

**CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO Y
PROHIBICIONES MATRIMONIALES: UNA COMPARACIÓN
DE LAS EXPERIENCIAS JURÍDICAS ESPAÑOLA E ITALIANA***

***CAPACITY TO CONTRACT MARRIAGE AND MARRIAGE
IMPEDIMENTS: A COMPARISON BETWEEN SPANISH AND ITALIAN
LEGAL EXPERIENCE***

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 496-569

* El presente trabajo, realizado en el marco de las labores del Grupo de Investigación Permanente de la Universidad de Valencia "Persona y Familia" (GIUV 2013-101) es fruto de las reflexiones jurídicas de los autores, realizadas en diversas estancias científicas en la Universidad de Valencia y en la LUMSA. El epígrafe I ha sido escrito conjuntamente por ambos; el II, por José Ramón de Verda y Beamonte; y el III, por Pietro Virgadamo.

José Ramón
DE VERDA Y
BEAMONTE
y Pietro
VIRGADAMO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de septiembre de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: El trabajo tiene como finalidad estudiar el sistema de requisitos e impedimentos matrimoniales en España e Italia, haciendo una comparación entre las experiencias jurídicas de ambos países. La primera parte del trabajo contiene consideraciones preliminares; a la que siguen dos partes, respectivamente dedicadas al Derecho español e italiano. No obstante, la comparación entre los dos sistemas legales es constante, en orden a constatar semejanzas y diferencias. El análisis de las dos experiencias jurídicas legales, a pesar del común referente cultural, permite afirmar que, en algunos aspectos, hay puntos de vista legales diversos, que, a menudo, dan lugar a consideraciones semejantes a través de elaboraciones doctrinales.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; capacidad; impedimentos; España; Italia; comparación.

ABSTRACT: *The research work aims to investigate the system of the requirements and impediments to marriage in Spain and in Italy, making a comparison between the two legal experiences. A first part of the study, after some preliminary considerations, is dedicated to Spanish law. The treatment of Italian law follows. However, the comparison between the two legal systems is constant, in order to highlight similarities and differences. The analysis of these two legal experiences, although culturally similar, allows to affirm that they are, for some aspects, different from the normative point of view, but often similar in the elaboration of the doctrine.*

KEY WORDS: *Marriage; capacity; impediments; Spain; Italy; comparison.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. DERECHO ESPAÑOL.- I. La nulidad matrimonial.- 2. Los requisitos de capacidad.- A) La edad.- B) La libertad de estado.- C) Capacidad natural de entender y de querer e incapacitación.- 3. Los impedimentos matrimoniales en sentido estricto.- A) El parentesco.- B) El crimen.- III. DERECHO ITALIANO.- I. La nulidad matrimonial.- 2. Los requisitos de capacidad.- A) La edad.- B) La libertad de estado.- C) Capacidad natural de entender y de querer e incapacitación.- B) El crimen.- 4. Los impedimentos matrimoniales impeditivos.- A) El luto vidual.- B) La omisión de la publicación de las proclamas matrimoniales.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El objeto del presente trabajo es llevar a cabo una comparación entre el Derecho español e italiano sobre la capacidad nupcial y los impedimentos matrimoniales, materia ésta, que, si bien ha sido objeto de modificación en 2015, en sus líneas esenciales, fue pergeñada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, la cual llevó a cabo una labor de *personalización* del matrimonio (destacadamente, introduciendo el divorcio vincular y dando relevancia en sede de nulidad a las causas de invalidez, basadas en la falta de *realidad o integridad* del consentimiento matrimonial), acentuando su función de ser un medio de desarrollo de la personalidad de los cónyuges, en detrimento de su carácter de institución social, cuya estabilidad se ha considerado, desde siempre, un valor social, lo que explica la tradicional conexión de la institución matrimonial con la procreación y educación de los hijos; y, de ahí, la secular exigencia del requisito de la heterosexualidad de los contrayentes, suprimido por la Ley 13/2005, I de julio.

Por cuanto ahora nos interesa, hay que recordar que el Código civil español de 1889 estableció una regulación de los impedimentos matrimoniales, heredera de la establecida en la Ley de Matrimonio civil obligatorio de 1870, claramente inspirada en el Derecho Canónico.

• José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: J.Ramon.de-Verda@uv.es

• Pietro Virgadamo.

Profesor Titular de Derecho Privado de la LUMSA (sede de Palermo). Correo electrónico: pietrovirgadamo@hotmail.it

El originario art. 83.1º del Código civil español permitía casarse a los varones a partir de los catorce años y a las mujeres a partir de los doce años², lo que traslucía una concepción *institucionalista* del matrimonio, que consagraba el impedimento de edad, primando el dato biológico de la posibilidad de procreación (que se consideraba una finalidad típica de aquél)³; y establecía la revalidación *ipso facto* (sin necesidad de declaración expresa) del matrimonio contraído por impúberes, “si un día después de haber llegado a la pubertad legal hubiesen 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”⁴.

Aunque el hecho de que se fijara una edad tan temprana para poder casarse traslucía una consideración del matrimonio como una institución tal servicio de la perpetuación de la especie, cumplía, además, una clara función práctica, que era permitir regularizar legal y, por consiguiente, socialmente la situación de los menores que habían mantenido (o pretendían mantener) relaciones sexuales y evitar que los hijos nacidos de ellas fueran extramatrimoniales, con la consiguiente discriminación que esta circunstancia en aquel tiempo comportaba⁵.

- 1 Correspondiente al art. 4 de la Ley de Matrimonio Civil Obligatorio.
- 2 Es el criterio entonces seguido por el Derecho canónico, asociado a la pubertad, que también recoge POTHIER: *Traité du contrat de mariage*, t. I, Paris, Orleans, 1771, p. 99.
- 3 No se puede decir que el art. 83. 1º CC fuera totalmente excéntrico en el contexto de otros países europeos, en los que el matrimonio también se permitía, aunque fuera por vía de dispensa, a edades tempranas.
De hecho, era exacta la coincidencia del originario art. 83.1 del Código civil español con el art. 1073.4º del Código civil portugués de 1867, el cual fijaba también la edad para contraer matrimonio en 14 años, para el varón, y en 12 años, para la mujer.
En su primera redacción, el antecedente de lo que posteriormente sería el art. 144 del Código civil francés, esto es, el art. II del Capítulo II, titulado de las *Cualidades y de las Condiciones necesarias para poder contraer matrimonio*, del 6º Proyecto de ley del Libro I del Código, *Del matrimonio*, establecía que el hombre no podía casarse antes de la edad de quince años cumplidos y la mujer antes de los trece.
El precepto fue discutido en la sesión del 26 de Fructidor del año 9 de la República, discusión de las que nos da noticias, LOCKÉ: *Procès-Verbaux du Conseil d'État, contenant la discussion du Projet de Code civil*, años 9 y 10, I, Imprimerie de la République, Paris, Año XII (1804), pp. 231-233. Hubo quien, como Berlier, defendió el precepto, argumentando que se hallaba en sintonía con la costumbre y que siempre se había ligado la capacidad para contraer matrimonio a la pubertad y que, siendo raro el matrimonio a edades tan tempranas, debía dejarse al cuidado de las familias la posibilidad de reparar a través del matrimonio deslices de los jóvenes. Por el contrario, el Primer Cónsul sostuvo que no sería provechoso que la entera generación se casara a edades tan tempranas, por lo no que había que acoger la regla general que establecía el precepto, en lo que estuvieron de acuerdo la mayoría de los asistentes, por lo que se rechazó el artículo, proponiéndose que se fijara como edad mínima para casarse en dieciocho años para el varón y en quince años para la mujer, a menos que se obtuviera dispensa para casarse antes.
El art. 144 del Código civil francés acabaría, así, fijando la edad para contraer matrimonio en los dieciocho años para el varón y en los quince años para la mujer. Comentando el precepto MALEVILLE, J. de: *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. I, Paris, 1805, observa que tal previsión se explica porque los cónyuges demasiado jóvenes no tienen la madurez de espíritu y la experiencia necesaria para llevar adelante una casa y criar a sus hijos. No obstante, el art. 145 del Código civil galo permitía al Gobierno dispensar el impedimento de edad por motivos graves.
El art. 55 del Código civil italiano de 1865, al igual que el francés, establecía la edad de quince años para la mujer y de dieciocho para el hombre, pero permitía al Rey dispensar el impedimento, una vez que la mujer hubiera cumplido los 12 años y el varón los 14.
- 4 V. las agudas críticas de esta regulación realizadas por SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 46 CC”, en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 157-158, desde un punto de vista constitucional.
- 5 Utilizamos palabras de FINOCCHIARO, F.: *Matrimonio*, en *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* (coord. F. GALGANO), tomo II, arts. 84-158, Zanichelli, Bolonia, II Foro italiano, Roma, 1993, p. 25.

El Código civil español, inspirándose en el Derecho canónico, regulaba como impedimentos la impotencia⁶, el orden sagrado y la profesión religiosa⁷, el parentesco de afinidad⁸, el conyugicidio⁹ y el rapto¹⁰, así como una serie de licencias cuya infracción, afectaba a la licitud, pero no, a la validez del matrimonio (impedimentos no dirimentes, sino impedientes, en terminología canónica) según resultaba del viejo art. 50 CC, las cuales estaban recogidas en el art. 45 CC, que afectaban a los menores de edad (que para casarse tenían que obtener el consentimiento de la familia en los términos previstos en el art. 46); a la viuda durante los trescientos un días siguientes a la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento, si hubiese quedado encinta, y a la mujer, cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, “en los mismos casos y términos, a contar desde su separación legal”; y al tutor y a sus descendientes con las personas que tuviera o hubiese tenido en guarda hasta que, acabada la tutela, se aprobasen las cuentas de su cargo, salvo el caso de que el padre de la persona sujeta a tutela hubiese autorizado el matrimonio en testamento o en escritura pública¹¹.

