trabajo, cuya conclusión es la de que la falta de licencia no invalidaba el matrimonio. Como contrapunto histórico, la ley de 20 de junio de 1862 (pág. 50), que establece la obligatoriedad del consentimiento paterno en su artículo 1.º, copia del 51 del Proyecto, y no admite recurso alguno contra el disenso en su artículo 14, copia del 53 del Proyecto, reconociendo la autoridad absoluta del padre o del tutor, recibe duras críticas de la doctrina de la época (García Goyena, Cárdenas, Gutiérrez) y aunque se produce su inclusión en el texto originario del artículo 49 CC., está en abierta contradicción con los principios básicos del sistema del Código, que concibe la potestad del padre como un poder tuitivo, no arbitrario, otorgado para el más fácil cumplimiento de «los altos deberes que la naturaleza y la ley imponen respecto a sus hijos», según propias palabras de la Exposición de Motivos a la segunda edición del CC. de 31 de julio de 1889; la validez del matrimonio se mantiene en el texto originario del artículo 50 CC., siguiendo la tradición española y separándose del Proyecto de 1851, que como la ley de 1862, habían seguido a la doctrina francesa disonante con la legislación de la época, códigos napolitano, sardo, holandés y prusiano (GARCÍA GOYENA, citado, pág. 34, comentarios al artículo 53 del Proyecto). La evolución legislativa francesa, posterior al silencio del CC. francés en este aspecto, que García Goyena considera concordante con el artículo 53 del Proyecto, favorecen el matrimonio en caso de disentimiento (leyes de 17 de julio de 1927 y 4 de febrero de 1935).

decir que, en el desarrollo de la patria potestad, cuando el menor hubiera contraído matrimonio no necesita la asistencia de las personas mencionadas, por estar emancipado, ya que la afirmación de que el menor emancipado ostenta libremente la patria potestad sobre sus hijos no se produce de forma expresa en el CC., y sólo en sentido contrario del artículo 157 del mismo. La redacción del artículo 166 CC., sobre todo en su conexión con el 323 CC., fuerza siempre a la autorización del Juez del domicilio con audiencia del Ministerio Fiscal para los supuestos en el mismo contemplados. Surge la duda sobre si el padre menor emancipado, que tiene prohibido tomar dinero a préstamo para la administración de sus propios bienes (art. 323 CC.) puede tomarlo para la administración de los bienes de su hijo, lo que no le prohíbe el artículo 166 CC. y entra dentro de las facultades del artículo 164, primer párrafo, CC. Parece que si el 323 CC. requiere el consentimiento de sus padres o tutor, será necesaria también la asistencia de sus padres o tutor del artículo 157 CC., para el caso que contemplamos. En general, después de las consideraciones expuestas sobre el menor, parece puede afirmarse que el padre menor emancipado por matrimonio solamente tendrá las limitaciones impuestas por el artículo 323 CC., quedando liberado de las asistencias del artículo 157 CC. en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, salvo la excepción mencionada.

4.º Los que no pueden contraer matrimonio por razón de edad necesitan la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal para la validez del reconocimiento de la filiación (art. 121 CC.). Como no tiene sentido, en este punto, hablar de dispensas judiciales del artículo 48 CC., parece que la conclusión ha de ser la de que sólo pueden reconocer libremente hijos no matrimoniales los menores de edad emancipados y los mayores de edad. Aquí el CC. es acertado porque, en todo caso, remite al Juez la decisión última en supuestos de persona que no sea plenamente capaz por razón de edad, la que (la redacción del artículo 121 CC. así lo permite) tiene capacidad, para tramitar el expediente con independencia de la edad. Otra consideración podría hacerse: la naturaleza del acto de reconocimiento, aun cuando no sea plenamente negocial (y ello puede resultar polémico), en todo caso presupone conciencia y voluntariedad.

2. *La nulidad del matrimonio*

A) CONSIDERACIONES GENERALES

Al decir el artículo 73 CC. que el matrimonio es nulo habrá de plantearse qué se ha de entender por tal afirmación. La doctrina (21) ha puesto de relieve las dificultades de la terminología

(21) Prácticamente pueden citarse todos los tratados generales de Derecho Civil. Destacar la obra de don FEDERICO DE CASTRO («El negocio jurídico»,

de este punto, en general en el negocio jurídico y en particular en el Derecho de familia, donde se produce —en el ámbito matrimonial— no sólo la modificación del estado civil, sino la permanencia en el mismo cuyos efectos, sobre todo cuando concurre la

Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, págs. 461 a 531) que explica como la falta de acuerdo de la doctrina resulta, en buena parte, de la carencia de una exacta terminología legal y de la polivalencia semántica de las voces empleadas, con críticas a la distinción usual entre invalidez e ineficacia, censuras a la contraposición de la inexistencia a la nulidad y rechazo de la tradicional clasificación de los contratos en nulos y anulables, existiendo, por el contrario, quienes piensan que debe atenderse la variedad de figuras de ineficacia con nuevos términos, como los de anulabilidad absoluta, nulidad relativa e inoponibilidad, y también autores que proponen la sustitución de los antiguos términos por otros nuevos, como los de anomalías, irregularidades, ineficacia, deformidad, inutilidad e irrelevancia. Magistralmente explica, con referencias al término de inexistencia, como las figuras de los negocios no son abstracciones lógicas o matemáticas, sino que han sido tomadas de la experiencia social; las leyes, al regularlas, destacan los requisitos necesarios para su existencia; no siempre todos, y entre los no citados pueden estar aquellos más evidente para la conciencia social o según la tradición jurídica. Cuando ante una conducta anómala, una corruptela o a consecuencia de una parcial debilidad de la conciencia social, surge la cuestión sobre la eficacia de un pretendido negocio, carente de un requisito por su misma evidencia), se acudirá instintivamente, por su fuerza expresivo no mencionado expresamente por la Ley (aunque implícito, y no nombrado va, a la calificación de inexistencia. Considera posiblemente insuperable la dificultad de ordenar unitariamente los tipos todos de ineficacia, porque se utilizan, para distinguirlos, criterios de diferente naturaleza como la especial condición del supuesto de hecho, tanto en sentido positivo como negativo; el modo o procedimiento de hacer valer la ineficacia: el resultado, bien definitivo o bien salvable; el ámbito de su alcance; la situación existente hasta que se hace la declaración judicial o la convalidación; si es originaria o sobrevinida. ALBALADEJO («Instituciones de Derecho Civil», Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1972, págs. 359 y ss.) entiende, dentro de la inseguridad terminológica que reina en esta materia, aceptables los términos, de inexistencia, nulidad y anulabilidad, bajo el término general de ineficacia, distinguiendo la nulidad y anulabilidad como especies de ineficacia motivada por la invalidez al afirmar «sólo un negocio que existe puede valer o no valer; luego sólo un negocio que existe puede ser nulo, ya que la nulidad es una clase de invalidez». la anulabilidad (impugnabilidad) supone un negocio plenamente eficaz, pero amenazado de destrucción por haberse celebrado con determinados defectos. Díez PICAZO («Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Editorial Tecnos, Madrid, 1970, págs. 283 y ss.), señala que la idea de ineficacia alude a una determinada formulación de un deber ser jurídico y se comporta como una sanción, distinguiendo la inexistencia como modalidad de la ineficacia y la nulidad, anulabilidad y rescisión como regímenes típicos de la ineficacia.

En el Derecho de familia CASTÁN («Derecho Civil Español, Común y Foral», Tomo Quinto, Derecho de Familia, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1976, páginas 852 y ss.), con anterioridad a las reformas de las leyes 11/1981, de 13 de mayo y 30/1981, de 7 de julio, al tratar de la nulidad del matrimonio emplea el término de invalidez como sinónimo de nulidad como género y distingue la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad. La bibliografía que cita es muy extensa. Anteriormente, PÉREZ GONZÁLEZ, ALGUER y CASTÁN («Derecho de Familia», traducción a la obra de Ripp y Wolff, Editorial Bosch, Barcelona, 1941, págs. 161 y ss.), establecen la clasificación de matrimonios inexistentes y de matrimonios anulables, distinguiendo entre anulabilidad subsanable y anulabilidad insubsanable. LACRUZ BERDEJO («Dere-

buena fe, no pueden ser borrados íntegramente por la declaración de nulidad. Los términos de inexistencia, nulidad y anulabilidad parece son admitidos, entendiendo por inexistencia la ausencia de forma matrimonial o las situaciones que se rechazan por la conciencia social, como la identidad del sexo (22), con una significación técnica bien definida, como expresa Lalaguna (23), al decir que la diferencia entre matrimonio inexistente y matrimonio nulo no es entitativa o estructural, sino funcional. Se fragua en torno a la función propia del matrimonio putativo, en cuanto tal función se convierte en regla general del matrimonio nulo, justificándose entonces la noción de inexistencia como calificación adecuada para los supuestos excepcionales de invalidez. La diferencia no se podrá apreciar en el ámbito de la estructura del acto jurídico, sino en el ámbito de eficacia de la relación creada o afectada por el acto. Precisamente a una mera carencia de eficacia (la eficacia propia del matrimonio putativo) se refiere la calificación de existencia. Puig Brutau (24) establece la diferencia entre inexistencia y nulidad en que la primera no necesita declaración judicial, no puede ser convalidada, no puede servir de base a la acusación de bigamia y los hijos no gozarán de los beneficios del matrimonio putativo. Analiza una serie de situaciones que son propias de nulidad y no de inexistencia (ausencia total de consentimiento, matrimonios civiles entre bautizados, matrimonios en caso de bigamia, etc.) bajo un prisma crítico de este prestigioso autor que remite a criterios de Lacruz y Puig Peña. Curiosamente fue citado en la discusión parlamentaria sobre los artículos 73, 74 y 75 CC. (25), en la que se dice: «Ahí está claramente especificada la diferencia entre nulidad e inexistencia», cuando el planteamiento crítico, como decimos, de Puig Brutau, no parece admitir la inexistencia, al menos, con rotundidad. En la inexistencia, al no existir ninguna posibilidad de apariencia como verdadero matrimonio, nadie puede creer en su real existencia, cuya consecuencia más relevante podría ser la de no

cho de Familia», Fascículo primero, Editorial Bosch, Barcelona, 1982, páginas 197 y ss.) afirma que la doctrina de la invalidez del matrimonio ha sido de las más oscuras y difíciles del Derecho de familia, considerando supuestos de inexistencia de matrimonio, matrimonio nulo convalidable y matrimonio nulo no convalidable.

(22) JORDANO BAREA, «El matrimonio putativo como apariencia matrimonial», A.D.C., Tomo XIV, 1961, págs. 343-382, abril-junio.

(23) LALAGUNA, «Estudios de Derecho matrimonial», Ediciones Rialp, Madrid, 1962, pág. 279 y también «La nulidad del matrimonio después de la constitución», R.G.L.J., julio-agosto 1979, pág. 26. La dificultad viene del Derecho francés: «pas de nullité sans texte». Pero no había un texto que decretase la nulidad del «matrimonio» entre personas del mismo sexo. La jurisprudencia dijo que tal «matrimonio» no tenía siquiera la apariencia, era inexistente más que nulo...

(24) PUIG BRUTAU, «Fundamentos de Derecho Civil», Tomo IV, volumen I, Editorial Bosch, Barcelona, 1959, pág. 166.