El Código civil español se apartaba del Código civil francés (su modelo, salvo en ámbitos como el del Derecho de familia), el cual, ya en 1804, suprimió el impedimento de impotencia¹², pero, con toda probabilidad, esa supresión no vino

- 6 El art 83. 3º CC (correspondiente al art. 4.3 de la Ley de Matrimonio civil obligatorio) impedía contraer matrimonio a “Los que adolecieren de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable”.
- 7 Según el art. 83. 4º CC (correspondiente al art. 5.2 de la Ley de Matrimonio civil obligatorio), no podían contraer matrimonio “Los ordenados in sacris y los profesos en una Orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de castidad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica”.
- 8 El art. 84 CC (trasunto del art. 6 núm. 1, 3 y 4 de la Ley de Matrimonio civil obligatorio) establecía el impedimento de parentesco por afinidad legítima o natural en la línea recta; y en línea colateral hasta el cuarto grado en la afinidad legítima y hasta el segundo grado en la afinidad natural, si bien éstos últimos podían ser dispensados por el Gobierno, a instancia de parte, con “justa causa”.
- 9 En la primera edición del Código civil el impedimento de conyugicidio estaba contenido en el número 8º del art. 84, que se refería a “Los que hubiesen sido condenados como autores, o como autor y cómplice de la muerte del cónyuge de cualquiera de ellos”, pasando el mismo texto al número 7º del precepto en la segunda edición del Código.
En la primera edición el número 7º del art. 84 CC (trasunto del art. 6.6. de la Ley de Matrimonio civil obligatorio) impedía contraer matrimonio entre sí a los adúlteros condenados por sentencia firme, impedimento, que fue suprimido en la segunda edición del Código.
- 10 El originario art. 101.3 CC declaraba nulo el matrimonio “contraído por el raptor con la robada, mientras ésta se halle en su poder”.
- 11 Los antecedentes de estos preceptos se hallan en los arts. 5, núm. 3 y 4, y 6, núm. 9 y 10, de la Ley de Matrimonio civil obligatorio.
- 12 Como también el de rapto, al que, sin embargo, PORTALIS, J. E. M.: *Discours, rapports et travaux sur le Code civil*, Jouvert, Paris, 1844, p. 25, consideraba (junto a la falta de libertad y al error sobre la persona) como un impedimento para contraer matrimonio, impuesto por la naturaleza misma en atención a los fines y caracteres del mismo, que nunca podía ser dispensado, al provocar la falta de un verdadero consentimiento. De hecho, el impedimento sí aparecía en el art. IV.I del Capítulo II, titulado de las *Cualidades y de las Condiciones necesarias para poder contraer matrimonio*, del 6º Proyecto de ley del Libro I del Código, *Del matrimonio*, el cual decía que no hay consentimiento (además de en los casos de violencia y error en la persona del otro contrayente, contemplados en los núms. 1 y 2 del precepto) si hubiera habido rapto, salvo que la persona raptada lo hubiese prestado, una vez recuperada su libertad.
El precepto sería rechazado en la sesión de 26 de Fructidor del año 9 de la República, acogiéndose, como expone LOCKÉ: *Procès-Verbaux*, cit., I, p. 240, la propuesta de Bigot-Préameneu, conforme a la cual “No hay matrimonio, cuando no hay consentimiento; no hay consentimiento cuando hay violencia, seducción

motivada porque el legislador galo tuviera una concepción del matrimonio muy distinta a que subyacía en la mente del legislador español¹³. Ambos presuponían, en realidad, una visión del matrimonio, en la que primaba su consideración como una institución de carácter social encaminada a la procreación y educación de los hijos¹⁴; de otro modo no se entiende por qué un sector de la doctrina francesa¹⁵ habría de calificar como *inexistente* (no meramente nulo) el matrimonio entre personas del mismo sexo, reputando la heterosexualidad un requisito esencial de la institución matrimonial¹⁶.

o error en la persona". Sin embargo, esta propuesta tampoco pasaría al art. 146 del *Code*, que se limita a decir que "No hay matrimonio, cuando no hay consentimiento", sin que en el art. 180 del mismo, que declara la nulidad del matrimonio contraído sin consentimiento libre, exista ninguna referencia al rapto o a la seducción.

DURANTON: *Cours de Droit civil, suivant le Code français*, tomo II, 2ª ed., Alex-Gobelet, Paris, 1828, pp. 36-38, observa que el rapto violento, al igual que cualquier intimidación, sólo da lugar a la posibilidad de ejercitar una demanda de nulidad en favor de la persona violentada, siempre que la violencia subsista al tiempo de la celebración del matrimonio. Respecto del rapto por seducción, también llamado *raptus in parentes*, por considerarse cometido contra la familia del menor seducido, constata que ya no es causa de anulación del matrimonio, limitándose el art. 182 del *Code* a conceder a los familiares la acción de nulidad, cuando el matrimonio se hubiera celebrado sin su consentimiento cuando fuera preciso.

- 13 Con anterioridad, la impotencia era un impedimento dirimente, pero POTHIER: *Traité du contrat de mariage*, t. II, Paris, Orleans, 1771, pp. 78-79, entendía que, a pesar de ello, no podía ser invocada por el contrayente impotente, sino, exclusivamente, por el otro contrayente, pues, siendo una cuestión secreta, no ofendía a la honestidad pública. Por ello, aunque no lo dijera expresamente, hay que entender, que, a su juicio, tampoco podía ser invocada por el Ministerio Público, pues, según el autor, éste no podía demandar la invalidez del matrimonio por motivos ignorados por el público (p. 87).
- 14 Es, así, de todos conocida la célebre definición de matrimonio de PORTALIS, quien, en la Sesión del Consejo de Estado, de 1 de Ventôse del año XI de la República, en la Exposición de Motivos del Título V del Proyecto de Código civil, lo define como la sociedad del hombre y de la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse a llevar adelante las dificultades de la vida, a través del socorro mutuo, y para compartir su común destino. Cfr. LOCRE: *Procès-Verbaux du Conseil d'État, contenant la discussion du Projet de Code civil*, año XI, tomo II (1803), Imprimerie de la République, Paris, 1803, p. 505.
En la doctrina PROUDHON: *Cours de Droit français*, parte 1ª, *Sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code Napoléon*, tomo I, 2ª ed., M. Antoine, Paris, 1811, pp. 214-215, definía, así, el matrimonio como una asociación legítimamente contraído por un hombre y una mujer que comporta la mutua entrega de sus facultades naturales con promesa de asistencia y de fidelidad recíprocas; y afirma que ha sido instituido por la naturaleza para la propagación del género humano, siendo el fundamento de la sociedad. TOULLIER, C. B. M.: *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon*, tomo I, Nève, Paris, 1811, p. 594, afirma tajantemente que la finalidad del matrimonio es la procreación de los hijos y la perpetuación de la especie. VAZEILLE, F. A.: *Traité du mariage*, tomo I, Bavoux, Nèvem, Paris, 1825, p. 3, entiende, en cambio, que, aunque la procreación no es, en sentido estricto, la finalidad del matrimonio, es, en general, efecto necesario del mismo, añadiendo que, como institución civil, el matrimonio tiene con objeto principal determinar un padre para los hijos.
- 15 Cfr. en este sentido ZACHARIAE, C. S.: *Cours de Droit civil français* (revisado y aumentado por C. AUBRY y C. RAU), t. III, F. Lagier, Estrasburgo, 1839, p. 212; o LAURENT, F.: *Principes de droit civil*, tomo II, Bruylant-Cristophe, Bruxelles, Paris, 1870, p. 343.
La categoría de la inexistencia, asociada a la idea que *en matière de mariage il n'y a pas de nullité sans texte*, que impedía, además, la aplicación de la institución del matrimonio putativo, fue, sin embargo, perdiendo fuerza en la doctrina científica francesa, que acabó admitiendo causas de nulidad implícitas o virtuales. Cfr., en este sentido, BATTEUR, A.: *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 8ª ed., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2015, p. 334; MALAURIE, Ph. y FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*, 5ª ed., LGDJ, 2016, pp. 170-171, o TERRE, F., GOLDIE-GENICON, Ch. y FENOUILLET, D.: *Droit civil, La famille*, 9ª ed., Dalloz, Paris, 2018, pp. 139-140.
Por otro lado, al admitir la Ley nº 404 de 17 de marzo de 2003 el matrimonio entre personas del mismo sexo, desapareció la causa prototípica de inexistencia. En efecto, el art. 13 de dicha Ley introdujo un art. 6.1 al Código civil francés, según el cual el matrimonio produce idénticos efectos, con independencia de que los cónyuges sean de diferente o del mismo sexo.
- 16 V. a este respecto Cass. Civ. 6 abril 1903, S., 1904-I, 273, que afirma que el matrimonio no puede ser legamente contraído más entre dos personas de sexo masculino y femenino, por lo que subordina su existencia a la condición de que el sexo de cada uno de los contrayentes sea conocido y difiera del otro.

La razón fundamental (además buscar un modelo de matrimonio civil propio diferenciado del canónico) –nos parece a nosotros- fue otra, a saber, preservar la intimidad de la familia, evitando injerencias judiciales en un ámbito –sobre todo, en aquella época- tan *espinoso* como el de la capacidad sexual del marido para mantener relaciones sexuales con su mujer; nos parece, así, indicativo que, entre las causas de divorcio contempladas en los originarios arts. 239 a 233 del *Code*, al menos expresamente, no se recogiera la impotencia del marido¹⁷. Eso sí, había una importante diferencia entre ambas legislaciones, porque en la francesa, aunque la procreación fuera un fin implícito de la institución matrimonial *in genere*, no tenía por qué serlo de los concretos matrimonios que se celebraran (siempre, entre un hombre y una mujer)¹⁸. Por otro lado, el común de los autores, propugnó, desde tiempos tempranos, la relevancia invalidante del error consistente en ignorar la impotencia *coeundi* del otro contrayente, merced a una interpretación extensiva de la expresión “*erreur dans la personne*” del art. 180 del *Code*¹⁹.

El derecho a contraer matrimonio, consagrado en el art. 32 CE, es manifestación del principio de libertad nupcial, el cual, a su vez, tiene una evidente conexión con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), en la medida en que a través de aquélla se salvaguarda un interés fundamental de la persona a constituir una familia fundada en el matrimonio y a desenvolverse en ella la propia personalidad, por lo que

- 17 Así se deduce claramente de los términos en que se pronuncia DURANTON: *Cours*, cit., tomo II, pp. 55-56. Observa el autor que, con anterioridad a la promulgación del Código civil francés, la impotencia era un impedimento para contraer matrimonio, constatando que el Código guarda silencio absoluto sobre este punto, lo que explica porque la prueba de la impotencia natural repugna a las buenas costumbres, por ser siempre difícil, indecente y raramente segura. Admite, en cambio, que la impotencia que llama accidental, existente antes del matrimonio, causada por accidente o por “*une operation de l'art*”, pueda encauzarse por vía de error.
- 18 DURANTON: *Cours*, cit., tomo II, pp. 4-5, se refiere, así, al matrimonio, como a la unión legítima entre un hombre y una mujer, que generalmente se asocian para perpetuar su especie y siembra para compartir su común destino.
- 19 Cfr., ya en este sentido, DURANTON: *Cours*, cit., tomo II, p. 56, respecto a la impotencia accidental (no natural). VAZEILLE, F. A.: *Traité*, cit., tomo I, p. 98 y ss., atribuye relevancia invalidante a la ignorancia de la impotencia del otro contrayente, tanto en el caso de impotencia accidental, como natural, tesis ésta, que es la que acabaría prevaleciendo, siendo acogida, entre otros, por DEMOLOMBE, C.: *Traité du mariage et de la séparation de corps*, tomo I, Imprimerie Générale, Paris, 1884, pp. 405-406; MARCADE, V.: *Explication méthodique et raisonnée du Code civil*, tomo I, 2ª ed., Corbeil, Paris, 1844, p. 555.
Esta tesis acabaría imponiéndose, a pesar, de la resistencia de autores, como LAURENT, F.: *Principes*, cit., t. II, pp. 379-380, a interpretar extensivamente la expresión “*erreur dans la personne*” del art. 180 del *Code*, negando la relevancia invalidante del error recayente sobre cualquier cualidad personal del otro contrayente, y, en particular, el atinente a la potencia *coeundi*, considerado dicha posibilidad como una “*herejía jurídica*”, por dar lugar a la consideración como vicio del consentimiento de un mero error sobre los motivos o móviles subjetivos y ser una doctrina “*deplorable*”, al reducir al Derecho al arbitrio del juez.
En cualquier caso, la Ley de 11 de julio de 1975 dio nueva redacción al art. 180 del *Code*, admitiendo que el error sobre cualidades esenciales del otro contrayente pueda también (junto al error sobre su identidad) ser causa de nulidad de matrimonio, entendiendo el común de la doctrina que entre dichas cualidades esenciales se incluye la aptitud para mantener relaciones sexuales, salvo que se trate de un contrayente de edad relativamente avanzada. V. en este sentido, entre otros, BATTEUR, A.: *Droit des personnes*, cit., p. 316; BUFFELAN-LANORE, Y. y LARRIBAU-TERNEYRE, V.: *Droit civil. Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 19 ed., Sirey, Paris, 2015 p. 607; COURBE, P. y GOUTTENoire, A.: *Droit de la famille*, 6ª ed., Sirey, Paris, 2013, p. 55; MALAURIE, Ph. y FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*, cit., p. 131; o TERRÉ, F., GOLDIE-GENICON, Ch. y FENOUILLET, D.: *Droit civil*, cit., p. 141.

sólo puede ser limitada legalmente, mediante una regulación de los impedimentos matrimoniales respetuosa con esta idea²⁰.

Por ello, hay que valorar positivamente que la Ley 30/1981 suprimiera los impedimentos de impotencia, orden sagrado y profesión religiosa, parentesco por afinidad y de raptó (así como las licencias, cuya no obtención no afectaban a la validez, sino a la ilicitud del matrimonio), introduciendo un nuevo factor de *personalización* del matrimonio, que se convirtió, así, en cauce de desarrollo personal de los individuos carentes de potencia *coeundi*, así como de los impedidos para contraer matrimonio en virtud de reglamentaciones de carácter confesional o de los ligados entre sí por parentesco de afinidad.

El Estado renunció, pues, a excluir el acceso al matrimonio de estas personas, sin perjuicio de que el error sobre la aptitud sexual o sobre la condición de sacerdote o religioso profeso puedan alcanzar relevancia invalidante, en el caso concreto, ex actual art. 73.4º CC (que, tras la reforma operada por la Ley 30/1981, contempla entre las causas de nulidad matrimonial el error en cualidad); y la situaciones de coacción o miedo grave a través del también reformado (por la misma Ley 30/1981) art. 73.5º CC (coincidente con el segundo inciso del originario art. 101.2º CC), es decir, como vicios del consentimiento; con exclusión, por lo tanto, de consideraciones de orden público acerca de la estructura de la familia, idea ésta última, que preside la regulación de los impedimentos matrimoniales.

En particular, la supresión del impedimento de impotencia²¹ también debe ser enjuiciada positivamente desde el punto de vista del respeto al derecho fundamental

20 La libertad nupcial positiva no puede quedar coartada por normas puramente administrativas, pues el art. 32.2 CE establece que "La ley regulará [...] la edad y capacidad para contraerlo".

Así lo constató la RDGRN 3 diciembre 1993 (RAJ 1993, 10175), que resolvió un recurso del Ministerio fiscal contra el auto del juez encargado del Registro civil, que autorizaba el matrimonio de una española con un ciudadano checo a quien, por expediente administrativo, se había expulsado de España, habiéndosele prohibido la entrada en territorio español por un período de tres años. La DGRN entendió que "el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental de las personas, reconocido en el art. 32 de la Constitución [...] y por los Convenios internacionales que ligan a España. Por esto [...] sólo está supeditado a los obstáculos de orden civil establecidos por el Código, pero no puede quedar coartado por normas administrativas de otro carácter, máxime cuando ninguna de ellas subordina, porque ello supondría una limitación intolerable a un derecho fundamental, la celebración del matrimonio de un extranjero en España a su condición de residente legal en España".

21 En Italia, la Ley nº 51, de 9 de mayo de 1975, suprimió el impedimento de impotencia, supresión que, en aquel momento, suscitó reparos en algún sector de la doctrina.

Así, PIETROBON, V.: "Comentario al art. 122 del Código civil", en AA.VV.: *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (a cargo de L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABBUCHI), t. I, parte 1ª (arts. 1-89), *Introduzione generale. Domicilio e assenza. Matrimonio. Scioglimento del matrimonio e separazione personale. Regime patrimoniale della famiglia*, Cedam, Padova 1977, pp. 158-160, opuso dos reparos. El primero que la reconducción de la impotencia a una cuestión de puro error en cualidad personal no era, quizás, del todo adecuada, en la medida en que se privaba del derecho a solicitar la nulidad del matrimonio al contrayente que careciera de capacidad para mantener relaciones sexuales, el cual podría llegar al convencimiento de que, si su consorte hubiera conocido la verdadera situación de hecho, no habría prestado el consentimiento; mientras que éste último, por el contrario, pudiera tener reparos morales en invocar un error de esta naturaleza. El otro inconveniente señalado por el autor era el de que la acción de nulidad por error no podía ser ejercitada, si los contrayentes, antes de la celebración del matrimonio, conocían la impotencia de uno de ellos, pero tenían dudas acerca de su posible curación.

a la intimidad personal y familiar, consagrado en el art. 18 CE²². El originario art. 102 CC excluía la legitimación activa del Ministerio Fiscal respecto del ejercicio de la acción de nulidad por impotencia, pero atribuía dicha legitimación, no sólo a los contrayentes, sino a cualquier persona que tuviera interés en la nulidad: se posibilitaba, así, la intromisión de terceros en aspectos que afectaban a la intimidad de las partes del negocio. Dicha intromisión no es ya posible: suprimido el impedimento de impotencia, el vigente art. 76.I CC concede legitimación para ejercitar la acción de nulidad por error sobre la potencia *coeundi* del otro contrayente²³, exclusivamente, a quien padeció el vicio del consentimiento, con lo que se evitan eventuales lesiones del derecho a la intimidad familiar²⁴.

La posibilidad de que el matrimonio sea declarado nulo por error sobre la cualidad de sacerdote o religioso profeso del otro contrayente no es contraria al principio constitucional de aconfesionalidad del Estado, que impone su neutralidad ante el hecho religioso y, por ende, excluye que la legislación estatal haya de estar inspirada en los postulados de una determinada confesión religiosa. Dicho principio sería claramente vulnerado si la legislación civil, inspirándose en la canónica, hubiera

Respecto de la primera de las objeciones, entendemos que es razonable atenerse a la particular valoración que de las circunstancias realice el contrayente que padeció el error: si éste, por las razones que sea, decide no impugnar la validez del matrimonio, debe respetarse su libérrima decisión. El segundo de los reparos está, obviamente, fundado, porque el estado psicológico de duda excluye el error. No obstante, si los contrayentes sabían que existía la posibilidad de que la impotencia no llegara a ser curada y, pese a ello, consintieron en contraer matrimonio (cuya validez, a tenor del art. 45, II CC español, no puede ser subordinada a la condición de que la impotencia sea curada), no parece reprochable que deban soportar los riesgos anejos a su decisión. El supuesto nos parece radicalmente distinto a la hipótesis en la que un contrayente ignorara la impotencia de la otra parte en el momento de la celebración de las nupcias: en tal caso, existiría un error en una cualidad de incontestable entidad, que viciaría gravemente el consentimiento, y de ahí que el legislador establezca la pertinente acción de impugnación del matrimonio.

JEMOLO, A.C.: "La nullità per impotenza", *Riv. dir. civ.*, 1979, II, pp. 649 ss., consideró otro inconveniente el hecho de que, tras la reforma de 1975, la ignorancia de la impotencia *coeundi* del otro contrayente sólo podrá ser alegada en el plazo de un año, a contar desde el desvanecimiento del error, con la consecuencia de que la mujer quedar unida en matrimonio, si, una vez descubierta la impotencia del varón, no interpone la acción antes del transcurso del plazo de caducidad de la misma, por lo que no podrá esperar a los resultados de las pruebas y del tratamiento clínico a los que se someta la otra parte (la crítica -repárese en ello- parte de la premisa de que la impotencia debiera poder ser invocada en todo tiempo).

Sin embargo, a nuestro parecer, no debe olvidarse que el interés de los contrayentes a la tutela de la *integridad* del consentimiento nupcial ha de ser combinado con el interés público a la certeza de las actuaciones relativas al estado civil de las personas.

- 22 GARCÍA CANTERO, G.: "Nulidad de matrimonio", AC, 1993-3, p. 537, va más lejos y apunta la idea de que, quizás, la supresión del impedimento de impotencia esté relacionada con "las dificultades prácticas de la prueba en relación con el derecho a la intimidad".
- 23 La SAT Valencia 9 mayo 1984 (RGD 1984), p. 2455, contempló un supuesto de impotencia *coeundi*, alegada por la demandante, como consecuencia de una pretendida psicopatía asténica del demandado. La Audiencia desestimó la demanda por dos motivos. De una parte, entendió que en el supuesto juzgado no existió error porque la propia actora había tenido conocimiento de las irregularidades psicológicas del demandado, según testimonió el propio médico que había emitido un certificado acreditando que el demandado, antes de la celebración de las nupcias, había sido tratado de una impotencia *coeundi* absoluta. De otra, entendió el tribunal que la cualidad alegada no tenía entidad suficiente, por el carácter contradictorio de las pruebas médicas presentadas (tres médicos testimoniaron que el demandado podía cumplir sus "obligaciones matrimoniales") y "porque hubo consumación del matrimonio seguida de flacidez y repulsión".
- 24 "La regla -observan DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, 6ª ed. (2ª reimpresión), Tecnos, Madrid, 1995, p. 83, merece parabienes en la medida en que la nulidad por error sólo puede demandarla quien ha sufrido el error mientras que la nulidad por falta de presupuestos permite una acción del Ministerio Fiscal (art. 74). Así, el debate sobre el vidioso tema de la potencia o impotencia se restringe a los directamente afectados por ella".

mantenido los impedimentos de orden sacerdotal o profesión religiosa o si hubiese negado capacidad para contraer matrimonio civil a los miembros de la confesión religiosa católica o a los que, estando canónicamente casados, hubieran solicitado y obtenido sentencia de divorcio. En este caso, existiría además una reprochable restricción de la libertad matrimonial y del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad. Nos hallaríamos en presencia de una discriminación que, por carecer de justificación objetiva y razonable (desde la perspectiva de los valores constitucionales), lesionaría el principio de igualdad proclamado en el art. 14 CE. Se privaría del derecho fundamental a contraer matrimonio a ciertas *categorías* de personas (sacerdotes, religiosos, individuos casados canónicamente o católicos, en general), que resultarían, así, discriminadas respecto de las personas en que no concurrieran los caracteres definitorios de la *categoría* en cuestión.