(25) Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, año 1982, núm. 153, celebrado el 25 de marzo de 1981, pág. 9573.

producir efecto alguno; la nulidad supondría aquellos casos en que existe forma matrimonial, la apariencia de matrimonio es real, se derivan efectos jurídicos para las personas en que concurra la buena fe (art. 79 CC.), pero el matrimonio adolece de uno de sus requisitos esenciales que no permite su convalidación como los supuestos de falta de consentimiento matrimonial (art. 45 CC.) (26), el estar ligados con vínculo matrimonial (art. 46-2.^a CC.), los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción (art. 47-1.^o CC.), los colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado (art. 47-2.^o, en relación con el art. 48 CC.), supuestos comprendidos dentro del artículo 73, apartados 1.^o y 2.^o, CC. y posiblemente, el matrimonio que se contraiga sin la intervención del Juez o funcionario ante quien debe celebrarse (art. 73-3.^o), cuando ambos cónyuges actuaran de mala fe (a sensu contrario art. 53 CC.); finalmente, la anulabilidad supondría la existencia de un matrimonio no válido por falta de algún requisito legal, pero dispensable ulteriormente, convalidándose desde su celebración (art. 48) o porque legalmente se legitima a determinadas personas para poder ejercitar la acción durante un plazo determinado y se deja caducar la acción, como los supuestos de error, coacción o miedo grave (art. 73-4.^a y 5.^o en relación con el art. 76 CC.) o, como en el caso que nos ocupa, del matrimonio del menor no emancipado (art. 46-1.^o en relación con el 75, CC.), convalidándose el matrimonio también con efectos retroactivos, *ex tunc*.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1981 advierte que es «de tener en cuenta, de una parte, que en el ámbito matrimonial rige la autonomía de las reglas sobre nulidad en la materia, con diferencias muy marcadas con las nulidades ordinarias, pues la nulidad aplicada al matrimonio sin ninguna atenuación constituiría la sanción más grave que comportan las reglas instituidas por la ley, originando que desaparecido el vínculo matrimonial no sólo para el futuro, sino también para el pasado, encontrándose los esposos transformados «retroactivamente» en concubinos, los hijos nacidos de la acción nula no tendrían la consideración matrimonial, produciéndose en definitiva turbación en el seno de la familia, resultando castigados inocentes y dando base al quebranto de la institución del matrimonio si el fenómeno se produjese con frecuencia; y de otra parte, que la invalidez tiene lugar cuando no reúne un acto las condiciones requeridas por la ley, con la distinción de los actos inválidos en inexistentes, en nulos de pleno derecho y anulables, con la característica de inexistencia a los que están faltos de un órgano cons-

(26) Ha sido frecuente, antes de la modificación del CC. por la Ley de 7 de julio de 1981, el que los futuros contrayentes depositaran sobre cerrado bajo fe notarial en el que se contenía declaración de que el matrimonio que iban a contraer era contra su voluntad y sin su consentimiento, forzados por circunstancias familiares, sociales, etc. Con ello se pretendía poder declarar la nulidad matrimonial por falta de consentimiento.

titutivo y no responden a su propia definición, de nulidad de pleno derecho a los que dotados de sus elementos constitutivos, chocan con una regla de orden público, y simple anulabilidad los que han sido concluidos bajo el imperio de uno de los vicios del consentimiento, tomados en consideración por la ley».

El estudio histórico del Derecho matrimonial en nuestro país demuestra la importancia que sobre el mismo ha tenido la regulación del Derecho canónico en esta materia, a través de los diversos momentos legislativos y que actualmente sigue manteniendo, sin perjuicio de las posibles incidencias que en el futuro tengan otras confesiones religiosas, al amparo de la actualmente vigente Ley orgánica de libertad religiosa de 5 de julio de 1980. La terminología civil sobre los supuestos de ineficacia matrimonial ha sido influenciada por la canónica, a la cual resultan extrañas distinciones como inexistencia o anulabilidad. Como señalan Pérez González, Alguer y Castán (26 bis) «en la concepción canónica el matrimonio es válido o es inválido, sin ninguna categoría intermedia. La invalidez se aproxima más a la anulabilidad que a la inexistencia, pero tiene características propias. La declaración de nulidad se considera por los canonistas como un remedio extremo para cuando no sea posible la convalidación o la sanación del matrimonio». «Cabe, pues, únicamente separar el matrimonio nulo que puede convertirse en matrimonio válido, a virtud de convalidación o sanación y aquel otro que no puede ser convalidado o sanado..., así como también hay implícita una distinción por razón de las personas que pueden ejercitar la acción de nulidad». En efecto, las acciones en Derecho canónico pueden ejercitarse solamente por ambos cónyuges cuando se trata de impedimentos que no son por su naturaleza públicos (impotencia oculta, raptó, crimen y los defectos de consentimiento por error, fuerza o miedo, condición, etcétera) o pueden ejercitarse por ambos cónyuges y también por el promotor de justicia cuando se trata de impedimentos públicos por su naturaleza (falta de edad, vínculo matrimonial preexistente, disparidad de cultos, orden, voto, consanguinidad, afinidad, etc.), como se desprende, principalmente, del canon 1971 del Codex iuris canonici.

B) EL DERECHO ESPAÑOL

Hechas las anteriores consideraciones parece fundamentada la afirmación de encontrarnos ante un supuesto de anulabilidad matrimonial, al releer el artículo 73 C. c. y decirnos que es nulo el matrimonio cualquiera que sea la forma de su celebración, de los menores de edad no emancipados, salvo que el Juez de Primera Instancia lo haya autorizado siempre que el menor sea mayor de catorce años, y ser ese matrimonio convalidable si no se ejercita

(26 bis) PÉREZ GONZÁLEZ, ALGUER y CASTÁN, citado, pág. 159.

la acción de nulidad por los padres del menor, en su defecto sus tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal; o bien, por el propio menor una vez alcanzada la mayoría de edad, haber vivido juntos los cónyuges y transcurrido un año desde aquélla (art. 75 C. c.).

Los requisitos para tal convalidación podrían ser establecidos de la siguiente forma: 1.º Que ambos cónyuges alcancen la mayoría de edad, cómputo que deberá hacerse con arreglo a los artículos 315 y 5 C. c. Cabría preguntarse si los mismos efectos se producirían si en lugar de alcanzar la mayoría de edad lo que se obtuviera fuera la emancipación. Afirma Lacruz Berdejo (27) que el precepto podrá aplicarse también por analogía. Ello no obstante, el matrimonio produce de derecho la emancipación (art. 316) por lo que la acreditación de la existencia del matrimonio supone la emancipación de los cónyuges, y en la figura de la emancipación por matrimonio no se exige ningún requisito de edad; cierto que se trata de un matrimonio anulable pero, cierto también, que se trata de un matrimonio que si no se impugna, el tiempo, «*ipso facto*», con la convivencia de los cónyuges, va a convalidarlo y con efectos «*ex tunc*». Eso ocurre, en general, en tema de contratos, pero si convenimos que el matrimonio es algo más que un contrato y que afecta al llamado «orden público», no parece puede admitirse la emancipación por matrimonio, sino que la mayoría de edad se presenta como requisito insalvable y encontramos realmente ante un puro sofisma. Posiblemente la extensión analógica a la emancipación de la mayoría de edad podría referirse a la emancipación de los artículos 317, 320 y 321 C. c., lo que les permitiría contraer matrimonio sin necesidad de licencia de clase alguna (art. 46 C. c.) no teniendo aplicación el artículo 75 C. c., y acortándose en dos años el plazo durante el cual es posible el ejercicio de la acción de nulidad, siendo éste quizá el único efecto positivo de tales clases de emancipación a efectos matrimoniales. 2.º Haber vivido juntos un año después de alcanzada la mayoría de edad por uno de ellos. Parece aplicable a la convivencia la presunción del artículo 69 C. c., así como los supuestos del segundo párrafo del artículo 87 C. c. y ello por aplicación del principio «favor matrimoni» que aunque el C. c. no establece expresamente, como lo hace el *Codex iuris canonici* en su canon 1014, está presente en artículos como los 48, 50, 53, 59, 63, 75, 76, 78 y otros de dicho cuerpo legal. 3.º Que no se ejercite la acción de nulidad, mientras el contrayente es menor, por cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal (artículo 75, párrafo primero C. c.) o por el propio contrayente menor durante el año siguiente a la mayoría.

En el caso de los padres el C. c. no exige que detenten la patria potestad, lo cual parece lógico si se considera la filosofía que informa el estado civil de la menor edad, esto es, la protec-

(27) LACRUZ BERDEJO, citado, pág. 207.

ción y defensa del menor y tratarse del ejercicio de una acción judicial que remite al Juez la decisión.

Respecto de los tutores no parece necesaria la previa autorización del Consejo de Familia, por no estar incluido el ejercicio de la acción de nulidad en el contexto del artículo 269 C. c., pero sí, posiblemente, para mantener recursos de apelación en el caso de no decretarse la nulidad instada por ellos, o por el contrario, que el menor hubiera sido condenado, esto es, declarada la nulidad del matrimonio, supuesto posible ante una acción interpuesta por el Ministerio Fiscal.

La expresión «guardadores» en el primer párrafo del artículo 75 C. c. parece se utilice como equiparable a la de padres o tutores cuando los padres o tutores son los guardadores de los hijos. Las instituciones «patria potestad» y «tutela» tienen la finalidad de la guarda de los menores. En un sentido restringido quizás podría entenderse como guardadores a los jefes de las casas de expósitos, pero el artículo 212 C. c. afirma que son los tutores de los recogidos, educados en ellas, y en el mismo sentido el artículo 303 C. c. Quizás la expresión del artículo 90, apartado A), «determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos», o el proveedor «de otro modo» que señala el artículo 159 C. c., o «las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad» del artículo 128 C. c. supongan la figura del guardador no regulada jurídicamente en el C. c. por lo que, incluso admitiendo estos casos, parece exagerada la legitimación que les concede el artículo 75 C. c. teniendo en cuenta, además, la posibilidad de que actúe el Ministerio Fiscal.

Al llegar el que era menor a la mayoría de edad, sólo puede ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla (art. 75, párrafo segundo, C. c.). La interpretación del C. c. en este supuesto (que se desprende de la literalidad del texto legal, aun cuando no parece ser la más acertada ni congruente con el sistema) supone a ambos cónyuges menores de edad, alcanzando uno de ellos la mayoría y no pudiendo éste reclamar la nulidad sino solamente el que sigue siendo menor, y ello antes de transcurrir un año de alcanzada aquella mayoría, si durante este tiempo hubieren vivido juntos. Lo que supone que si ambos cónyuges alcanzan la mayoría de edad con una diferencia de tiempo inferior a un año, este plazo legal queda reducido a sólo la diferencia de edades, con la conclusión de que alcanzada la mayoría de edad por los dos cónyuges no se puede ejercitar acción de nulidad.

Otra interpretación podría ser la de que el menor que alcanza la mayoría de edad puede, durante el plazo de un año, ejercitar la acción de nulidad. Lo que se encuentra en el Derecho comparado, como el artículo 183 del Code civil francés y artículo 117 del Codice civile italiano. Pero la redacción del C. c. no parece permitir esta interpretación cuando dice: «Al llegar a la mayoría de edad sólo

podrá ejercitar la acción el contrayente menor...» (podría haber dicho para esta interpretación «el propio contrayente»). Sin embargo resulta, al menos en apariencia, excesivamente tajante el C. c., cuando al menor que alcanza la mayoría se le deja en otros supuestos (art. 1.301 C. c.) un plazo determinado para impugnar decisiones adoptadas durante su minoría de edad. Ello no obstante se podría mantener el que parece criterio del C. c. en base a las siguientes consideraciones: a) el consentimiento matrimonial lo presta el menor personalmente y no otra persona en su representación legal; b) ese consentimiento se presta con un grado de discernimiento que es apreciado por una autoridad civil o religiosa (forma de celebración del matrimonio); c) no se trata de derechos patrimoniales, sino de situaciones personales en lo que esté involucrado normalmente otro menor de edad (28); d) está prevista legalmente la intervención del Ministerio Fiscal por lo que si el ahora mayor de edad, cuando era menor entendió existir graves perjuicios para su persona pudo impetrar el auxilio de aquel órgano judicial o actuar éste de «motu proprio»; e) de los dieciséis a los dieciocho años, probablemente los más frecuentes en estas situaciones, el grado de discernimiento a estos efectos debe reputarse suficiente como lo demuestra el propio C. c. que permite contraer matrimonio cuando se está emancipado; f) el C. c. concede capacidad al contrayente menor para ejercitar la acción de nulidad (art. 75, segundo párrafo, C. c.), puesto que si tuviera que actuar «cualquiera de sus padres, tutores o guardadores» estaríamos en el supuesto del primer párrafo del artículo 75 C. c. (29). Téngase presente que el matrimonio produce de derecho la emancipación y, por tanto, el artículo 75, párrafo primero C. c. es una limitación del artículo 323, segundo párrafo C. c., limitación que desaparece en el caso del párrafo segundo del artículo 75 C. c. Podría suceder que el otro contrayente ya fuera mayor de edad o emancipado al celebrar el matrimonio, en cuyo caso la emancipación del menor se regularía por las normas generales, especialmente por el artículo 324 C. c. De alguna manera, debe pensarse que el C. c. confiere la tutela de los mayores que no pueden gobernarse por sí mismos al cónyuge (art. 220 C. c.) y, aunque el su-

(28) «Los padres carecen de poder sobre el matrimonio de sus hijos, porque así lo dispone el Derecho natural, El menor, aun el que está bajo patria potestad, es «sui iuris» en lo que respecta a la elección de su estado (SÁNCHEZ, «Disputationem de Sancto matrimonii Sacramento, 3, ed. 1602, número 6, pág. 797, citado por DE CASTRO, «El matrimonio de los hijos», citado, pág. 43).