Pero el principio de aconfesionalidad no significa que el Estado deba ignorar las creencias religiosas de los ciudadanos. Así se deduce del art. 16.3 CE, que contiene un mandato dirigido a los poderes públicos, en cuya virtud éstos deberán tener en cuenta "las creencias religiosas de la sociedad española". Por ello, no creemos que una sentencia de nulidad por error en *cualidades confesionales* vulnerara el principio de aconfesionalidad del Estado. Dicha sentencia no se dirigiría a privar del *ius connubii* a ciertas categoría de personas (no entrañaría, pues, una discriminación por razón de religión), sino que, conforme al principio de libertad nupcial, estaría orientada a tutelar la *libertad e integridad* del consentimiento de aquellos contrayentes que, en virtud de sus creencias religiosas, desean unirse en matrimonio con personas que no estén afectadas por una incapacidad para contraer según la normas establecidas por la confesión a la que libremente se adscriben. Es más, posibilita una eficaz tutela de una concreta manifestación de la libertad religiosa, consistente en la libertad de contraer matrimonio con respeto a las propias creencias de la persona.

Creemos que la supresión del impedimento de afinidad merece un juicio positivo, pues en este tipo de parentesco legal no se dan las circunstancias morales y biológicas que hacen que el matrimonio entre consanguíneos próximos, sea algo, no sólo socialmente reprobable (rechazo del incesto), sino desaconsejable desde el punto de vista de la perpetuación de la especie: que un suegro se case con su nuera o un cuñado con su cuñada podrá parecer a algunos poco decoroso, pero no pensamos que ello sea motivo suficiente para limitar su libertad nupcial, impidiéndoles contraer matrimonio entre sí, lo que, a nuestro parecer, sería una injerencia estatal desproporcionada en el ejercicio de un derecho fundamental.

Sobre el marco diseñado por la Ley 30/1981, de 7 de julio opera la reforma de Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, que, como tendremos ocasión de exponer afecta la edad para contraer matrimonio (eliminando la posibilidad de dispensa por justa causa en el caso de mayores de edad), al denominado

impedimento de crimen y a la tramitación del expediente para autorización de matrimonio, en orden a constatar la posible existencia de deficiencias psíquicas que impidan a los contrayente prestar el consentimiento matrimonial.

En este trabajo partiremos de una distinción (plenamente asentada en la doctrina italiana)²⁵ entre los requisitos de capacidad para contraer matrimonio, exigibles a todo contrayente, cualquiera que sea la persona con la que pretenda casarse (los tradicionalmente denominados impedimentos absolutos en la tradición canónica) y los impedimentos en sentido estricto, que prohíben que un contrayente, plenamente capaz para casarse, pueda, no obstante, contraer matrimonio con determinada persona (de ahí, que se llamen impedimentos relativos).

En el Derecho español los requisitos de capacidad y los impedimentos matrimoniales afectan a la validez del vínculo, es decir, tienen carácter *dirimente*, mientras que el Derecho italiano, como veremos, regula también impedimentos *impedientes* (o meramente prohibitivos) esto es, aquellos cuya presencia no provoca la nulidad del matrimonio, sino que, exclusivamente, afectan a la regularidad o licitud de su celebración, por lo que, en este punto, faltará el término de comparación español²⁶.

Respecto a los requisitos de capacidad para contraer matrimonio, tanto el Derecho español, como el italiano, regulan (aunque con significativas diferencias) la mayoría de edad y la libertad de estado. Pero, además, el Código civil italiano (lo que, como veremos, es criticado por un sector de la doctrina, que duda de la constitucionalidad de la solución consagrada en este punto por dicho Código) considera un requisito de capacidad la inexistencia de un estado de incapacitación judicial de los contrayentes. Este último requisito es desconocido en el Derecho español, el cual, no obstante, antes de la reforma de 1981, contemplaba como una cuestión de capacidad nupcial, no la inexistencia de un estado de incapacitación (que, entre nosotros nunca fue un impedimento), sino la circunstancia de que quienes pretendieran contraer matrimonio se hallasen en la plenitud de sus facultades mentales.

El originario art. 83.2º CC²⁷ impedía, así, casarse a “Los que no estuviesen en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio”²⁸, pero la Ley

25 Y, entre nosotros, claramente formulada por GARCÍA CANTERO, G.: “De los requisitos del matrimonio”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2º ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 51, al que sigo en este punto.

26 La distinción, de claro origen canónico, era seguida por POTHIER: *Traité*, cit., t. I, pp. 92-93.

27 Correspondiente al art. 4.2 de la Ley de Matrimonio civil obligatorio.

28 El mismo planteamiento se encuentra en POTHIER: *Traité*, cit., t. I, pp. 97-99, quien considera un impedimento dirimente absoluto el estar privado del uso de razón, admitiendo, no obstante, la validez del matrimonio

30/1981 eliminó, sin embargo, dicho impedimento²⁹, por lo que la cuestión debe reconducirse ahora al art. 73.I CC (falta de consentimiento matrimonial), sede ésta que parece más adecuada, en la medida en que se evidencia mejor que la capacidad natural para consentir tiene que tener como referencia el concreto matrimonio que se pretende celebrar³⁰. En cualquier caso, dada la naturaleza de

contraído en intervalo lúcido y afirmando que no podía entenderse que estuviesen privados del uso de razón los sordomudos de nacimiento, que hacen entender su pensamiento a través de signos.

- 29 El impedimento no aparece en el Código civil francés, aunque, sí en el art. III del Capítulo II, titulado de las *Cualidades y de las Condiciones necesarias para poder contraer matrimonio*, del 6º Proyecto de ley del Libro I del Código, *Del matrimonio*, el cual consideraba incapaces para contraer matrimonio a los incapacitados por causa de demencia o de locura (núm. 1º), así como a los sordomudos de nacimiento, a menos que se hubiese constatado que fuesen capaces de prestar el consentimiento.

Lo cierto es que, al discutirse el precepto en la sesión de 26 de Fructidor del año 9 de la República, surgió una gran discusión por lo que se refiere a la exclusión de la capacidad nupcial del sordomudo de nacimiento, que es posible seguir en LOCRÉ: *Procès-Verbaux*, cit., I, pp. 234-236. En particular, fue contrario el Primer Cónsul, quien preguntó por qué la privación del oído y de la palabra habría de ser considerada un impedimento, más que otras enfermedades que se podían traer a colación; y propuso que el precepto no nombrara a los sordomudos, ya que estos podrían casarse, a condición (requerida para todos los contrayentes) de que pudieran prestar el consentimiento, por lo que debía limitarse a decir cómo debían expresarlo. El precepto fue rechazado.

Comentando el iter legislativo del art. 146 del *Code*, concluye DURANTON: *Cours*, cit., tomo II, p. 19, que pareció suficiente la regla general, que pasó a ser la versión definitiva del precepto, según la cual “No hay matrimonio sin consentimiento”. No obstante, el autor considera que no existe ninguna duda razonable acerca de que el incapacitado por causa de demencia o locura no pueda contraer matrimonio válidamente en virtud del art. originario 502 del *Code* (hoy no vigente), conforme al cual todos sus actos posteriores a la incapacitación, realizados sin la asistencia del consejo, son nulos (p. 20); y que, si el demente no estaba incapacitado, el matrimonio podrá ser anulado por falta de consentimiento (p. 23). Cfr. en el mismo sentido, entre otros, MARCADE, V.: *Explication*, cit., tomo I, p. 458; o VAZEILLE, F. A.: *Traité*, cit., tomo I, p. 86. PLANIOL, M: *Traité élémentaire de Droit civil*, tomo III, F. Pichon, Paris, 1901, observa que las personas privadas de uso de razón carecen de capacidad para contraer matrimonio y, refiriéndose al contraído por el loco en intervalo lúcido, afirma que el Código admite implícitamente su validez, pues atiende a la voluntad en el momento de prestar el consentimiento, pero entiende que tal solución es desacertada y que, afortunadamente, se corrige por los efectos de la incapacitación judicial por demencia o locura, la cual provoca una incapacidad general permanente, de modo que se cierra la posibilidad de que el loco incapacitado pueda celebrar matrimonio válidamente en un intervalo lúcido.

Un sector autorizado de la doctrina científica posterior afirmó, en cambio, con sólidos argumentos, la validez del matrimonio contraído por el incapacitado en un intervalo lúcido. Así, CARGANDEL, L.: *Le consentement des époux au mariage en Droit civil français et en Droit canonique modernes*, Sirey, Paris, 1934, p. 20, refiriéndose al originario art. 502 del *Code*, afirma que no se aplica al matrimonio, puesto que el matrimonio sólo puede ser consentido por el interesado, sin que un tutor pueda contraer por él una obligación en una materia tan personal. El mismo argumento es utilizado por RAYMOND, G.: *Le consentement des époux au mariage. Étude de Droit positif français*, LGDJ, Paris, 1965, pp. 100-101, quien considera inadmisibles exigir el consentimiento de un tercero cuando el incapacitado es plenamente consciente, pues ello supondría un atentado a la libertad individual y a la libertad de matrimonio, y concluye afirmando que, desde el momento en que hay consentimiento, puede haber matrimonio.

Sin embargo, no fue ésta la posición que la legislación francesa acabaría adoptando. Así, el art. 406 del *Code* (en vigor hasta el 1 de enero de 2009) estableció que “en los casos de mayor sujeto a tutela no está permitido el matrimonio, más que con el consentimiento de un consejo de familia especialmente convocado para deliberar sobre la cuestión”, después de haber oído a los futuros cónyuges; precisó que no era necesario la reunión del consejo de familia si ambos progenitores daban su consentimiento al matrimonio; y requería, en todo caso, la opinión del médico que lo tratase.

En la actualidad, el art. 460 del *Code*, en la redacción dada por la Ley nº 308 de 5 de marzo de 2007 (en vigor, desde el 1 de enero de 2009), afirma que “El matrimonio de una persona sujeta a curatela no está permitido, más que con autorización del curador, o en su defecto, con la del juez”; y que “El matrimonio de una persona sujeta a tutela no está permitido, más que con autorización del juez o del consejo de familia, si ha sido constituido y después de haber oído a los futuros cónyuges y recabado, cuando se considerare preciso, la opinión de los padres y del entorno”. MALAURIE, Ph.: *Droit des personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, 8ª ed., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 365, observa que la Ley de 2007, conforme a su espíritu, orientado a aumentar la libertad de los mayores protegidos, ha aligerado las formalidades de estos matrimonios.

- 30 En este sentido se pronuncia DE PABLO CONTRERAS, P.: “Comentario al art. 76 CC”, en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA

este trabajo, estudiaremos aquí esta materia, para poder realizar la correspondiente comparación con el Derecho italiano, el cual no es que considere dicha aptitud como un requisito de capacidad nupcial (tal y como hacia el originario art. art. 83.2° CC), pero sí –como acabamos de decir- la inexistencia de incapacitación judicial de los contrayentes, por lo que es común que los autores italianos traten de ambas cuestiones en esta sede.