(29) Confirma lo dicho como en la enmienda a la totalidad del Proyecto de Ley presentada por el Senador D. Carlos Pinilla Turiño (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, I Legislatura, Serie II, núm. 161 CC.), de 14 de mayo de 1981, Enmienda núm. 1) se dijera en el último inciso del propuesto artículo 73 del CC. «Al llegar a la mayoría de edad solamente podrá ejercitar la acción el propio contrayente, salvo que los cónyuges hubieran vivido juntos durante seis meses después de alcanzada aquélla». Se rechaza en el Informe de la Ponencia («Boletín» 161 (d), de 8 de junio de 1981, pág. 102).

puesto legal no es identificable, sí que puede deducirse el principio de los preceptos enunciados de que la protección del cónyuge menor de edad corresponde al otro cónyuge cuando éste sea mayor y no esté separado legalmente o de hecho. Si el artículo 227 C. c. se separa de esta línea se debe a que en la prodigalidad existe una contradicción entre los intereses de los cónyuges (art. 222 C. c.). En el supuesto que contemplamos la acción no puede ser ejercitada por los padres, tutores o guardadores, y el Ministerio Fiscal. La protección del menor se desplaza al otro cónyuge y se le mantiene al menor en el ejercicio de la acción en los propios términos del artículo 75, párrafo segundo, C. c. Todo ello pudiera parecer desproporcionado, pero no se evita al menor la posibilidad de defensa, incluso al llegar a la mayoría de edad, dentro de la filosofía del sistema actual, por la amplitud de causas de separación y divorcio existentes (arts. 81, 82, 86 C. c.). Queda por considerar el caso de que no habiéndose impugnado el matrimonio por nulidad, no dándose ninguna de las causas de separación y de divorcio (supuesto de comportamiento ideal del otro cónyuge), el menor quisiera impugnar su matrimonio por arrepentirse del mismo debido a su edad y a su falta de conocimiento cabal de lo que supone la situación matrimonial. Posiblemente el tema habría de reconducirse por la falta de consentimiento matrimonial, lo que supondría nulidad absoluta del matrimonio (30). Sin embargo, el caso es más teórico que práctico, pues no debe olvidarse la intervención de juez, funcionario o eclesiástico que dan fe de su consentimiento y de la existencia de un año para poder impugnarlo, plazo durante el cual puede percatarse de lo que supone aquella situación matrimonial. Si a pesar de ello mantiene su arrepentimiento, el caso es similar al de tantas otras personas mayores de edad.

Cabría plantearse la posibilidad del ejercicio de la acción de nulidad por el cónyuge mayor de edad por ser el otro cónyuge menor de edad. En principio esta acción no es posible por no estar prevista legalmente. Sin embargo Cossío (31) analiza el llamado por la doctrina «dolo de los incapaces» cuando el menor, en nuestro caso con maniobras dolosas, ha determinado a la otra parte a celebrar el matrimonio a sabiendas de la nulidad del contrato que celebraba y con el decidido propósito de beneficiarse de esa nulidad con quebranto de la otra parte contratante, llegando a la conclusión de «que ninguna razón impide que se reconozca en tales supuestos una acción de impugnación a la parte capacitada, por razón del dolo que ha viciado su voluntad».

(30) Cossío, «El dolo en el Derecho Civil», Editorial Rev. Privado, Madrid, 1955, pág. 378, afirma que en un contrato otorgado por un infante no puede hablarse de una voluntad viciada, por la sencilla razón de que falta toda voluntad, no existe el consentimiento, y por lo tanto, el contrato al que le falta este especial requisito, es una mera apariencia de contrato, careciendo de existencia.

(31) Cossío, «El dolo en el Derecho civil», citado, págs. 373 y ss.

El ejercicio de la acción de nulidad en el caso de mayores de catorce años queda marcado por la dispensa ulterior del Juez de Primera Instancia (art. 48, último párrafo, C. c.). El procedimiento de nulidad deberá tramitarse de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1981 de 7 de junio que expresamente contempla la nulidad de matrimonio por causa de edad. La demanda debe interponerse entre las partes interesadas, esto es, los cónyuges, actuando las personas a que nos hemos referido anteriormente. Sin embargo puede plantearse el supuesto de que cualquiera de los padres, el tutor o guardador, actúen solicitando nulidad contra la voluntad del propio hijo o pupilo lo que, podría parecer, no reviste mayor importancia dado que, concedida la nulidad, al alcanzar la mayoría de edad puede contraer nuevamente matrimonio. Ello no obstante la limitación que supone a los artículos 316 y 323, segundo párrafo, C. c., obliga a plantearse, en tal caso, si el menor puede actuar de alguna manera, lo que no parece posible cuando la legitimación procesal corresponde a padres, tutores o guardadores. Siempre cabe el recurso al Ministerio Fiscal, y si es éste el que actúa, no habiendo padres, tutores o guardadores, había que montar la tutela (art. 231 y concordantes C. c.) o nombrarle judicialmente un defensor al menor por analogía en lo dispuesto en el último párrafo del artículo 215 C. c., solución esta última que parece más ágil. En todo caso parece aceptable la afirmación de que el menor deberá ser oído, ya que aun cuando el C. c. no lo diga expresamente ello, se deduce de la aplicación analógica del artículo 48, segundo párrafo, C. c., que lo exige para un expediente de dispensa de edad, tanto más en el contencioso sobre nulidad matrimonial, en el que siempre podrá ser parte el Ministerio Fiscal (Disposición Adicional Octava ley 30/1981 de 7 de julio) (32).

(32) En la redacción del artículo 48 del Proyecto de Ley, en el informe de la ponencia y en las enmiendas («Boletín Oficial de las Cortes Españolas», I Legislatura, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 123-I, de 6 de diciembre de 1980 y núm. 123-II, de 15 de enero de 1981, respectivamente) el último inciso del párrafo segundo estaba redactado de la siguiente forma: «En los expedientes de dispensa de edad *podrán* ser oídos el menor y sus padres o guardadores». Sin embargo, fue modificado y en la aprobación definitiva por el Congreso («Boletín» citado, núm. 123-IV, de 6 de julio de 1981) se le da la redacción definitiva cambiando la palabra *podrán* por la palabra *deberán*. Viene de las enmiendas presentadas en el Senado («Boletín O. C. G.», Senado, I Legislatura, serie II, de 14 de mayo de 1981, número 161 (c). Enmienda número 1 de D. Carlos Pinilla Turiño al artículo 48; Enmienda número 67 de D. José María Pardo Montero, donde se dice «la audiencia de las partes se revela como básica y de absoluta necesidad y coherencia»; Enmienda número 73 de D. Fernando Arenas del Buey, donde se dice: «Consideramos esencial en este caso el que sean oídos los menores y sus padres o guardadores para la concesión de la dispensa de edad y no dejar al arbitrio judicial, por lo que debe cambiarse el término facultativo «*podrá*» por el imperativo «*deberá*». En el informe de la ponencia se aceptan las enmiendas núms. 67 y 73 («Boletín» 161 (d), de 8 de junio de 1981, página 104) y aprobada por el Pleno del Senado («B.O.C.G.», núm. 161 (f), de 22 de junio de 1981, pág. 155).

C) LA APLICACIÓN DEL DERECHO CANÓNICO

El matrimonio de los menores de edad plantea problemas derivados de la actual regulación de las relaciones entre el Estado Español y la Iglesia Católica. Los artículos 46, 48 y 73 C. c. declaran la nulidad del matrimonio de los menores no emancipados, salvo dispensa judicial a partir de los catorce años para ambos sexos. Por su parte, el Codex iuris canonici establece (canon 1067) la edad mínima de catorce años para la mujer y dieciséis años para el hombre. Al establecer el artículo 60 C. c. que el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico produce efectos civiles cabe preguntarse qué sucederá si se contrae matrimonio canónico por una mujer menor de edad, pero mayor de catorce años, con un hombre menor de edad, pero mayor de dieciséis años, sin estar civilmente emancipados. Indudablemente el matrimonio es válido con arreglo a la normativa sustantiva canónica y es nulo con arreglo a la normativa sustantiva civil, por lo que el juez denegará la inscripción en el Registro Civil ante la certificación canónica de celebración del matrimonio (art. 63 C. c.). No obstante como el matrimonio canónico produce efectos civiles (art. 60 C. c.) y la inscripción registral se requiere para el pleno reconocimiento de los mismos (art. 61 C. c.) se puede seguir manteniendo la pregunta de si existe matrimonio civil entre los contrayentes en forma canónica.

Un segundo caso que puede plantearse sería el matrimonio canónico contraído por varón que tuviera catorce años, decretándose después la nulidad canónica del mismo por no haber alcanzado aún el esposo los dieciséis años, preguntándose si la resolución dictada por el Tribunal eclesiástico tendrá eficacia en el orden civil (art. 80 C. c.) o por el contrario se mantendría civilmente la validez del matrimonio por ajustarse a la normativa sustantiva civil aun cuando no lo fuera a la normativa sustantiva canónica (supuesto de haber obtenido dispensa de edad de Juez de Primera Instancia).

Es evidente que estas cuestiones, y otras más que podrían plantearse, constituyen casos particulares de un problema más amplio como es el de los efectos civiles del matrimonio canónico o los efectos civiles de las nulidades canónicas. Quizás el tema puede establecerse en términos de determinar si el ordenamiento jurídico español incorpora normas sustantivas de Derecho canónico matrimonial aun cuando éstas estuvieran en contradicción con aquéllas. En otras palabras: Se trata de saber si existe una sola clase de matrimonio, una sola regulación jurídica del mismo que será lógicamente la civil, aun cuando sea posible su celebración en forma religiosa, o por el contrario existen varias clases de matrimonio cuya regulación jurídica puede variar según la confesión religiosa y los acuerdos alcanzados por el Estado español con la misma (art. 59 C. c.). La contestación en el segundo caso podría

encontrarse en la redacción del artículo 80 C. c. al afirmar que las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos han de ser declaradas ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el juez civilmente competente en las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil), y a la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1981 de 7 de julio, según la cual, si no hay oposición, el juez debe apreciar si la resolución canónica es ajustada al derecho del Estado y, si hay oposición se iniciará el procedimiento correspondiente. Pero estas normas civiles se refieren a la validez de resoluciones de Tribunales eclesiásticos, no existiendo norma paralela para el primer supuesto planteado relativo a los efectos civiles del matrimonio canónico (obviamente aquí no hay resolución del Tribunal eclesiástico).

La interpretación de esta materia requiere un análisis más detenido de los acuerdos actualmente existentes con la Iglesia Católica, única confesión religiosa que hasta el momento ha pactado con el Estado español una regulación jurídica del matrimonio (33). Sin embargo ello desbordaría el contenido del presente estudio, para el cual parecen suficientes las precisiones que a continuación se formulan.

Con carácter previo es necesaria una referencia al artículo 14 CE (Constitución Española) en su conexión con el artículo 53 CE y la reserva que en el mismo se contiene. No podrá existir discriminación alguna entre los españoles por razón de religión y por ley se regulará el ejercicio de tal derecho que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial. Montes (34) considera que el contenido esencial no puede entenderse como un límite genérico o categorial, sino como un límite específico, que comprende cada uno de los casos o manifestaciones concretas. La S.T.C. (Sentencia del Tribunal Constitucional) de 8 de abril de 1981 (35), establece en su Fundamento jurídico núm. 8, que «constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibili-

(33) Sin duda, por la tradición española y por la gran preocupación de la misma por esta materia. Pero el intérprete, aparte sus convicciones y creencias, y le guste o no los resultados que obtenga, debe proceder con la máxima objetividad de acuerdo con los textos positivos objeto de interpretación. Podrían repetirse las consideraciones de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1928, al decir que el poder judicial, cualesquiera que sean sus opiniones, tiene que ajustarse en sus fallos a las disposiciones legislativas no interpretándolas más que en caso de duda o de oscuridad y dejando la responsabilidad del acierto al citado Poder, que da la pauta que forzosamente han de acatar los Tribunales de Justicia en el ejercicio de sus funciones, insistiendo al final del 4.º considerando en el sentido de que los Tribunales no tienen facultad de interpretación en este sentido, sino de aplicación debida, dejando a las clases sociales que aplaudan o impugnen lo legislado.

(34) MONTES, «La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo», Editorial Civitas, Madrid, 1980, pág. 169.