Por cuando concierne a los impedimentos hay coincidencia respecto a los regulados como dirimientes (invalidantes del matrimonio), ya que ambos códigos civiles regulan como tales el de parentesco (que el italiano, a diferencia del español, extiende también a los afines) y el de crimen. En cambio, como ya hemos dicho, el código civil italiano regula también impedimentos meramente impeditivos (el de luto vidual y el de omisión de publicaciones), inexistentes en el español.

Con carácter previo a la exposición comparada de los requisitos de capacidad y de los impedimentos, nos referiremos, si bien brevemente, a la categoría de la nulidad, desde la perspectiva de ambos derechos, al objeto de encuadrar las explicaciones, punto éste sobre el que mantenemos posiciones que –como se verá- no son idénticas.

II. DERECHO ESPAÑOL.^{31*}

I. La nulidad matrimonial.

A mi parecer, es indudable la autonomía de la teoría de la nulidad matrimonial respecto del Derecho civil patrimonial, porque el matrimonio no es un acuerdo de voluntades, dirigido a constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, sino un negocio jurídico de Derecho de familia y, más concretamente, un negocio constitutivo de *status*, que incide sobre la persona de los cónyuges, dando lugar entre ellos a una plena comunidad de vida (material y espiritual), tendencialmente perpetua, con los derechos-deberes de convivencia, fidelidad, respeto, socorro mutuo y de actuar en interés superior de la familia (arts. 67 y 68 CC). Por ello, la construcción de la teoría de la nulidad matrimonial debe partir, ineludiblemente, de las normas específicamente dictadas al efecto por el Código civil, de tal modo que la disciplina de la nulidad de los contratos sólo será aplicable por analogía (para integrar lagunas legales) y en la medida en que dicha disciplina sea compatible con la peculiar naturaleza del negocio jurídico matrimonial.

FERNÁNDEZ, 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 462, que observa que “no se trata de exigir una madurez de juicio abstracta, necesaria para realizar toda clase de actos”, sino la concreta para prestar un consentimiento matrimonial. GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 56 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 128, crítica, sin embargo, tanto la colocación sistemática, como el contenido de la norma.

31 * Este epígrafe ha sido escrito por José Ramón de Verda y Beamonte.

En particular, creo que no es aplicable la tradicional bipartición, propia de los negocios jurídicos patrimoniales, entre nulidad absoluta y anulabilidad³², sino que la “nulidad” matrimonial (que es el término que, en sede de invalidez matrimonial, siempre utiliza el legislador de 1981, que, conociendo de la distinción, para nada habla de “anulabilidad”) es una categoría única³³ (regulada por los arts. 73 ss. CC),

- 32 Otra es, sin embargo, la tesis que, desde antiguo, sigue la doctrina francesa, que, desde antiguo, distingue claramente entre nulidades absolutas y relativas: las primeras son las que están fundadas en motivos de orden público, por lo que pueden ser invocadas por ambos esposos y por el Ministerio Público; las segundas son las fundadas en motivos de interés privado, por lo que sólo pueden ser invocadas por las personas en cuyo interés están establecidas y cuyo silencio, durante un cierto tiempo, es suficiente para que no se pueda atacar la validez del matrimonio por dichos motivos. Cfr., así, DELVINCOURT: *Cours de Code civil*, tomo I, Victor Lagier, Dijon, Videcoq, Paris, 1834, pp. 74-75; como también DEMOLOMBE, C.: *Traité*, cit., tomo I, pp. 366-367; DURANTON: *Cours*, cit., tomo II, p. 225; MARCADÉ, V.: *Explication*, cit., tomo I, p. 538; VAZELLE, F. A.: *Traité*, cit., tomo I, pp. 322-323; y, ya posteriormente, PLANIOL, M.: *Traité*, cit., tomo III, pp. 116 y 129. V., en el mismo sentido, en la reciente manualística, entre otros, BATTEUR, A.: *Droit des personnes*, cit., p. 334; BUFFELAN-LANORE, Y. y LARRIBAU-TERNEYRE, V.: *Droit civil*, cit., p. 626; COURBE, P. y GOUTTENOIRE, A.: *Droit de la famille*, cit., pp. 76-77; MALAURIE, Ph. y FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*, cit., p. 170; o TERRÉ, F., GOLDIE-GENICON, Ch. y FENOUILLET, D.: *Droit civil*, cit., pp. 131 y 133.
- 33 En la doctrina española es mayoritaria la opinión de que la nulidad matrimonial constituye una categoría única, de tal modo, que no es trasladable al negocio matrimonial la distinción entre nulidad y anulabilidad, distinción ésta, propia del ámbito del Derecho de la contratación, donde permanece indiscutida. Cfr., en este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, 12ª ed. (puesta al día por S. DÍAZ ALABART), Edisofer, Madrid, 2013, pp. 79-80; BLASCO GASCÓ, F.: *Instituciones de Derecho civil. Derecho de familia*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 266; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 73 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 801-802; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, cit., vol. IV, p. 119; GETE ALONSO y CALERA, Mª C.: “Comentario al art. 73 CC”, en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 360 ss.; PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 1991, p. 31; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: “La nulidad matrimonial”, en AA.VV.: *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia* (coord. E. LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2009, pp. 69-100; SERRANO ALONSO, E.: *El nuevo matrimonio civil*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 91; DE PABLO CONTRERAS, P.: “Comentario al art. 74 CC”, en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 458. Especialmente certeras me parecen las observaciones de LUNA SERRANO, A.: *La nulidad del matrimonio*, en LACRUZ BERDEJO, J. L., *El nuevo régimen de la familia, vol. I, Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, p. 135, para quien “el diferente tratamiento que en materia de nulidad matrimonial tienen [...] la legitimación y la convalidación según las diferentes causas de invalidez no obedece a circunstancias formalmente reconducibles a categorías abstractas -en cuanto conectadas a intereses homogéneos- sino que, a diferencia de lo que ocurre en tema de contratos -en cuya materia los intereses son homogéneos-, se basa en consideraciones de prudencia y, en definitiva, de política legislativa polivalentes y, desde luego, más sensibles a la diversa apreciación moral y política de las distintas causas que invalidan al matrimonio y a las circunstancias que subsiguen, en cada caso, a su celebración”. Sin embargo, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *La nulidad del matrimonio después de la Constitución*, RGLJ, 1979, pp. 187-189, distingue, en sede de matrimonio, entre nulidad absoluta (en función del carácter objetivo de las respectivas causas de invalidez, es decir, por falta de los elementos esenciales del negocio, y caracterizada por las siguientes notas: acción pública o semi-pública, inaplicabilidad de la convalidación e imprescriptibilidad de la acción) y anulabilidad (nulidad incierta por el carácter subjetivo de la causa que la origina: en consecuencia, la acción para hacerla efectiva es privada y está sujeta a plazo de caducidad, previéndose, además, la eventual convalidación del negocio inválido). Con posterioridad a la promulgación de la Ley 30/1981, GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 73 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 204, admite la distinción entre nulidad absoluta y relativa, aceptando también la categoría de la inexistencia, en la cual engloba los supuestos de falta de consentimiento, así como (en el matrimonio por poderes) la revocación del poder, la muerte del poderdante o la sobrevenida pérdida de capacidad para contraer nupcias en el período trascurrido entre el otorgamiento del poder y la celebración del matrimonio. Más matizada es la opinión de LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, t. VI, *Derecho de familia*, Trivium, Madrid, 1997, p. 88, quien, tras afirmar que el matrimonio no es un contrato, no obstante, sostiene que la regulación de su régimen de ineficacia sigue parámetros paralelos a los de la ineficacia contractual (distinción nulidad/anulabilidad), observando que hay casos en los que la falta de ejercicio de la acción por quien tiene legitimación para interponerla determina el mantenimiento de un acto o negocio que, en principio, podría haber sido declarado nulo. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de familia*, Universidad Complutense, Madrid, 1989, pp. 80-83, asume claramente la distinción contractual entre nulidad y anulabilidad, considerando como causas de la primera los supuestos de inexistencia de consentimiento matrimonial, de falta de forma

dependiendo de las concretas normas (arts. 75, 76.I C.c.) la legitimación activa para ejercitarla, sin que esté sujeta a plazo de prescripción³⁴, aunque la misma no podrá ejercitarse en los casos (expresamente previstos por los arts. 75.II y 76.II CC) de convalidación de matrimonio nulo, la cual no tiene lugar por el mero transcurso del tiempo (no estamos, pues, ante un caso de caducidad de la acción), sino por la convivencia de los cónyuges durante un año, a contar desde que el contrayente menor alcanzare la mayoría de edad o desde que hubiere cesado el vicio de consentimiento (en supuestos de error, coacción o miedo grave). Es, pues, la convivencia conyugal durante un plazo de tiempo la que convalida el matrimonio, y no el transcurso del plazo, en sí mismo considerado³⁵.

Estamos aquí ante una nulidad matrimonial, que precisa siempre de declaración judicial firme³⁶, contrastando dicho régimen con el de los contratos, donde las partes del negocio nulo pueden, de mutuo acuerdo, constatar la nulidad (p. ej. en documento público) sin necesidad de acudir a un proceso. Además, la declaración de nulidad matrimonial no hace desaparecer los efectos ya producidos respecto de los hijos y contrayentes de buena fe (art. 79 CC), de tal modo que la figura del matrimonio putativo concurre a matizar las rigurosas consecuencias resultantes de la aplicación del principio *quod nullum est, nullum effectum producit*.

2. Los requisitos de capacidad.

esencial y de concurrencia de impedimentos, salvo la edad; en cambio, califica como causas de anulabilidad el impedimento de edad y los vicios del consentimiento.

- 34 Surge la pregunta de si los plazos contemplados en los arts. 75 y 76 CC constituyen el único límite al ejercicio de la acción de nulidad o, por el contrario, aquella está, además, sujeta a plazo de prescripción. La opinión negativa es la prevalente en la doctrina. Según ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil*, cit., IV, p. 90, “no hay límite de tiempo para pedir la nulidad. Así se sigue de que no establece la ley un plazo máximo como regla para cualquier caso, y de que por excepción sí fija en ciertos casos un cierto plazo para el ejercicio de la acción, lo que implica que en los demás, no hay plazo”. En el mismo sentido se pronuncian DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, cit., vol. IV, p. 120, para quienes se trata de “una nulidad radical y de una acción que no está sometida a plazo de ejercicio en principio”; como también GETE ALONSO Y CALERA, M^o C.: “Comentario al art. 73 CC”, cit., p. 410; y DE PABLO CONTRERAS, P.: “Comentario al art. 76 CC”, cit., p. 466. PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho civil*, cit., vol. IV, p. 36, parece adherirse a la opinión favorable a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, en cuanto acción relativa al estado civil de las personas.
- En contra, sin embargo, GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 73 CC”, cit., pp. 236-237, que, aplicando al negocio jurídico matrimonial las categorías de la inexistencia, nulidad y anulabilidad, distingue los siguientes supuestos: 1º) la acción es imprescriptible en los supuestos que él denomina de inexistencia (matrimonio celebrado sin consentimiento, art. 73.1º C.c.) y de nulidad absoluta por bigamia y por impedimento no dispensable; 2º) la acción prescribe a los quince años en los demás supuestos de nulidad absoluta (básicamente, en caso de concurrencia de un impedimento dispensable y de matrimonio celebrado con defecto de forma); la acción prescribe a los cuatro años (por aplicación del art. 1301 CC) en los supuestos que el autor califica de anulabilidad (error, coacción o miedo grave).
- 35 Es cierto que el art. 76.II CC emplea la palabra “Caduca”, pero, como constata DE PABLO CONTRERAS, P.: “Comentario al art. 76 CC”, cit., p. 466, el fundamento de la convalidación se halla en la tradicionalmente llamada *sanatio in radice*, conforme a la cual la convivencia de los cónyuges sana determinados efectos de los que adolecía el matrimonio al tiempo de su celebración.
- 36 Como observa GETE ALONSO Y CALERA, M^o C.: “Comentario al art. 73 CC”, cit., p. 36, tal exigencia se puede desprender de diversos preceptos del Código civil que aluden a la declaración de nulidad, presuponiendo que es el juez quien la pronuncia (arts. 78, 91, 95, 98).

Me referiré aquí, no sólo a lo que desde la perspectiva del código civil español son requisitos de capacidad, sino también, por las razones ya explicadas, a lo que, para nosotros, es un presupuesto de la existencia de consentimiento, a saber, la aptitud natural de entender y de querer de los contrayentes.

A) La edad.

El art. 46.1º CC afirma que “No pueden contraer matrimonio: los menores de edad”, por lo que pueden casarse los mayores de edad o los menores emancipados³⁷.

La Ley 30/1981 elevó, pues, la edad requerida para contraer matrimonio, pues, como hemos dicho, el originario art. 83.1º CC permitía celebrarlo a los varones mayores de catorce y a las mujeres mayores de doce años³⁸, lo que supone la sustitución del criterio de la madurez biológica por el de la psicológica³⁹.

La reforma fue, desde luego, perfectamente razonable: en un principio podría llamar la atención que una regulación que pretendía eliminar obstáculos a la celebración del matrimonio acabara imponiéndolos a los menores de edad. Sin embargo, esta posición del legislador no era contraria al libre desarrollo de la personalidad de los menores, sino todo lo contrario, ya que en la realidad social actual no cabe sostener, al menos con carácter general, que un contrayente de doce o catorce años tenga la madurez de juicio suficiente para asumir libre y conscientemente un matrimonio⁴⁰.

37 El vigente art. 144 del Código civil francés, redactado por la Ley nº 399, de 4 de abril de 2006, ha igualado la edad requerida para contraer matrimonio entre hombre y mujer, fijándola en 18 años (aunque dispensable judicialmente), tanto para uno como para otro, con la finalidad de establecer el principio de igualdad y de proteger a la mujer contra el matrimonio forzado o fuertemente influenciado por la familia, según explican MALAURIE, Ph. y FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*, cit., p. 123.

El vigente art. 1601, letra a) del Código civil portugués de 1966 fija la edad mínima en 16 años (no dispensable), tras la reforma llevada a cabo por el Decreto Ley nº 496/1977, de 25 de noviembre, pues anteriormente se fijaba la edad núbil en los 16 años para el varón y en 14 años para la mujer. En el núm. 12 de la Exposición de Motivos del Decreto Ley se justifica la reforma en el principio de igualdad formal entre los sexos, en la necesidad de impedir que pudiera acceder al matrimonio quien no hubiese alcanzado la madurez psíquica necesaria para un acto de tal gravedad y en el propósito de evitar futuras discriminaciones para la mujer, derivadas del riesgo de que un matrimonio a una edad tan temprana le pudiera privar de la posibilidad de una posterior formación profesional.

El vigente § 1303 BGB redactado por *Gesetz zur Bekämpfung vor Kinderehen* de 17 de julio de 2017 afirma que no puede contraer matrimonio quien no haya alcanzado la mayoría de edad, eliminándose la posibilidad de dispensa judicial del impedimento a partir de los 16 años, que contemplaba el (hoy derogado) § 1303, II BGB (redactado por *Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts* de 4 de mayo de 1998), cuando el otro contrayente fuera mayor de edad.

38 Se daba la circunstancia de que en 1981 la posición del Código civil español sobre la edad mínima requerida para poder contraer matrimonio era más rigurosa que la del Derecho canónico en este momento vigente, pues el c. 1067 §1 CIC de 1917, como posteriormente el c. 1083 del vigente CIC, fijaba la edad mínima para contraer matrimonio en dieciséis años para el varón y 14 para la mujer.

39 CARRIÓN OLMOS, S.: “Comentario al art. 46 CC”, AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 161, nota 13. DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, cit., vol. IV, p. 77, observan que “al legislador le ha preocupado, más que la procreación, la madurez para afrontar las responsabilidades de la unión conyugal”.

40 SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 46 CC”, cit., p. 119.

No obstante, el art. 48.II CC, redactado por la Ley 30/1981, permitía que el impedimento de edad pudiera ser dispensado a partir de los 14 años por el Juez de Primera Instancia, a petición del propio menor, cuando concurriera “justa causa”, debiendo ser oídos en el procedimiento sus padres o guardadores; y por aplicación del art. 48. CC (redactado por la misma Ley) la dispensa ulterior convalidaba, “desde su celebración, el matrimonio, cuya nulidad no hubiera sido instada judicialmente por alguna de las partes”⁴¹.

Aunque, probablemente, el legislador estuviera pensado en el embarazo de la mujer (como un vestigio del llamado matrimonio reparador) acabó imponiéndose la idea de que el mero embarazo, por sí solo, no era “justa causa” para la dispensa⁴², si no iba acompañado de otras circunstancias, como la no oposición de los padres al matrimonio, y, sobre todo, de un grado de madurez, por parte del menor, superior al propio de su edad biológica⁴³, lo que remitía a una valoración judicial del caso concreto⁴⁴.

En cualquier caso, el art. 48.II CC ha sido derogado por la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, por lo que actualmente no es posible la dispensa del impedimento de edad⁴⁵, lo que, a mi

41 Este sistema de elevación de la edad para contraer matrimonio con el correctivo de la dispensa a partir de los catorce años mereció el juicio positivo de GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 44 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 73, que destacaba su flexibilidad.

42 V. en este sentido RRDGRN 25 abril 1996 (RAJ 1996, 4181) y 29 abril 2000 (RAJ 2000, 6149), que se apartan de la doctrina anteriormente sentada por la RDGRN 25 enero 1985 (RAJ 1986, 6833).

43 Esta era la posición dominante en la doctrina. V. en tal sentido GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 48 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 90.

44 La RDGRN 25 enero 1985 (RAJ 1986, 6833) observa que “no puede afirmarse sin más que toda persona de quince años de edad carece de discernimiento para contraer matrimonio, pues, si así fuera, no tendría sentido que el legislador admitiera la dispensa de edad, que puede concederse incluso posteriormente y cuya ausencia no impide tampoco en ciertos casos una convalidación legal automática del matrimonio inicialmente nulo (cfr. artículos 48, III, y 75, II Código Civil)”.

La RDGRN 7 abril 1995 (RAJ 1995, 3516) consideró justa causa para la dispensa la concurrencia en un menor de una serie de circunstancias, que aconsejaban su concesión, entre ellas, “la edad del conyacente, huérfano de diecisiete años; su convivencia hoy, fuera de la casa paterna, con una mujer a la hija de la cual ha reconocido, y su propósito de fundar una familia matrimonial”.

45 Del mismo modo en que acontece en Alemania, donde, por *Gesetz zur Bekämpfung vor Kinderehen* de 17 de julio de 2017, se ha derogado el § 1303, II BGB (redactado por *Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts* de 4 de mayo de 1998), de manera que ya no es posible la dispensa judicial del impedimento a partir de los 16 años, cuando el otro conyacente sea mayor de edad. Se ha suprimido, igualmente, el párrafo III del § 1303, II BGB, según el cual el Juez, en caso de oposición del representante legal del conyacente que hubiera pedido la dispensa (o de quien estuviera a cargo de él), sólo podía concederla, si los motivos de la oposición no estaban fundados; como también el párrafo IV del mismo (ambos redactado por la misma Ley de 4 de mayo de 1998), que decía que, si el juez concedía la dispensa, el demandante de la misma ya no requería el previo consentimiento de su representante legal (o de quien estuviera a cargo de él) para casarse. SCHWAB, D.: *Familienrecht*, 24ª ed., C.H. Beck, München, 2016, p. 37, observaba que este conglomerado normativo era complicado, surgiendo la duda de si el representante legal del menor podía autorizar su matrimonio, respondiendo negativamente a la pregunta, pues dicha autorización no era un requisito positivo de la celebración del matrimonio, sino que se expresaba negativamente a través de una mera oposición a la petición de dispensa del hijo menor

En cambio, el art. 146 del Código civil francés, redactado por Ley nº 1970-1266, de 23 de diciembre, admite la dispensa del impedimento de edad (fijado en la actualidad en 18 años para ambos sexos) por el Procurador de la República, por motivos graves, que, según MALAURIE, Ph. y FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*,

entender, merece un juicio positivo, ya que no parece adecuado que una persona menor de dieciocho años pueda acceder a una realidad vital tan compleja como es el matrimonio, además de que el nacimiento de un hijo fuera del matrimonio ya no es un grave estigma social para la madre, ni un motivo de discriminación para el hijo⁴⁶.

A esto hay que añadir la necesidad de luchar contra los matrimonios forzados y precoces, que, si bien son admisibles en la tradición cultural islámica (en la que se insertan numerosos inmigrantes venidos en tiempos recientes a nuestro país), sin embargo, no pueden ser aceptados en España, por ser contrarios al orden público, al lesionar la libertad, valor superior del ordenamiento jurídico español (art. 1.1. CE), el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el derecho a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), que, como afirman el art. 16.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 23.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, “no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”⁴⁷.

De ahí que el Artículo Único.90 de la Ley Orgánica 1/2015, de 15 de marzo haya establecido el delito de matrimonios forzados (como una modalidad del de coacciones), en el art. 173 bis CP⁴⁸, cuyo núm. 1, establece que “El que con

cit., p. 123, en la práctica concurren en el caso de embarazo de la mujer, que ha demostrado su aptitud psicológica para el matrimonio. En cualquier caso, subiste la vieja regla, procedente de la tradición jurídica francesa, de que el matrimonio de los menores debe ser autorizado, so pena de invalidez, por sus padres, conforme a los arts. 148 y ss. del mismo Código. TERRE, F., GOLDIE-GENICON, Ch. y FENOUILLET, D.: *Droit civil*, cit., p. 87, justifican dicha regla en la necesidad de esclarecer el consentimiento de los menores inexpertos que se casan a edad temprana y en la circunstancia de que el matrimonio, no sólo les interesa a ellos, sino también a sus respectivas familias.