(35) Recurso de inconstitucionalidad núm. 192/1980 (suplemento al «BOE» número 99, de 25 de abril de 1981), en la que es ponente Díaz Picazo.

dades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales» y también «se puede hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos», conceptos que «no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios..., pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse».

La pregunta a contestar, sentadas las anteriores premisas, es si un tratado internacional puede modificar el contenido constitucional y conceder derecho y deberes distintos a los españoles según sea su confesión religiosa. La Constitución española se declara aconfesional al afirmar su artículo 16-3 que ninguna confesión tendrá carácter estatal.

Como es sabido, el Concordato con la Santa Sede de 27 de agosto de 1953 ha sido prácticamente sustituido por una serie de acuerdos, cuatro, de fecha 3 de enero de 1979, uno de los cuales, denominado Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, se ocupa de la regulación del matrimonio. Fue autorizada la ratificación de dichos acuerdos por el Congreso de Diputados en 13 de septiembre y por el Senado el 30 de octubre, ambos del mismo año 1979, produciéndose el canje de instrumentos de ratificación el siguiente 4 de diciembre, publicándose en el «Boletín Oficial del Estado» del día 15 de diciembre de 1979 los citados acuerdos. Siguiendo la tesis jurídica del profesor Gitrama (36) se acepta la doctrina de la recepción de los tratados mediante la publicación en el periódico oficial del Estado signatario. Dichos acuerdos se han convertido, así pues, en norma interna con rango de ley, pero en ningún caso pueden modificar la Constitución. Pueden interpretarse pero nunca integrar la Constitución. Es la tesis del TC.

El artículo 96 CE establece que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Según el artículo 1.5 C. c. las normas jurídicas contenidas en el acuerdo sobre Asuntos Jurídicos (tratados internacionales) (37), son de aplica-

(36) GITRAMA, «El Concordato como fuente en el Derecho civil», Separata de la R. Gral. de Derecho, núms. 400, 401 y 402, Valencia, 1978, pág. 20. El trabajo estudia en profundidad el tema del Tratado internacional como fuente del Derecho en general y del Concordato de 1953 con la Santa Sede en particular.

(37) En la Convención de Viena de 1969 sobre Tratados Internacionales se define el tratado como un acuerdo internacional celebrado por escrito

ción directa en España, formando parte del ordenamiento interno, mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado» (38).

entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación particular, OSCAR ALZAGA («Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978», Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág. 593) dice que por lo general, el término «tratado» se reserva para los compromisos más solemnes que contraen los Estados; sin embargo, no existe una terminología unívoca a nivel internacional y, en ocasiones, se emplean términos sinónimos tales como acuerdo, declaración y convenio, al que también se refiere la Constitución. Puede verse también el Decreto de 24 de mayo de 1972 de Ordenación Administrativa en materia de Tratados, aunque, como señala el profesor Gitrama (citado, pág. 11), nada dice sobre su eficacia en el Derecho interno.

(38) En general, GITRAMA (citado, págs. 7 a 20, al que seguimos en este punto), SERRANO ALBERCA («Comentarios a la Constitución», Fernando Garrido Falla y otros, Editorial Civitas, Madrid, 1980, págs. 966 y ss.), comentando el artículo 96 CE, afirma que su primer apartado constituye el núcleo central de las relaciones entre el derecho internacional convencional y el derecho interno, planteándose dos cuestiones: 1.º Cómo se interna el tratado en el ordenamiento jurídico interno, y 2.º Qué valor tiene el tratado, una vez integrado como fuente del derecho. Ambas cuestiones han sido objeto de estudio por los partidarios de las teorías monistas y dualistas. DÍEZ DE VELASCO («Instituciones de Derecho Internacional»), explica la polémica entre monismo y dualismo, que comienza con la publicación de la obra de TRIEPEL en 1899, titulada «Vokesrecht und Landesrecht». Para los primeros (KELSEN) existe unidad entre el derecho internacional y el derecho interno, por tanto, el primero forma parte integrante del segundo de manera automática y el tratado tiene valor superior a las leyes; mientras para los dualistas las normas de derecho internacional han de ser previamente transformadas al derecho interno con un rango jerárquico igual al de la norma que las transforma. FEDERICO DE CASTRO («Fuentes del Derecho e interpretación jurídica». Observaciones alrededor de un libro, A.D.C., 1956) considera al tratado fuente indirecta del derecho interno porque precisa una norma de transformación del derecho internacional en el interno.

GONZÁLEZ CAMPOS («Comentarios a las reformas del CC., Madrid, 1977), entiende la publicación como condición esencial para la integración en el orden interno. RODRÍGUEZ ZAPATA («La Constitución», «Tratados internacionales y sistemas de fuentes del Derecho», Publicaciones del Real Colegio de España, 1976), entiende, por el contrario, que los tratados son normas del ordenamiento interno sometidas a condición suspensiva hasta el momento de su publicación en el «B.O.E.» GARRIDO FALLA (Tratado de Derecho Administrativo», Tomo I, Madrid, 1970, pág. 315), considera que el tratado es fuente indirecta mientras no ha sido publicado, y la publicación es la forma que adopta la recepción especial para su transformación en derecho interno.

Sin embargo, la integración del tratado es problema distinto de la aplicación directa o no del mismo. La aplicación directa se concreta en saber si éste puede crear directamente derechos y obligaciones y si el Juez puede decidir en orden a tales derechos y obligaciones sin necesidad de medida legislativa o administrativa para la ejecución de las normas en el orden interno. El procedimiento de integración de los tratados en el orden interno es una técnica de ejecución, mientras que el problema de su aplicabilidad directa a los individuos afecta a la naturaleza misma del tratado. Sin embargo, si se adopta el sistema de recepción especial de un tratado mediante la transformación de éste por un acto de derecho interno, la aplicación directa o no del tratado no se plantea y concuerda con los postulados de la teoría dualista que considera que el Derecho internacional no es nunca directamente aplica-

Peña y Bernardo de Quirós (39) afirma que las exigencias constitucionales no sólo no determinan que haya de admitirse el sistema de matrimonio civil facultativo de tipo latino, sino que lo

ble. Afirma SERRANO ALBERCA que el artículo 96 es técnicamente más perfecto y más ajustado a la realidad que el artículo 1.5 CC. No lo entendemos así. El artículo 96 CE habla de «publicados oficialmente en España», «mientras el artículo 1.5 CC. establece la publicación en el «BOE», donde puede verse, precisamente, una mucho mayor precisión, y no es válido el razonamiento de que el artículo 96 CE está pensando en el Boletín de la Comunidad Económica Europea, porque es absurdo legislar como texto positivo sobre algo que no tiene actualidad, olvidándose de la actualidad. El mismo artículo constitucional nada precisa de la aplicación directa de los tratados, lo que contrariamente precisa el artículo 1.5 CC. y su conexión con el artículo 2.1 CC., que señala GITRAMA (citado, pág. 20) al emplear el primer precepto la expresión «publicación íntegra» con el adjetivo «completo» del segundo. No hay por qué contraponer el artículo 96 CE al 1.5 CC. La norma constitucional formula una declaración que es desarrollada en el cuerpo legal correspondiente, en este caso, el CC. La aplicación directa de la Constitución tiene su ámbito primordial en el campo de los derechos fundamentales, lo que no resta valor al sentido del CC. como constitución material que precisa la aplicación de la norma programática. Como dice OSCAR ALZAGA («Comentario sistemático a la Constitución española de 1978», citado, pág. 600), sería excesiva una interpretación literalista del artículo 96.1 CE que condujese a sostener que los tratados internacionales forman parte de nuestro ordenamiento jurídico desde la misma fecha de su publicación, pues, por los mismos términos complejos del tratado internacional, cabe que se prevea una entrada en vigor diferida. Y finalmente, la pretendida supremacía del tratado sobre la ley ordinaria no es admisible en absoluto (en este sentido el Anteproyecto constitucional) y la diferencia entre la derogación de una ley ordinaria y la de un tratado obedece a su distinta competencia, no a su jerarquía como acertadamente afirma RODRÍGUEZ ZAPATA Y PÉREZ («Derecho internacional y sistema de fuentes del Derecho: La Constitución española», Editorial Civitas, Madrid, 1980, obra dirigida por Eduardo García de Enterría y Predierei, pág. 606). Si las normas contenidas en los tratados no pueden ser derogados por las leyes como afirma Serrano Alberca, tampoco los tratados pueden derogar las leyes (art. 2.2 CC.).

Lo anterior conduce a la siguiente conclusión. Las leyes han de ser interpretadas dentro del marco de la Constitución, la que expresa no habrá discriminación entre los españoles por razón de religión. Consiguientemente el Acuerdo con la Santa Sede convertido en norma jurídica interna habrá de ser interpretado dentro del marco constitucional, sin que su aplicación suponga discriminación entre los españoles por razón de religión. Con todo, podría existir la posibilidad de la modificación de la Constitución por el Acuerdo con la Santa Sede, posibilidad prevista en la propia Constitución, que llevaría como consecuencia el cambio en el criterio a seguir en la interpretación del mismo. Estamos, así, ante un supuesto concreto del problema relativo a si un tratado internacional puede modificar la Constitución.

Los artículos 93 a 96 CE regulan los tratados internacionales. De su lectura podrían deducirse tres distintas clases de tratados.

1.º Tratados por los que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la constitución (art. 93, CE). Se ha dicho que este precepto está redactado con la mirada puesta en la integración de España en las Comunidades europeas (SERRANO ALBERCA, citado, pág. 947; OSCAR ALZAGA, citado pág. 589). Exige una ley orgánica que autorice la celebración del tratado.

2.º Tratados que requieren previa autorización de las Cortes Generales. Son las relativas a materias de carácter político; de carácter militar; que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes funda-

impiden, y no cabe constitucionalmente un sistema en que el matrimonio pueda, cuando se opta por la forma religiosa, estar sometido a efectos civiles a la legislación y jurisdicción eclesiásticas. Distingue entre obstáculos constitucionales a la eficacia civil de la competencia legislativa de la Iglesia en materia de matrimonio, pues se violarían preceptos como el 32.2 y 14 de la Constitución, y obstáculos constitucionales a la eficacia de la jurisdicción de la Iglesia en materia de matrimonio por la posible violación de los artículos 117.3 y 5; 24, 1 de la Constitución.

La redacción del acuerdo, especialmente los artículos VI y VII (40), se explican por Fosar Benlloch (41) con la redacción ac-

mentales establecidos en el Título I; que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública y aquellos que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución (art. 94, apartado 2, CE).

Parece que el Acuerdo con la Santa Sede deba encontrarse en el segundo de los grupos mencionados. No es el primero, pues no existe ley orgánica al respecto, y tampoco en el tercero, por cuanto, como se ha dicho anteriormente, precedió la autorización del Congreso y del Senado para su ratificación.

La razón de la inclusión en el segundo grupo viene, básicamente, de la necesidad de la modificación del CC. en materia matrimonial y de la exigencia de medidas legislativas para su ejecución. Las leyes 76/1980, de 26 de diciembre (procedimiento a seguir en las causas de separación matrimonial, ya derogada) y la Ley 30/1981, de 7 de julio, que ha dado nueva redacción al Título IV, Libro I, del CC. son prueba de ello.

Podría pensarse que la inclusión en este segundo grupo viene dada por un tratado que afecta a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la Constitución, concretamente al artículo 14, en el punto de discriminación por razón de religión. Ello supondría que los españoles católicos podrían tener un régimen jurídico matrimonial diferente al aplicarse el derecho canónico. El tema plantea muchas dificultades, pues aunque parece que no deba ser así, existe, a nuestro entender, un extremo irreductible cual es el de las decisiones pontificias sobre el matrimonio rato y no consumado.

Decimos que parece no deba ser así por cuanto, como explica SERRANO ALBERCA (citado, pág. 958), la declaración sobre la forma en que un tratado pueda afectar a los derechos y deberes reconocidos en el Título I de la Constitución, debe ser puntualizada en el sentido de que tal afectación sólo puede implicar regulación o desarrollo del contenido esencial de los derechos reconocidos en la Constitución, pero, en ningún caso, modificación de aquél, pues, entonces, se exigiría el procedimiento establecido en el artículo 95 de la misma —la previa revisión constitucional— que, evidentemente,, no se ha producido en el Acuerdo con la Santa Sede.

(39) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, «El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede, Anuario de Derecho Civil, Tomo XXXIII, fascículo III, julio-septiembre 1980, págs. 576 a 579.

(40))Art. VI. El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico.

Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesariamente la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio.

2) Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico, podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán

tual del C. c. y con los textos derogados tanto del Concordato con la Santa Sede de 1953 como del C. c. (arts. 76 y 80 C. c. principalmente).

Resumiendo: Del texto del artículo VI.1 del Acuerdo con la Santa Sede y del artículo 60 del C. c. resulta que el matrimonio canónico produce efectos civiles cuando de la legislación derogada, artículo XXIII del Concordato de 1953 y artículo 76 C. c. derogado, el matrimonio producía plenos efectos civiles. Por su parte, el artículo VI.2 del Acuerdo y el artículo 80 C. c. establecen 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 si se declaran ajustados al Derecho del Estado, en resolución dictada por el juez civil competente, mientras que el artículo XXIV del Concordato de 1953 y los artículos 80 y 82 C. c. derogados declaraban la exclusiva competencia eclesiástica sobre las causas de nulidad, separación de matrimonios canónicos, dispensa del matrimonio rato y no consumado y sobre uso y aplicación del Privilegio Paulino. La interpretación actual de cualquier norma jurídica —y en particular la del C. c. cuya modificación en esta materia ha sido motivada por la Constitución de 1978 y al Acuerdo con la Santa Sede de 1979— ha de realizarse bajo la óptica constitucional, como afirma García de Enterría (42) y Fosar Benlloch (43) entre otros, y se establece en la doctrina de la sentencia del T.C. de 2 de febrero de 1981, al advertir la necesidad de apurar la posibilidad de interpretación de los preceptos impugnados conforme a la Constitución y declarar sólo la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente derogación, de aquellas cuya incompatibilidad con la misma resulte indudable, por ser imposible el llevar a cabo tal interpretación (fundamento jurídico 1, letra A).

Por todo ello los efectos civiles del matrimonio canónico serán los efectos civiles del matrimonio civil, pero no podrán entenderse más efectos civiles que —si se permite la licencia— los civilmente previstos en la legislación sustantiva civil, aun cuando en la legislación sustantiva canónica pudieran existir otros. De igual manera,

eficacia en el orden civil y se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente.

3) La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asume de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus propiedades esenciales.

Art. VII. La Santa Sede y el Gobierno Español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan.

(41) FOSAR BENLLOCH, «Estudios de Derecho de Familia», Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, págs. 387 a 405. Sin embargo, este autor no parece se plantea el tema de los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.

(42) GARCÍA DE ENTERRÍA, citado, págs. 143 y 143.

(43) FOSAR BENLLOCH, citado, pág. 389.

la eficacia civil de la nulidad de matrimonio canónico dictada por resolución del Tribunal eclesiástico, no podrá producirse sino cuando la misma coincida con el Derecho del Estado, que el juez civil habrá de determinar conforme a las condiciones del artículo 954 LEC —lo que supone una acomodación del procedimiento a esta fórmula, pero no un exequatur, como lo demuestra claramente la redacción del artículo 80 C. c. en comparación con el segundo párrafo del art. 107 C. c.— de manera que cuando el Tribunal eclesiástico acoga una causa de nulidad no prevista en el ordenamiento civil la resolución del juez civil no deberá concederle eficacia. Lo que la ley civil permite en su ordenamiento a la Iglesia Católica, como podrá permitírsele a otra confesión religiosa, en su caso, es la regulación de las solemnidades de prestación de los consentimientos matrimoniales, como afirmaba el profesor Díez Picazo (44) y ello aun cuando tal regulación jurídica no guste a muchos. al menos hasta que el paso del tiempo no acredite su bondad, ya que antecedentes históricos, por todos conocidos, demostraron su no aceptación de la forma civil exclusiva y excluyente.

Autores del máximo prestigio, como los profesores Albaladejo (45) y Lacruz (46) son contrarios a esta interpretación. Aducen razones que comprendemos perfectamente, porque la laicidad de la Constitución no parece acomodarse a la base sociológica española, y ello dentro del mayor respeto a las restantes confesiones religiosas no católicas. Pero, a nuestro entender, el texto positivo, tanto de la Constitución como del C. c. no permiten otra interpretación. El desprenderse de la carga tradicional que comporta la religiosidad del pueblo sentida visceralmente, es tarea nada fácil. En un esfuerzo de objetividad, para tratar del tema con toda frialdad con arreglo a los textos vigentes, se podría pensar que no se está tratando de la religión católica, sino, pongamos por ejemplo, de la más extraña secta budista del más lejano Oriente. Aunque la duda moral de si ello es lícito no queda enteramente despejada, la labor de interpretación civil no permite consideraciones metajurídicas.

Sin embargo, como anteriormente apuntábamos, entendemos existe un punto irreducible cual es el de la eficacia civil de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado por cuanto, por definición, las mismas no pueden estar acogidas en un ordenamiento civil —como lo están, por ejemplo, sistematizadas las nulidades matrimoniales— y, por consecuencia, no pueden ser o no ser ajustadas al Derecho del Estado, sino, simplemente, averdadas por el juez civil una vez comprobada su autenticidad. Ello supone admitir una nueva fuente de causas de disolución del ma-

(44) DÍEZ PICAZO, «El sistema matrimonial y los acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español», Curso de Derecho Matrimonial y procesal canónico para profesionales del Foro, Salamanca, 1980, pág. 27.

(45) ALBALADEJO, Curso de Derecho Civil, citado, págs. 106 y ss.

(46) LACRUZ, Derecho de Familia, citado, págs. 202 y ss.

trimonio, todo lo reducido a matrimonios ratos y no consumados (que no es una causa prevista, precisamente, en los arts. 85 y 86 C. c.) que se quiera, pero cuya constatación no la hace el juez. Sencillamente no parece constitucional, por cuanto el Derecho del Estado gira en torno a la validez del consentimiento matrimonial, mientras que las decisiones referidas se basan en la no consumación matrimonial.

En todo caso, la problemática entre la Iglesia Católica y el Estado Español ha sido traída aquí en función de la nulidad de matrimonios de los menores de edad. Entendemos que estamos en condiciones de contestar a las dos preguntas que nos formulábamos al principio de este apartado. Aun cuando el matrimonio canónico entre una mujer menor, pero mayor de catorce años, con un hombre menor, pero mayor de dieciséis años, sea válido, ese matrimonio no producirá efectos civiles cuando los mismos no estén emancipados o no hayan obtenido la dispensa judicial del artículo 48 C. c., y no deberá ser inscrito en el Registro Civil. En igual forma no tendrá eficacia civil la sentencia eclesiástica de nulidad canónica de un matrimonio cuando ambos contrayentes menores, pero mayores de catorce años, hayan obtenido la dispensa judicial del citado artículo 48 C. c. Todo ello, se entiende, referido exclusivamente al problema de la edad de los contrayentes.

3.º *Nulidad del matrimonio celebrado por menores, mayores de dieciséis años no emancipados, que no hayan obtenido dispensa judicial.*

Podríamos afirmar que el matrimonio, por razón de edad, lo pueden contraer el mayor de edad, el menor emancipado y el menor mayor de catorce años con dispensa del Juez de Primera Instancia, que producirá la emancipación. Albaladejo (47) observa que no se dispensa de edad inferior a la que permite casarse, por la sencilla razón de que lo que permite casarse no es la edad que sea, sino la independencia que se adquiere al emanciparse, cosa que se puede conseguir a partir de los dieciséis años (salvo si la emancipación se produjo por matrimonio), de modo que los menores de esa edad no pueden casarse, no por razón de tener menos años, sino por razón de que no cabe que estén emancipados.

La posibilidad a considerar en este apartado sería la del menor de edad, no emancipado, mayor de dieciséis años. El artículo 48 C. c. dice que el Juez de Primera Instancia puede dispensar la edad a partir de los catorce años, pero siendo mayor de dieciséis no emancipado cabría preguntarse si habría que recurrir necesariamente a esa dispensa judicial o, por el contrario, si los supuestos de emancipación por concesión de los que ejercen la

(47) ALBALADEJO, «Curso de Derecho Civil», Tomo IV, Derecho de Familia, Editorial Bosch, Barcelona, 1982, pág. 49.

patria potestad (art. 317), la aplicación de la emancipación al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viva independientemente de éstos (art. 319) y la emancipación judicial (arts. 320 y 321), que habilitan al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, con ciertas excepciones (artículo 323), permiten que el menor de edad no emancipado mayor de dieciséis años puede contraer matrimonio con la licencia de esas personas por aplicación del principio jurídico de que el que puede lo más puede lo menos o con autorización judicial distinta de la dispensa judicial del artículo 48 C. c. Evidentemente esa posibilidad de licencia no es otra cosa que la emancipación por cuanto si se da para el matrimonio y éste produce la emancipación (art. 316 C. c.), la conclusión es evidente.

Sin embargo, el anterior razonamiento podría no ser inútil. Partiendo de la base de que el matrimonio es un derecho de la persona, el menor mayor de dieciséis años no emancipado necesita de la dispensa judicial del artículo 48 C. c. para contraerlo mientras que el emancipado no la necesita. La pubertad se ha alcanzado a los dieciséis años de ambos sexos, por lo que la distinción legal puede ser discriminatoria si se tiene en cuenta que la obtención de la emancipación no depende del menor (art. 317) o, en el caso más favorable, la puede solicitar (arts. 320, 321 C. c.), no dependiendo la concesión de su voluntad, sino de unos requisitos legales y de la aprobación del juez. Parece una solución más equitativa al no emancipado mayor de dieciséis años la posibilidad de recurrir en todos los supuestos al juez para obtener la licencia para contraer matrimonio, que la puede conceder sin sujeción a ningunos requisitos previos, solamente dependiendo de su criterio judicial, lo que es una situación ya existente en nuestro Derecho, sobre todo después de las reformas del C. c. del año 1981, como ha señalado Sancho Rebullida (48). Pueden pensarse situaciones en que el otro futuro cónyuge fuera mayor, lo que supondría una circunstancia favorable al matrimonio. En toda la regulación legal se deja de considerar las circunstancias personales del otro cónyuge, lo que parece, tratándose del matrimonio, no considerar uno de los componentes esenciales al mismo. Una excepción podría ser el artículo 324 C. c.

No se escapa la crítica de que ello supone una nueva restricción en las facultades de la patria potestad o de la tutela —cuya reforma está pendiente— pero no deja de suponer una congruencia con la nueva regulación del Derecho de Familia donde es posible la separación y el divorcio por mutuo consentimiento (artículo 81-1.º y 86-1.º C. c.), la adopción plena por el divorciado (artículo 178) o la muy justa no discriminación por razón de filiación (art. 108 C. c. con la excepción del 837 C. c.). Por razones de la misma política legislativa no debe existir discriminación entre

(48) SANCHO REBULLIDA, «La patria potestad. El nuevo régimen de la familia», Editorial Civitas, Madrid, 1981, págs. 98 y 99.

personas sea cual fuere su edad. Si a los dieciséis años se puede emancipar sin control judicial (art. 317 C. c. en su último inciso), cuando no se quiera emancipar el mayor de dieciséis años deba poder recurrir, en todo caso, a la autoridad judicial para que resuelva según su criterio ante la situación planteada. Lo que propugnamos es la igualdad de los mayores de dieciséis años una vez establecida legalmente la posibilidad de contraer matrimonio para los emancipados, constituyendo la licencia judicial una nueva causa de emancipación no prevista en el artículo 320 C. c.

La dispensa judicial de edad del artículo 48 C. c. debería quedar para los supuestos de mayores de catorce y menores de dieciséis años. Porque el citado artículo impone al juez la justa causa, es decir la existencia de unas circunstancias no tipificadas legalmente pero que, indudablemente, han de tener la suficiente entidad y gravedad para determinar la decisión judicial. Además se ha de proceder a instancia de parte, lo que no permite la iniciación del expediente por el menor, aunque deba ser oído en el mismo, salvo supuestos de actuación del Ministerio Fiscal.

No parece ser esta la misma situación (la del art. 48, párrafo segundo, C. c.) para el menor mayor de dieciséis años no emancipado, donde razones de conveniencia social, afecto, y un criterio humano más formado —que el C. c. reconoce pleno a estos efectos para los emancipados— deberá conducir al juez a conceder la licencia sin tener que considerar la existencia de una justa causa ni la instancia de parte en el sentido antes expuesto.