46 CARRIÓN VIDAL, A.: “Comentarios a vuela pluma en materia de capacidad y forma de celebración del matrimonio, tras modificación del Código Civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio de la jurisdicción voluntaria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, p. 378, observa que la norma ahora suprimida nació “lastrada” por la polémica y las razones que llevaron en 1981 a permitir la dispensa del impedimento de edad, “parecían responder a ‘razones’ ya obsoletas en la España de aquél momento (tratar de dar una ‘solución’ normativa, se entiende, a los llamados ‘matrimonios de reparación’)”.

47 Para una visión de Derecho comparado sobre el matrimonio infantil, puede verse PERAMATO MARTÍN, T.: “Matrimonio infantil, precoz y forzado (Iª Parte)”, *Diario La Ley*, núm. 8965, 21 de abril de 2017, LL 3733/2017, epígrafe II.

48 CARPIO BRIZ, D.: “Comentario al art. 172 bis CP”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (dir. M. CORCOY BIDASOLLO y S. MIR PUIG), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 609-610, se muestra favorable a la tipificación específica del delito de matrimonio forzado, por entender que, de este modo, “se refuerza el mensaje preventivo dirigido a determinados sujetos pertenecientes a comunidades asentadas en territorio español que no atienden al necesario respeto a nuestro sistema de valores constitucionales”. Critica, incluso, que no contemple también los casos en los que se obliga a uno de los contrayentes, normalmente, la mujer a permanecer unido en matrimonio, con independencia de que haya sido concertado o no, “con aberrantes medios destinados a garantizar la indisolubilidad”.

Sin embargo, en la doctrina penalista no todas las voces han sido favorables a la introducción de este nuevo delito de matrimonio forzado, sino que existen opiniones críticas, que consideran que estamos ante una reforma de carácter simbólico, pues las conductas en él tipificadas, podían ser ya reconducidas a otros tipos delictivos, afirmando que la lucha contra los matrimonios forzados exige respuestas más allá del Código Penal, focalizándose los esfuerzos en la educación y en la prevención. V. en este sentido CISNEROS ÁVILA, F.: “Reflexiones sobre el delito de matrimonio forzado del art. 172 bis del Código Penal”, *Diario La Ley*, 2 de noviembre de 2017, LL 14345/2017, epígrafe. En sentido semejante, se pronuncia GUINARTE CABADA, G.: “El nuevo delito de matrimonio forzado (artículo 172 bis del Código Penal)”, en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Código Penal de 2015* (dir. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015,

intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados”, añadiendo, en su núm. 2, “La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo”⁴⁹.

Sin embargo, no se ha establecido un delito de matrimonio infantil, sino que, exclusivamente, el art. 172. bis CP, en su núm. 3, se limita a considerar como agravante del delito de matrimonio forzado la circunstancia de que víctima fuera menor de edad, en cuyo caso, las penas “se impondrán en su mitad superior”, lo que es criticado por un sector de la doctrina, no sólo por la escasa entidad de la pena impuesta⁵⁰, sino también por el hecho de que, en no pocos casos, la decisión de casarse (en particular, si se trata de una niña), no será consecuencia de una “intimidación grave o violencia” (aunque pueda serlo), sino de una educación y situación ambiental que obliga al menor a aceptar la decisión paterna sin discutirla⁵¹.

En definitiva, tras la supresión de la dispensa del impedimento de edad, quien pretenda contraer matrimonio ha de ser, inexcusablemente, mayor de edad o ha de haberse emancipado, bien por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, bien por concesión judicial (art. 323), requiriéndose en ambos casos que el menor haya cumplido los dieciséis años (arts. 317 y 320 CC).

Pero creo que también podrán contraer matrimonio los mayores de dieciséis años que vivan independiente de sus padres con el consentimiento de estos, pues el art. 319 CC los considera emancipados “a todos los efectos”, por lo tanto, también, a efectos de poder contraer matrimonio⁵². No me parece que sea razón

pp. 536-537, como también, en relación con el art. 127 bis del Anteproyecto de 2012, MAQUEDA ABREU, M^a L.: “El nuevo delito de matrimonio forzado: art. 172 bis CP”, en AA.VV.: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. F. J. ÁLVAREZ GARCÍA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 529-534, que pedía la supresión del precepto, por considerar que se estaba ante un delito cultural, fruto de una reforma excesivamente ideológica.

49 Hay, además, que tener en cuenta, que, si mediare un beneficio económico para los padres que imponen al menor el matrimonio forzoso o a quien se casa con él, estaríamos ante un delito de trata de seres humanos, a tenor del art. 177 bis.1, letra e), introducida por el art. único.94 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Tal sería el caso, según PERAMATO MARTÍN, T.: “Matrimonio infantil, precoz y forzado (2ª Parte)”, *Diario La Ley*, núm. 8966, 24 de abril de 2017, LL 3878/2017, epígrafe V, de que hubiera mediado dote.

50 Para CARPIO BRIZ, D.: “Comentario al art. 172 bis CP”, cit., p. 612, resulta llamativo que, junto al menor de edad, no se contemple también al incapacitado, al que se fuerce a contraer matrimonio.

51 PERAMATO MARTÍN, T.: “Matrimonio infantil, precoz y forzado (2ª Parte)”, cit., epígrafe VI.

52 V. en este sentido ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil*, cit., IV, p. 48; CRESPO MORA, M^a C.: “La celebración del matrimonio”, en AA.VV.: *Derecho de familia* (coord. G. DIEZ-PICAZO), Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 408; GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 47 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 80; LINACERO DE LA FUENTE, M^a: “Matrimonio. Parejas de hecho”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia* (dir. M^a LINACERO DE LA FUENTE), Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 77; MONJE BALMASEDA, O.: “Requisitos del matrimonio”, en AA.VV.: *Sistema de Derecho civil, Derecho de familia* (dir. F. LLEDÓ YAGÜE y R. HERRERA CAMPOS), Dykinson, Madrid, 2002, p. 66; SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 46 CC”, cit., p. 165. En contra, sin embargo, DURÁN RIVACOBRA, R.

suficiente para negarles capacidad nupcial la circunstancia de que los padres puedan revocar dicho consentimiento y, desde luego, si lo hicieran después de que se hubiesen casado (pudiendo haberlo hecho antes perfectamente, evitando, así, el casamiento), no, por ello, el matrimonio sería nulo, porque, en el momento de celebrarse, habría concurrido el requisito de capacidad del art. 46.I CC (en virtud de la estricta aplicación del art. 319 CC). Es más, me parece dudoso que, después de celebrar el matrimonio, los padres conservasen la posibilidad de revocar el consentimiento⁵³, pues la solución contraria podría llevar a un resultado absurdo: encontrarnos ante un menor casado y no emancipado.

El art. 75 CC establece una norma especial de legitimación para pedir la nulidad del matrimonio, en el caso de matrimonio celebrado concurriendo el impedimento de edad. En su párrafo primero afirma que “Si la causa de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor sólo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal”. En cambio, según el párrafo segundo del precepto, “Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla”⁵⁴.

B) La libertad de estado.

La libertad de estado y el consiguiente impedimento absoluto de ligamen (que no era, ni sigue siendo dispensable) se encuentra también establecido en el art. 46 CC, precepto que prohíbe contraer matrimonio a quienes “estén ligados con vínculo matrimonial”⁵⁵.

Por lo tanto, para poder contraer matrimonio se requiere la libertad de estado, esto es, no estar previamente vinculado por un matrimonio anterior. En caso contrario, el posterior matrimonio sería nulo (art. 73.2º CC), pudiéndose, además, incurrir en un delito de bigamia (art. 217 CP)⁵⁶.

y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: “Edad, emancipación y matrimonio (con arreglo a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria)”, *Actualidad civil*, enero 2016, LL 264/2016, epígrafe III, 6; DE PABLO CONTRERAS, P.: “Comentario al art. 45 CC”, en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 356; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de familia*, cit., p. 52, nota 43.

53 Lo constatan CRESPO MORA, Mª C.: “La celebración”, cit., p. 408; y MONJE BALMASEDA, O.: “Requisitos”, cit., p. 66.

54 V. a este respecto RDGRN 8 noviembre 1991 (RAJ 1991, 9673).

55 Es un impedimento basado en la concepción monogámica occidental del matrimonio, por lo que es consagrado por el común de las legislaciones europeas.

56 Ello, sin embargo, no ha impedido a la jurisprudencia reconocer ciertos efectos en España al matrimonio poligámico celebrado en el extranjero. Es el caso de la polémica STS (Sala 3ª) 24 enero 2018 (RJ 2018, 130), que ha reconocido a las dos mujeres de un ciudadano marroquí muerto, que sirvió en el ejército español en el Sahara, el derecho a compartir la pensión de viudedad.

El problema de la libertad de estado se plantea únicamente en los casos en que uno o ambos cónyuges se encuentren previamente vinculados por un matrimonio que tenga efectos civiles en España y que no haya sido previamente declarado nulo o disuelto por divorcio, muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 85 CC)⁵⁷. Obviamente, quien se limita a convivir *more uxorio* con una persona tiene siempre plena libertad de estado para contraer matrimonio con otra; y ello, con independencia de que su unión de hecho esté, o no, inscrita en el correspondiente Registro administrativo autonómico⁵⁸.

El Código civil permite celebrar el matrimonio en nuestro país, cuando uno de los contrayentes sea español, bien en forma civil, bien en una de las formas religiosas legalmente previstas, y fuera de España en la forma prevista en la ley del lugar de su celebración (art. 49 CC), como también permite que contraigan matrimonio en nuestra patria dos extranjeros, “con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos”.

Por ello, se ha denegado la autorización para contraer matrimonio a los vinculados por un previo matrimonio coránico no disuelto, que había sido celebrado por un español en el extranjero o por dos extranjeros musulmanes en España, pues la islámica es una de las formas religiosas de celebración legalmente previstas (conforme a la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, que aprueba la cooperación del

57 Del art. 85 CC se deduce la disolución definitiva del matrimonio del declarado fallecido y la plena validez del ulterior matrimonio contraído por el cónyuge del declarado fallecido, regla ésta, que, por su sencillez, contrasta con la de otros ordenamientos, como, por ejemplo, el portugués o el alemán.

El art. 115 del Código civil portugués (redactado por Decreto Ley n° 496/1977, de 25 de noviembre) establece que la declaración de fallecimiento produce los mismos efectos que la muerte, pero no disuelve el matrimonio, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 116 (redactado por el mismo Decreto Ley), según el cual el cónyuge del declarado fallecido, casado civilmente, podrá contraer nuevo matrimonio, en cuyo caso, si regresara el declarado fallecido o se tuviera noticia de que estaba vivo cuando se celebraron las segundas nupcias, el primer matrimonio quedará disuelto por divorcio desde la fecha de la declaración de fallecimiento. Según PEREIRA COELHO, F., y DE OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família*, vol. I, *Introdução, Direito Matrimonial*, 5ª ed., Universidad de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 303, los preceptos suscitan reparos, pues se comprende mal que el cónyuge del declarado fallecido puede celebrar un segundo matrimonio, no estando disuelto el primero, calificando de insólita la conversión automática y legal de la disolución por muerte en disolución por divorcio.