Quizás no sea aventurado afirmar que los Jueces de Primera Instancia, ante el contenido del artículo 48 del C. c., sean menos severos en la concesión de las dispensas judiciales para los menores mayores de dieciséis años que en los demás supuestos posibles antes mencionados, dado que la concesión de la licencia se ha de otorgar en un expediente, con justa causa y instancia de parte, requisitos que sugieren los siguientes comentarios:

Las que puedan ser justas causas quedan al arbitrio judicial, criterio legal ampliamente difundido en la ley 11/1981 de 13 de mayo, al decir el artículo 158-3.º como el juez debe ordenar las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar el menor de un peligro o de evitarle perjuicios, criterio digno de alabanza al permitir esa amplitud a la actuación judicial. Pero, por lo mismo, no es posible la delimitación de esas justas causas y una enumeración ha de tener, forzosamente, carácter meramente enunciativo. Podrían señalarse el embarazo de la mujer; la pubertad y la cohabitación; los malos tratamientos de palabra o de obra por parte de los padres o tutores; el abandono del hogar por los padres; el mal ejemplo de éstos (drogas, alcoholismo, proxenetismo), los intentos de prostitución de los hijos por parte de los padres; condena penal de privación de libertad a los padres; la no prestación de alimentos; la perturbación mental de los padres; las ausencias prolongadas del hogar por parte de los padres, aun justifi-

cadás; y, en definitiva, cualquier forma de atentado a la formación integral de los hijos que preconiza el artículo 154 C. c.

La actuación a instancia de parte no debería vedar, como parece hacerlo el artículo 48 C. c., la posibilidad de la acción del menor mayor de catorce años y sobre todo si es mayor de dieciséis. Como anteriormente se ha dicho, en el menor no existe una incapacidad, sino una restricción de su personalidad en los casos previstos por las leyes, y han sido expuestos numerosos casos de ejercicio de la acción judicial por el menor. Es más, se dice que deberán ser oídos y, también, ha sido expuesta la génesis del precepto en la aprobación de la ley con sustitución del verbo «podrán» por el «deberán». Deberán ser oídos tanto el menor como sus padres o guardadores. Debería suponerse la posibilidad de actuación del menor mayor de dieciséis años, siendo oídos, entonces, sus padres o guardadores.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1978 plantea el caso de la nulidad de una emancipación por el padre que había perdido la patria potestad. Afirma que es radicalmente nula y carente de eficacia la emancipación concedida por el padre. Que la nulidad es permitida se puede apreciar de oficio «pues en el ámbito del derecho de familia, caracterizado por las notas de interés público, contenido ético, transpersonalismo y la relevante función a que sirven los poderes y facultades otorgados, la autonomía de la voluntad viene constreñida por normas imperativas e inderogables» y «se sigue la consecuencia de la nulidad de los contratos celebrados por el menor, y en general de las declaraciones de voluntad que emitiera». Cabe preguntarse si también se produce la nulidad del matrimonio cuyo consentimiento ha podido prestarse en base a la emancipación después declarada «radicalmente nula y carente de eficacia». Con independencia de los efectos del artículo 79 C. c., no parece que, salvo la concurrencia de otras causas, se deba decretar la nulidad de este matrimonio. La sentencia citada sugiere un supuesto en que el juez, al mayor de dieciséis años no emancipado, tiene que darle un tratamiento diferente ya que el matrimonio se ha celebrado de buena fe por ambos cónyuges, que no son responsables de ilicitud alguna, con consentimiento y consumación con edad en la que el C. c. permite ya el matrimonio a los emancipados, siendo mucho más graves los perjuicios que puedan derivarse de la nulidad que del mantenimiento del matrimonio. Se podría pensar si nos encontramos ante una justa causa del artículo 48 C. c., pero no se trata de ningún expediente de dispensa de edad, ni producida ninguna petición formal en tal sentido. El juez debería poder proceder de oficio.

4.º *El expediente de dispensa matrimonial del menor de edad.*

La obtención de dispensa de edad para contraer matrimonio requiere la existencia de un expediente cuya naturaleza y tramitación presenta dudas. Lacruz Berdejo (49) se pregunta cuál será el procedimiento a seguir para obtener la dispensa, si el de jurisdicción voluntaria tramitado ante el mismo juzgado, o el gubernativo de los artículos 365 y ss. RRC (Reglamento del Registro Civil), completados por los 341 y ss., instruido por el encargado del Registro competente para la celebración del matrimonio, el cual lo elevará al de Primera Instancia, superior al mismo, para su resolución, siendo aplicables en cualquier caso, por la exigencia de justa causa, los artículos 258 y 259 RRC.

Parece aplicable el procedimiento gubernativo por las siguientes razones:

1.º El artículo 48 C. c. establece el sistema de dispensas bien ante el Ministro de Justicia, bien ante el Juez de Primera Instancia. Obviamente el expediente ante el Ministro de Justicia ha de ser gubernativo y no parece lógico el utilizar procedimientos distintos para obtener dispensas matrimoniales, tanto más cuanto la actual competencia al Juez de Primera Instancia le ha sido conferida para una mayor agilidad en la tramitación de las mismas, como se deduce de la tramitación parlamentaria del proyecto de ley 30/1981 de 7 de julio.

2.º El artículo 74 LRC (Ley del Registro Civil) establece que corresponde al Ministro de Justicia las dispensas para el matrimonio previstas en el C. c.

3.º El procedimiento a seguir vendrá dado por el artículo 97 LRC que establece las reglas para la tramitación de los expedientes, previstos en la LRC y por los artículos 365 y ss. RRC, completados por los artículos 341 y ss. RRC, teniendo en cuenta las prescripciones de los artículos 258 y 259 RRC.

4.º Las resoluciones del Juez de Primera Instancia son apelables ante la Dirección General de Registro y del Notariado (artículo 355 RRC) que agota la vía gubernativa (art. 362 RRC).

5.º Parece que contra la decisión en vía gubernativa cabe el iniciar el procedimiento del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía (art. 483-3.º LEC), pues no se trata de dispensa judicial que se conceda graciosamente, sino por justa causa, y la determinación sobre si la caua alegada lo es o no, ha de poder ser contrastada por la jurisdicción civil de los Tribunales de Justicia. Cabe preguntarse, entonces, si es forzoso el procedimiento gubernativo o puede iniciarse directamente el contencioso civil, cuya sentencia, en el caso de ser favorable, contendría la concesión de la dispensa matrimonial (art. 23 LRC y 82 RRC en conexión con el art. 244, párrafo segundo, RRC) y posibilita la tramitación del

(49) LACRUZ BERDEJO, «Derecho de Familia», citado, pág. 151.

expediente matrimonial (art. 243 y ss. RRC). Si el C. c. contempla la posibilidad de un matrimonio válido sin haberse tramitado el correspondiente expediente, y al margen de los celebrados en forma religiosa (arts. 65 y 63 C. c.), con mayor razón debe admitirse la obtención de la dispensa matrimonial por edad mediante un contencioso civil, sin tramitación de expediente gubernativo de dispensa, cuando la sentencia firme recaída adquiriera la naturaleza de cosa juzgada.

Evidentemente no será el contencioso civil el procedimiento normalmente utilizado para la obtención de la dispensa matrimonial de edad, por economías de todo orden, pero el supuesto debe ser contemplado para supuestos excepcionales, tal como el caso en que se prevea una cerrada oposición a la concesión de la dispensa por el procedimiento gubernativo.

5.º *La nulidad del matrimonio celebrado por menores de catorce años.*

De la combinación de los artículos 46 y 48 C. c. debe llegarse a la conclusión de que los menores de catorce años no pueden contraer matrimonio. El carácter de esta prohibición se ha de contemplar teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 75, párrafo segundo, C. c. Según ello, si lo contraen y llega a la mayoría de edad uno de ellos conviviendo juntos durante un año después de alcanzada aquélla, la acción de nulidad no se puede ejercitar, ha caducado. El matrimonio se convalida «ipso facto». La consecuencia es que el matrimonio es anulable, pero no nulo.

En la regulación anterior a la ley 30/1981 de 7 de julio, el artículo 83-1.º C. c. decía que el matrimonio se tendrá por revalidado «ipso facto», y sin necesidad de declaración expresa, si un día después de haber llegado a la pubertad legal (doce años para las mujeres y catorce para los varones) hubieran vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer hubiera concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación. Es decir, se trataba de un supuesto también de anulabilidad.

Así el matrimonio, en la legislación anterior, era válido, aun contraído contra la prohibición del artículo 45-1.º C. c., conllevando las sanciones del artículo 50-1.º y 2.º, como afirmaban sin ninguna clase de duda tratadistas como De Castro (50), Castán (51), Albaladejo (52), Lacruz (53) entre la generalidad de la doctrina. Actual-

(50) DE CASTRO, «Derecho Civil de España», citado, pág. 234.

(51) CASTÁN, «Derecho Civil Español, común y foral», Editorial Reus, Madrid, 1971, pág. 184.

(52) ALBALADEJO, «Instituciones de Derecho Civil», Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1972, pág. 103.

(53) LACRUZ, «Elementos de Derecho Civil», Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1974, pág. 126.

mente Albaladejo (54) admite la posibilidad de que alguno se case ilegalmente, aun antes de los catorce años.

Sin embargo, lo que interesa destacar es que en la regulación vigente se ha igualado la edad del hombre y de la mujer a los catorce años, como edad legal de pubertad, y ello parece criticable, pues si, por naturaleza, la mujer es apta para concebir, en líneas generales, a los doce años, parece una discriminación no permitirle su matrimonio sino a partir de los catorce años. Aparte argumentos históricos, es notorio, por supuesto en casos normales que son los que se contemplan, la progresiva mayor formación, cada vez a edades más tempranas, de los menores de edad y como el reconocimiento legal de esa mayor capacidad se ha venido produciendo, como ha puesto de relieve Rodrigo Bercovitz (55) en la evolución del Derecho comparado y en el Derecho español. Lo que parece debe dejarse claro, en el caso que nos ocupa, es que es imposible modificar o evitar a la naturaleza. Cuestión distinta es la protección social a estas situaciones, orientación, ayuda material, etc., que son las que no están resueltas en la actualidad, pero ello no debe inducir a confusión.

Pretender afirmar que la naturaleza faculta para tener hijos y al mismo tiempo, que no concede capacidad para integrar en el sujeto la suficiente madurez psicológica, parece un absurdo, porque capacidad psicológica, es lo mismo que instinto maternal, y lo tienen todas las mujeres, y privarlas de ello es como privarlas de parte de su integridad física y moral. Otra cosa podría ser el desarrollo de esa capacidad por no haber tenido la correspondiente educación humana, pero ello es imputable a la sociedad, que no a la mujer, como se deduce del artículo 27 CE.

Por ello no permitir el matrimonio a la mujer a partir de los doce años, suponiendo esta edad como línea de la pubertad, conlleva una discriminación en contra de la misma introducida por la ley 30/1981 de 7 de julio, que tachamos de inconstitucional, en la regulación de la edad para contraer matrimonio.

La afirmación de ser argumentos constitucionales, basados en la igualdad de sexos, los que justifican la misma edad en el hombre que en la mujer para contraer matrimonio no parece aceptable. El artículo 32 CE afirma la igualdad jurídica de hombre y mujer para contraer matrimonio (se confirma en el art. 66 C. c. al decir que marido y mujer son iguales en derechos y deberes). El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 permite el matrimonio a partir de la edad núbil. La Asamblea General de las Naciones Unidas, de acuerdo con el artículo 68 de la Carta, aprobó la Declaración que se ha considerado como el instrumento fundamental y punto clave en la historia de la humanidad, no siendo una mera afirmación

(54) ALBALADEJO, «Curso de Derecho Civil», Tomo IV, Derecho de Familia, Editorial Bosch, Barcelona, 1982, pág. 102.

(55) RODRIGO BERCOVITZ, «Derecho de la Persona», citado, págs. 16 y 18 y siguientes.

abstracta de normas generales, sino específica y detallada y significa la expresión escrita de las bases en que se funda el Derecho de las naciones, las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública adaptadas al espíritu del siglo XX (56). Igualmente el artículo 12 de la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 4 noviembre de 1950, dice: «a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a casarse...». Sin embargo, a nuestros efectos, debe citarse la Convención sobre edad mínima para contraer matrimonio de 10 de diciembre de 1962, a la que se adhirió España en 15 de abril de 1969, que establece cómo los Estados adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. Estas normas internacionales deben interpretarse dentro del mismo contexto. El sentido de la determinación de la edad para contraer matrimonio, que ya se establece puede serlo a partir de la edad núbil, se produce para eliminar condicionamientos que pudieran establecerse por consideraciones extrañas al mismo. En el preámbulo de la Convención de 1962 se recuerda la Resolución 843/IX, de 17 de diciembre de 1954, de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la que se declaró que ciertas costumbres, antiguas leyes y prácticas referentes al matrimonio y a la familia son incompatibles con los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, reafirmando que todos los Estados deben adoptar todas las disposiciones adecuadas al objeto de abolir dichas costumbres, antiguas leyes y prácticas, asegurando la libertad completa en la elección del cónyuge, aboliendo totalmente el matrimonio de los niños y la práctica de los esponsales de los jóvenes antes de la edad núbil (57). Por lo tanto el «*ius connubii*» se reconoce libremente a partir de la edad núbil. Lo que se prohíbe es el matrimonio de los niños por razones políticas o económicas, los acuerdos familiares al margen del consentimiento de los interesados y las especulaciones por terceras personas sobre el tema. Se entiende que ese consentimiento puede prestarse válidamente a partir de la edad núbil, conjunción biológico-psíquica producida por la edad, y ese derecho se considera

(56) «El significado del año de los derechos humanos», Revista de la Comisión Internacional de Juristas, edición especial 1968, 1.ª parte (diciembre 1967), págs. III y ss.

(57) GARRIDO FALLA, «Comentarios a la Constitución», citado, págs. 418 y 419. El artículo 1.º de la Convención dice: 1. No podrá legalmente contraerse matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley; y el artículo 2.º añade que los Estados adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio, no pudiendo contraerlo legalmente las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes dispense el requisito de la edad.

como un derecho universal, irrenunciable, perpetuo y «erga omnes».

El artículo 39 del borrador y el artículo 27 del anteproyecto constitucional de la vigente Constitución («B. O. C.» 5 enero 1978) decían que a partir de la edad núbil el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, redacción que se mantuvo en el informe de la Ponencia («B. O. C.» 17 abril de 1978 que lo traslada al art. 31) y en el dictamen de la Comisión («B. O. C.» de 1 de julio 1978, en el art. 30) y se aprueba por el Pleno del Congreso («B. O. C.» 24 julio 1978), redacción que se cambia en el dictamen de la Comisión Constitucional del Senado («B. O. C.» 6 octubre 1978). Sin embargo, la razón del cambio a que nos referimos se debe en principio, a una cuestión gramatical, como consta en el Diario de Sesiones del Senado (58), cambio que en el artículo 32 establece como el hombre y la mujer, a partir de la edad fijada por la ley, tienen derecho a contraer matrimonio, redacción que se mantiene por el Pleno del Senado y que la Comisión Mixta Congreso-Senado («B. O. C.» 28 octubre 1978) respeta al dar la redacción definitiva al artículo 32 CE y decir en su párrafo 2, que la ley regulará la edad para contraerlo.

Hay que traer a colación el artículo 10.2 CE al establecer que las normas relativas al derecho fundamental y a la libertad a contraer matrimonio se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España, y el artículo 53.1 CE establece que la ley, en todo caso, deberá respetar el contenido esencial del derecho y libertad a contraer matrimonio, puestos ambos preceptos constitucionales en conexión con el artículo 32 CE. Ya ha quedado expuesto lo que con toda claridad expresa el artículo 16 de la Declaración Universal y lo que significa la Convención de 1962. En cuanto al contenido esencial del Derecho, la S.T.C. de 8 de abril de 1981, anteriormente citada, no parece dejar muchas dudas a la afirmación de que la ley que regula la edad para contraer matrimonio tiene

(58) Comisión de Constitución celebrada el martes, 29 de agosto de 1978, página 201: «El señor Cela y Trulock: Entiende que no se puede decir, hablando en castellano y en este contexto «a partir de la edad núbil», puesto que núbil, según el diccionario, dicese de la persona que ha llegado a la edad en que es apta para el matrimonio y el concepto, por una suma algebraica de «a + b + c», etc., quedaría expresado en forma paradójica, así: «A partir de la edad en que la persona ha llegado a la edad en que es apta para el matrimonio, el hombre y la mujer podrán contraer matrimonio (risas). Me permito presentar una enmienda «in voce», que diría simplemente: «A partir de la edad fijada por la ley, el hombre y la mujer podrán contraer matrimonio», muchas gracias. Hasta aquí la intervención del señor Cela y Trulock, que no puede calificarse de afortunada por dos razones. Primera. Como ha señalado MARTÍN MARTÍNEZ («La familia en la Constitución española de 1978», Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, número 1, monográfica, 1978, pág. 7), la argumentación del citado señor Cela no resulta convincente porque la palabra núbil no es un sustantivo (16-IX-1984).

que permitir, de alguna manera, la posibilidad de contraerlo a partir de la edad núbil.

La ley 30/1981 de 7 de julio señala una edad común, los catorce años (art. 48 C. c.) y confunde igualdad jurídica con igualdad biológica o igualdad psicológica lo que de por sí, es un craso error, como demuestra el propio artículo 14 CE (que establece no puede haber discriminación por razón de sexo) y la realidad sociológica, pues en las uniones de un hombre y una mujer, siempre el hombre es de mayor edad. Las escasas excepciones confirman esta regla general.

Si se acepta la afirmación de la pubertad de la mujer en los doce años y la del hombre en los catorce años, como línea legislativa media por la seguridad jurídica que ello comporta, no requiriéndose la «*inspectio corporis*» al estilo sabiniano, cuestión independiente del reconocimiento médico que hoy se aconseja a la pareja antes del matrimonio, sino siguiendo el sistema proculeyano adverado por la Biología y por la experiencia desde la existencia del hombre sobre la tierra, la ley debe aportar las consecuencias jurídicas correspondientes a ese derecho natural. Prohibiendo el matrimonio a la mujer menor de catorce años, se produce una desigualdad jurídica de la mujer con relación al hombre.

La igualdad constitucional que preconiza el artículo 14 CE, según la génesis del precepto, sus antecedentes y el Derecho comparado (59), quiere decir ante todo y sobre todo, paridad en cuanto al tratamiento de la dignidad humana y por lo tanto equivalencia en cuanto a los derechos fundamentales se refiere. No se prohíbe una diferencia de trato, sino un trato diferenciado injustificadamente (60). El principio de igualdad esencial no excluye la justicia de múltiples diferencias en cuanto a derechos concretos basados en diversas aptitudes mentales y físicas. El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 10.2 CE) establece que éstos tienen su raíz en la dignidad y el valor de la persona humana.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre el concepto de igualdad. En su Sentencia de 2 de julio de 1982 afirma, recogiendo doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación, la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. La sentencia de 10 de julio de 1981 establece que el principio de igualdad encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales. En 10 de noviembre de 1981 se insiste que a igualdad de hechos hay igual-

(59) GARRIDO FALLA, «Comentarios a la Constitución», citado, págs. 179 y ss. OSCAR ALZAGA, «La Constitución española de 1978: Comentario sistemático», citado, págs. 181 y s.

(60) «El sistema europeo de protección de los Derechos Humanos», Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, obra coordinada por Eduardo García de Enterría, Editorial Civitas, págs. 177 y ss.

dad de consecuencias jurídicas. En la Sentencia de 26 de febrero de 1982 se dice que la igualdad jurídica prohíbe la discriminación o, dicho de otro modo, «que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable». Finalmente también puede citarse la Sentencia de 5 de mayo de 1982, en su fundamento jurídico núm. 3: «el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, pero no lo es menos que ese tratamiento legal desigual tiene un límite que consiste en la discriminación, es decir, en el hecho de que la desigualdad esté desprovista de una justificación objetiva y razonable».

Las diferencias biológicas y psíquicas entre los dos sexos parecen pueden ser justificaciones objetivas y razonables para establecer una edad distinta de aptitud para contraer matrimonio.

La consecuencia de la discriminación de la mujer que por sus aptitudes físicas y mentales alcanza la pubertad a los doce años y no se la permite contraer matrimonio, con carácter general, es evidente y contrario al principio de igualdad constitucional.

El proyecto de ley sobre reforma del matrimonio que se remite a las Cortes Generales (61) establece en su artículo 48 que el Ministro de Justicia puede dispensar el impedimento de edad. Dicho artículo fue modificado por la Ponencia (62) y redactado en el sentido de que el Juez de Primera Instancia sería el competente para dispensar, con justa causa y a instancia de parte, el impedimento de edad a partir de los catorce años. Dicha redacción no fue modificada en el transcurso del debate parlamentario y paso así al texto legal vigente.

El debate en el Pleno del Congreso de Diputados (63) puso de relieve argumentaciones discutibles. Se afirma que «El criterio que había venido rigiendo históricamente era un criterio de madurez biológica, hoy superado por un criterio de madurez psicológica. Criterio, por cierto, que ha permitido unificar las edades de los cónyuges, sin distinción de sexo, a efectos de contraer matrimonio» y se arguye que permitir el matrimonio a los catorce años es admitir «un auténtico matrimonio tapadera» y se entiende que la justa causa «será, normalmente, un embarazo no deseado de la mujer que haya de contraer matrimonio». Afirmación curiosa si no existiera en contra de la misma, ya desde al menos la promulgación del C. c. en 1889 (art. 83 C. c.), una experiencia histórica que demuestra no ser cierto lo afirmado, y pretender contradecir la realidad biológica es pretender contradecir la propia naturaleza lo que resulta inútil por mucho que se intente justificar. Y no es

(61) Bogg, Congreso de Diputados, I Legislatura, Serie A, núm. 123-I, de 13 de marzo de 1980.

(62) Bogg, de fecha 6 de diciembre, aceptando total o parcialmente las enmiendas números 60 (Grupo Comunista), 15'8 (Minoría Catalana), 258 (Grupo Socialista de Cataluña) y 339 y 340 (Grupo Vasco).

(63) Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 1981, núm. 151, sesión celebrada el 18 de marzo de 1981, págs. 9485 y 9488.

que se pretenda promocionar el matrimonio a partir de los doce años, ni muchísimo menos. Lo que se pretende decir es que si una fórmula jurídica, cual la del artículo 83-1.º C. c. hoy derogado, ha funcionado durante tiempo, incluso en situaciones en que la mayoría de edad y la emancipación se concedían a edades más elevadas que las actuales, no se comprende ese afán de modificar lo que no necesita modificación porque ha sobrevivido al paso del tiempo sin que haya producido trastornos o resultados inaceptables. La ponderación es una de las virtudes más deseables en todo quehacer humano, mucho más en el jurídico. Pero aun sobre la base de los «matrimonios tapadera», mientras no se demuestre lo contrario, es la mejor solución para los hijos, pues si difícil es la situación matrimonial en tal supuesto, cabe imaginar lo que resultaría la extramatrimonial. Y aún resulta más curioso que se traigan a colación argumentos de Derecho comparado cuando la mayoría de edad ha sido rebajada a los dieciocho años y la emancipación a los dieciséis, se diga que hay que ir a un concepto psicológico y se afirme el reconocimiento de que la infancia, incluso la adolescencia y la juventud actuales, adquieren mucho antes la madurez, no solamente sexual, sino psicológica. Todo ello, cuando anteriormente (64) se había aseverado: «Del hecho de que se pueda quebrar una línea tradicional de nuestro Derecho entendemos que sólo se pueden derivar inconvenientes...». Dar la espalda a la realidad puede conducir a tales incongruencias. Y se pretende modificar en el Senado (65) con argumentos de madurez psicológica y por ser la tendencia universal la dispensa a los dieciséis años. Cabe reproducir las palabras de De Castro (66): «No siempre útil, y, en ocasiones también peligroso, es tener la mirada siempre fija en la labor legislativa extranjera y en lo que dice la forastera doctrina. El buen sentido exige estimar preferentemente la propia tradición, las circunstancias nacionales y la opinión de los autores regícolas. La prudencia aconseja también, por boca de los redactores del Código, considerar los precedentes en las legislaciones extranjeras y los progresos realizados en los otros países» (67). El

(64) Idem, nota anterior, pág. 9477, discusión del artículo 45.

(65) BOG, Senado, I Legislatura, Serie II, núm. 161 (c), de 14 de mayo de 1981, enmiendas núms. 38 y 86, págs. 58 y 79, respectivamente.

(66) DE CASTRO, «El matrimonio de los hijos», citado, pág. 57.

(67) Las soluciones en Derecho comparado no son uniformes en cuanto la prohibición del matrimonio a los menores de catorce años. Así, por ejemplo, tenemos en el Reino Unido de Gran Bretaña (BROMLEY, «Family Law», Butterworths, Londres, 1977, págs. 30 y 31), el Acta sobre el matrimonio de 1949, que recoge en su sección 2 la sección 1 del Acta de la Edad en el Matrimonio de 1929, establece que el matrimonio no puede ser contraído hasta que ambos contrayentes hayan alcanzado la edad de dieciséis años, de manera que cualquier matrimonio en que alguno de los cónyuges fuera menor de edad sería nulo, no anulable como antes (was made «void» and not «voidable» as before). Anteriormente el derecho canónico y el «common law» permitían el matrimonio a los catorce años y a los doce del hombre y de la mujer. El Acta de 1949 ha sido modificada en pequeños detalles por las siguientes Actas: The Marriage Act. 1949 (Amendment) Act 1954; The Marriage

informe de la ponencia lo rechaza (68) por entender que a los catorce años podrán cubrirse los supuestos de quienes hayan alcanzado una madurez prematura. Algunas objeciones podrían

Acts Amendment Act 1958; The Marriage (Enabling) Act 1960; The Marriage (Wales and Monmouthshire) Act 1962; The Marriage (Registrar General's Licence) Act. 1970; que son generalmente conocidas (excepto la de 1962), como The Marriages Acts 1949-1970. The Family Law Reform Act 1969 redujo la edad para contraer matrimonio a los dieciocho años en virtud de la cual los mayores de esa edad no necesitan consentimiento de ninguna persona. Si se es mayor de dieciséis años y menor de dieciocho años deben prestar consentimientos los padres o tutores (guardians of the minor or the person to whose custody the minor has been committed by a court order). No se requiere consentimiento si el menor es viudo, y si es imposible obtener el consentimiento o se niega, se puede obtener del juez (court). Pero si no existe consentimiento no es nulo porque el daño ya está hecho, excepto si los padres o tutores disienten del mismo y ambos contrayentes conocieran la causa de nulidad. La mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años. (Family Law Reform Act 1969)), pero no se adquieren a esa edad todos los derechos, por ejemplo, no se tiene derecho de voto o derecho a ser elegido para el Parlamento hasta que no alcanza los veintinueve años. Curiosamente el Juez no parece pueda hacer nada en edades inferiores a los dieciséis años.

En el Derecho italiano (LUIGI BELLANTONI y FRANCO PONTORIERI, «La riforma del Diritto di Famiglia», Jovene Editori, Napoli, 1976) el art. 84 del CC. italiano afirma que el menor de edad no puede contraer matrimonio y que el Tribunal a instancia del interesado, comprobada la madurez psico-física del mismo y la justificación de las razones esgrimidas, podrá aprobar el matrimonio si había cumplido los dieciséis años; el artículo 117 del mismo cuerpo legal establece la posibilidad de impugnar el matrimonio contraído con violación del artículo 84, pudiendo ejercitar la acción el menor un año después de alcanzar la mayoría de edad, que según el artículo 2 se obtiene a los dieciocho años. Pero una excepción, que especialmente interesa en nuestro caso, se contiene en el citado artículo 117 (La demanda..., deve essere respinta ove, anchein tendenza del giudizio... ovvero vi sia stato concipimento o procreazione...) que LIPARI (en la obra «Commentario alla riforma del diritto di famiglia» a cargo de Carraro, Oppo y Trabucchi, Cedam, Padova, 1977, Tomo primero, pág. 86) califica como motivo de incoherencia en el sistema al poderse constituir una relación matrimonial sin la necesaria madurez. Pero el supuesto está legalmente contemplado y la expresión «sia stato concepimento o procreazione» no parece admitir dudas.

La Ley del Matrimonio alemana de 20 de febrero de 1946, en su versión de 1 de julio de 1977, permite el matrimonio a partir de la mayoría de edad a los dieciocho años, quedando sin objeto la distinción entre capacidad nupcial y capacidad de obrar y sin establecer diferencias entre hombre y mujer. Si uno de los esposos es menor debe tener al menos dieciséis años para poder contraer matrimonio y necesita autorización de su representante legal o de la autoridad judicial que la puede conceder cuando no existan motivos serios para la denegación por el citado representante, pero ha de destacarse que sólo la ausencia de la licencia de los padres convierte el matrimonio en anulable (parágrafos 16 al 21 y 28 al 34 de la «Ehegesetz») (H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF «Mariage et famille en question», C.N.R.S., París, 1979, pág. 45). Podríamos añadir que el parágrafo 17 considera válido el matrimonio desde el inicio si los cónyuges han vivido cinco años después de la celebración del matrimonio o tres años para el caso de fallecimiento de uno de ellos sin haber entablado la acción de nulidad, aunque el citado parágrafo está referido a los defectos de forma prescrita en el parágrafo 13 de la citada «Ehegesetz».

Sin embargo, el CC. francs (ALEX WEILL y FRANÇOIS TERRÉ, «Droit Civil», Dalloz, París, 1978 y PIERRE DEMBOUR, «Le mariage et le divorce et la Cour

formularse a tal afirmación. En primer lugar pretender establecer una diferencia, siempre se suponen casos normales, entre madurez biológica y madurez psicológica no tiene sentido. Desde hace ya mucho tiempo no se duda de la íntima relación entre «soma» y «psique». Cualquier tratado de psiquiatría lo considera como una base axiomática de partida para el estudio de las enfermedades de la mente. Y cuando se alcanza la madurez biológica, en el grado que se considere, se alcanza en la misma proporción la madurez psicológica. Todo lo que se diga en contra de esta afirmación rompe la armonía del ser humano. Y el ser humano es un «prius» del Derecho. En segundo lugar, si lo que preocupa es la seguridad y estabilidad del matrimonio, bajo criterios económicos, sociales, educacionales, etc., señálese una edad en la que los cónyuges hayan garantizado esa solidez, pero no se arguyan criterios biológicos y psicológicos y, entonces, no habrá más remedio que recurrir no a la «inspectio corporis» de los sabinianos, sino a la «inspectio economicus» de los que invierten la finalidad del Derecho y lo consideran como un «prius» del ser humano. En tercer lugar, propug-

de Cassation», Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1980) establece en el artículo 144 que la edad exigida para el matrimonio es de dieciocho años cumplidos para el hombre y quince para la mujer, afirmando el artículo 145 que el Procurador del lugar de celebración del matrimonio puede acordar la dispensa de edad por motivos graves, explicando los autores citados que la ley tiende a facilitar el matrimonio de jóvenes para regularizar la situación esencialmente perjudicial para el concebido. El artículo 182 CC. francés no permite la impugnación del matrimonio sino por aquellos cuyo consentimiento era necesario o por aquel de los esposos que tenía necesidad del consentimiento, no pudiéndose ejercitar la acción de nulidad por los esposos —art. 183— si transcurre un año sin reclamación por su parte después de alcanzada la edad para consentir por sí mismo el matrimonio. En Derecho francés parece, por tanto, que, además de establecer una diferente edad para el hombre y la mujer, la discrecionalidad del Procurador de la República para acordar la dispensa de edad no tiene límites mínimos, salvo el de la propia discrecionalidad.

El CC. suizo («Code Civil Suisse», Edición Cancillería Federal, Berna, 1978), en su artículo 96 prohíbe el matrimonio al hombre antes de los veinte años y a la mujer antes de los dieciocho, pero a título excepcional, y por razones importantes, el gobierno cantonal del domicilio puede, no obstante, declarar la capacidad para el matrimonio de una mujer de diecisiete años o el de un hombre de dieciocho años si los padres o el tutor lo consienten, añadiendo el artículo 128 que el matrimonio contraído sin el consentimiento del padre y de la madre o del tutor puede ser impugnado por aquellos cuando uno de los cónyuges no haya alcanzado la edad requerida. La nulidad no puede ser declarada cuando los cónyuges hayan alcanzado ya la edad requerida y no puede ser declarada nunca en caso de embarazo. Luego el matrimonio es válido cuando haya embarazo con independencia de la edad.

Finalmente hacemos mención del CCo. mejicano («Código Civil», Editorial Porrúa, S. A., Méjico, 1977), donde la legislación matrimonial ha sido una de las más progresistas (divorcio, concubinato, etc.) que exige, en su artículo 148 para el matrimonio la edad de dieciséis años en el hombre y de catorce años en la mujer, aun cuando el jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados, según el caso, pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas.

(68) Idem nota 65, núm. 161 (d) de 8 de junio de 1981, pág. 103.

nar los dieciséis años sin ninguna justificación real carece de base cuando la pubertad —como cualquiera que conviva con adolescentes puede observar— produce, sobre todo en las mujeres, un cambio emocional y psicológico que el sujeto observador percibe por esa mutación emocional, que no por la biológica por razones obvias de intimidad. Y si la naturaleza lo produce a los doce años, ¿qué le vamos a hacer? Debe pensarse que a nadie le es lícito romper la dimensión vital de un ser humano. A efectos dialécticos admítase la no conveniencia del matrimonio a tal edad, pero si la naturaleza permite la concepción, habrá que pensar en supuestos en que el matrimonio puede ser la solución; déjese, al menos, al juez la posibilidad de decidir y no se prive de solución legal a un supuesto que realmente se produce.

No puede contestarse a una mujer, con su hijo, que no se puede casar porque los legisladores no le han concedido madurez psicológica. Los Juzgados de Familia se han creado, al menos formalmente y es deseable que se ponga lo más rápidamente en práctica, con una serie de auxilios de médicos, psicólogos, siquiatras, etc., que, en cada caso concreto, pueden con mayor justicia dar esa dispensa para contraer matrimonio.

En el estado actual del Derecho, el ser humano, por el mero hecho de serlo, es persona. El nacimiento determina la personalidad (art. 29) y ésta se extingue por la muerte (art. 32 C. c.). La personalidad es un imperativo jurídico del ser humano y consiste, básicamente, en considerar al mismo como un centro de imputación de intereses jurídicos, personales y patrimoniales. Para ello es necesario reconocer al ser humano una capacidad jurídica, como una cualidad esencial de la personalidad, que podría definirse como la aptitud general del ser humano para ser titular de derechos y obligaciones. Por lo tanto, en principio, todo ser humano es capaz de actuar jurídicamente. Dentro de esa aptitud existen diversos supuestos (infancia, menor edad, locura, interdicción, etc.) fundados en razones diferentes en los que, precisamente para la protección bien del propio ser humano, bien de otros seres humanos ligados al mismo por concretas relaciones jurídicas, bien de la comunidad, no se permite por el Derecho la proyección jurídica directa e inmediata de la persona, naciendo así el concepto de capacidad de obrar, subsumido en el primero, por el cual se tiene capacidad de obrar cuando es posible la actuación personal directa e inmediata en el campo jurídico y no se tiene capacidad de obrar cuando es necesario se complemente esa actuación por medio de otras personas (patria potestad y tutela, principalmente). De lo expuesto queda claro la heterogeneidad de las razones por las que se puede no tener capacidad de obrar. Con referencia concreta a la menor edad, en hipótesis, sería necesario determinar en cada caso concreto la capacidad de obrar de cada individuo. Obviamente ello no es posible y la ley establece unas edades en que se reconoce esa capacidad (ejemplos, arts. 172, 315, 317, etc. C. c.). Pero la ley lo que hace es reconocer, no otorgar, la aptitud.

Luego si una ley no reconoce una aptitud genérica del ser humano, mucho nos tememos que esa ley deba ser cambiada. Ahora bien, sentado lo anterior, la afirmación de que la mujer a los doce años puede concebir es una afirmación metajurídica, una aptitud genérica del ser humano —mujer— que por su propia naturaleza y trascendencia el Derecho no puede desconocer. Y si lo desconoce, de alguna manera no está cumpliendo su función, pues la protección de la mujer embarazada y el nacimiento de un ser humano —obviamente— es cuestión que el Derecho ha de regular. El siguiente paso es la consideración del matrimonio, porque podrá objetarse a lo anterior que, evidentemente, es cierto y que el Derecho lo regula, pero que ninguna conexión guarda ello con el matrimonio. La consideración jurídica general, y por general nos exime de formular citas concretas, de que uno de los fines del matrimonio es tener hijos no es discutible. Lo que no significa afirmar que sea un fin necesario e imprescindible, pues los matrimonios sin hijos, incluso los matrimonios que no puedan procrearlos por razones de edad, pueden celebrarse válidamente, y son tan matrimonios como los primeros. Pero sociológicamente, al menos hoy por hoy, el marco jurídico donde se procrean los hijos es el matrimonio. La conclusión es que ese marco jurídico no puede ser negado cuando la procreación es posible y los sujetos desean acogerse a él voluntariamente, situación que alcanza su cenit cuando, además, se cuenta con la licencia de padres, tutores o guardadores. Pues bien, incluso en este último supuesto, la legislación española actual no concede ninguna posibilidad hasta los catorce años. Y ello no es cumplir el imperativo que a toda ley debe exigírsele: *Hominum causa omne ius constitutum sit*.