Según el § 1319.I BGB (redactado por *Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts* de 4 de mayo de 1998), cuando, después de la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, el otro contrae ulterior matrimonio, estando vivo el declarado fallecido, el segundo matrimonio sólo puede ser anulado en virtud del § 1306 BGB [es decir, por concurrir impedimento de ligamen], cuando los dos contrayentes del mismo, al casarse, sabían que el declarado fallecido estaba todavía vivo al tiempo de recaer la declaración de fallecimiento. Añade el precepto, en su párrafo II, que el previo matrimonio queda disuelto como consecuencia de la celebración del nuevo, a no ser que los dos contrayentes de éste último, al tiempo de celebrarlo, supieran que el declarado fallecido estaba todavía vivo en la fecha de la declaración: el primer matrimonio queda disuelto, incluso, aunque posteriormente se revoque la declaración de fallecimiento.

Conforme al § 1320 BGB (redactado por *Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts* de 4 de mayo de 1998), si el cónyuge declarado fallecido estuviera vivo, sin perjuicio de lo dispuesto en el § 1319.I BGB, su cónyuge podrá pedir la anulación del nuevo matrimonio, a menos que, al tiempo de celebrarlo, supiera que el declarado fallecido estaba vivo al tiempo de la declaración. La anulación puede ser pedida sólo en el plazo de un año, que comienza a contarse desde el momento en que el cónyuge del anterior matrimonio supiera que el declarado fallecido está vivo.

58 No sucede, así, en Alemania, donde el § 1306 BGB impide el matrimonio cuando entre quien desea contraerlo y una tercera persona existe un previo vínculo matrimonial o una unión de hecho (*Lebenspartnerschaft*).

Estado con la Conferencia Islámica de España); y, en no pocos casos, se ha dado la circunstancia de que quienes pretendían que se les autorizara la celebración del matrimonio en forma civil eran quienes ya estaban casados entre sí en forma coránica, a los que la Dirección General de los Registros les ha recordado que lo procedente era solicitar la correspondiente inscripción de su matrimonio (válido) en el Registro civil español, y no pretender volver a casarse en forma civil, lo que era imposible, además de innecesario⁵⁹. En cambio, se ha autorizado la celebración del matrimonio en forma civil, cuando lo que había existido no era un previo matrimonio coránico, sino una pura formalidad familiar de carácter simbólico⁶⁰; como también, desde otra perspectiva totalmente diversa, la autorización del matrimonio, por no concurrir impedimento de ligamen, en el caso de una pareja que afirmaron haberse “casado” por el rito gitano, al no ser dicho rito una forma de celebración legalmente admitida⁶¹.

Cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, los requisitos de capacidad de los contrayentes se regirán por su respectiva ley nacional (art. 9.1. CC), a la cual, por lo tanto, habrán de atenerse los Tribunales españoles (cuando sean competentes) para determinar si están, o no, casados; y, por lo tanto, si es inválido el segundo matrimonio (art. 9.2. y 107.1 CC); como también el Encargado del Registro Civil para autorizar el segundo matrimonio o para inscribirlo en los Registros españoles, cuando ya se haya celebrado (normalmente, en el extranjero)⁶².

No obstante, se deniega la inscripción en el Registro Central de matrimonios poligámicos, válidos según la legislación nacional de los contrayentes, por ser contrarios al orden público, al atentar la poligamia contra la concepción monogámica española del matrimonio, la dignidad de la mujer y el derecho fundamental a la igualdad; y la inscripción se deniega, no sólo cuando se comprueba que, de hecho, alguno de los contrayentes está anteriormente casado⁶³, sino, simplemente, cuando del acta de celebración del matrimonio que se presenta para solicitar la inscripción se deduce que el mismo se rige sustantivamente por la ley musulmana,

59 V. en este sentido RDGRN 15 abril 2004 (RAJ 2004, 3945); RDGRN 21 enero 2009 (JUR 2010, 99162); RDGRN 30 marzo 2011 (JUR 2012, 92736); RDGRN 1 septiembre 2017 (1ª) (BMJ, septiembre de 2018, pp. 620-622); RDGRN 29 septiembre 2017 (11ª) (BMJ, septiembre de 2018, pp. 624-627); y RDGRN 21 abril 2017 (36ª) (BMJ, abril de 2018, pp. 357-358).

60 Cfr. RDGRN 31 mayo 2011 (JUR 2012, 147837).

61 Cfr. RDGRN 2 septiembre 2007 (JUR 2007, 314998).

62 Por ello, RDGRN 2 septiembre 2010 (JUR 2011, 315107) denegó la inscripción en el Registro Central de un matrimonio celebrado en Pakistán entre un español, nacido pakistaní, y una nacional de dicho estado, porque el primero de ellos estaba ligado por un previo matrimonio celebrado en España, que no había sido disuelto por sentencia de divorcio, de modo que para la ley de española (que regía su capacidad para contraer matrimonio) seguía casado. V. en el mismo sentido, respecto de un supuesto semejante RDGRN 25 septiembre 2015 (3ª) (BMJ, 26 enero 2016, pp. 584-586).

63 Como sucedió en los casos resueltos por RDGRN 30 septiembre 2008 (JUR 2009, 443067); y RDGRN 25 septiembre 2015 (13ª) (BMJ, 26 enero 2016, pp. 586-588).

y, por lo tanto, es de tipo poligámico⁶⁴, sin que se considere que la declaración jurada de ambos contrayentes de que su matrimonio no es poligámico pueda enervar lo que resulta de dicha acta⁶⁵: así resulta, por ejemplo, además de cuando hay una remisión expresa a la *sharia*, en los casos en los que el certificado literal de acta de matrimonio, en el apartado de datos relativos al esposo, se dice “Número de esposas casadas con él en la actualidad: ninguna”⁶⁶; o que “el novio no podrá contraer segundas nupcias sin permiso de la novia”⁶⁷.

Igualmente, se ha denegado la inscripción de matrimonios consuetudinarios celebrados en países, como Guinea, Ghana o Senegal, válidos según la ley de dichos países, pero que atentan contra el orden público, por permitir la poligamia, posibilitar contraerlo a niñas con doce años y poder celebrarse sin el consentimiento de la mujer, que es entregada por su familia al marido⁶⁸.

Hay que recordar que, a efectos de la apreciación de la libertad de estado es indiferente que el primer matrimonio esté, o no, inscrito⁶⁹, por que, conforme al art. 61 CC, el matrimonio produce “efectos civiles desde su celebración”⁷⁰ y, por lo tanto, desde ese momento, vincula a los cónyuges y los sujeta al impedimento de ligamen, de modo que el encargado del Registro Civil deberá denegar la inscripción de un segundo matrimonio, si le consta que alguno de los de los “cónyuges” está vinculado por la existencia de un primero, aunque éste no haya sido inscrito⁷¹.

64 V. así RDGRN 28 agosto 2015 (60^a) (BMJ, 26 enero 2016, RRDGRN 01/08/2015-30/08/2015, pp. 481-483); RDGRN 28 agosto 2015 (101^a) (BMJ, 26 enero 2016, pp. 483-485); RDGRN 18 septiembre 2015 (22^a) (BMJ, 26 enero 2016, pp. 578-581); RDGRN 2 junio 2017 (5^a) (BMJ, junio de 2018, pp. 588-590); RDGRN 7 abril 2017 (4^a) (BMJ, abril de 2018, pp. 359-360); y RDGRN 7 abril 2017 (12^a) (BMJ, abril de 2018, pp. 360-362).

65 V. en este sentido RDGRN 24 febrero 2017 (39^a) (BMJ febrero de 2018, pp. 225-226).

66 RDGRN 28 agosto 2015 (202^a) (BMJ, 26 enero 2016, pp. 487-492).

67 RDGRN 27 octubre 2017 (8^a) (BMJ, septiembre de 2018, pp. 444-445).

68 V. así RDGRN 21 abril 2014 (JUR 2015, 79346); y RDGRN 23 enero 2015 (JUR 2015, 261421), según las cuales “Los matrimonios celebrados en cualquiera de los tres supuestos enumerados, todos ellos concurrentes en el consuetudinario ecuatoguineano, son nulos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46 y 73 del Código Civil y, en consecuencia, el aducido por los interesados, aunque este fehacientemente acreditado, no puede tener acceso al Registro Civil Español”. Cfr., en los mismos términos, respecto de Ghana, RDGRN 27 enero 2017 (7^a) (BMJ, 3 de enero de 2018, pp. 150-152). RDGRN 30 junio 2017 (37^a) (BMJ, junio de 2018, pp. 599-600), denegando la inscripción de un matrimonio consuetudinario celebrado en Senegal, observa que “En el caso actual, los interesados presentan un “acta de matrimonio constatado” celebrado según la costumbre. Este tipo de matrimonios son una forma de unión conyugal que produce efectos en Senegal, tratándose de una forma de matrimonio poligámico que permite la subsistencia de otros vínculos matrimoniales anteriores o posteriores al mismo. Esta forma de matrimonio choca frontalmente con el sistema jurídico matrimonial instituido en nuestro país”.

69 Lo constata la SAP Madrid I julio 2009 (JUR 2010, 31490). En el caso por ella decidido se trataba de un matrimonio celebrado en Rusia en el año 1954, que no había sido inscrito en el Registro Central hasta el año 2000. A pesar de estar casado, el marido contrajo nuevo matrimonio con otra mujer en el año 1970, matrimonio éste que es el que la sentencia declara nulo por impedimento de ligamen, afirmando que a este respecto es indiferente que el primero no estuviera inscrito. Afirma, así, que “los efectos constitutivos del matrimonio inter partes y terceros intervinientes en las relaciones con aquellos son desde la celebración”.

70 Sin perjuicio de que, como dice el referido precepto, para su pleno reconocimiento y para que perjudique los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas sea necesaria su inscripción en el Registro Civil.

71 La RDGRN 17 mayo 1995 (RAJ 1995, 4360) denegó la autorización para celebrar un segundo matrimonio, por existir otro anterior, celebrado en forma islámica y, por lo tanto, válido según la legislación española, que no había sido inscrito. Se daba la circunstancia de que dicho matrimonio había sido disuelto en

El impedimento de ligamen existe, si al tiempo en que se pretende la celebración del segundo matrimonio, el primero matrimonio no ha sido disuelto. Cuando la causa de disolución alegada es el divorcio judicial, se requiere que, en ese momento, hubiera ya recaído sentencia firme, por lo que no basta que los cónyuges que formaban el primero estuvieran meramente separados⁷², ni tampoco que el procedimiento de divorcio solamente estuviera iniciado o decidido por una sentencia que careciera de firmeza, por ejemplo, por ser susceptible de recurso, incluso, aunque posteriormente fuese confirmada⁷³.

En la práctica se ha planteado el caso de matrimonios que habían sido disueltos por sentencias de divorcio dictadas por tribunales extranjeros, que, sin embargo, carecían de eficacia en España, por no haberse solicitado su reconocimiento mediante el exequatur; por ese motivo se denegó la inscripción en el Registro Civil del segundo de los matrimonios celebrados, porque desde la perspectiva del Derecho español el primer matrimonio seguía siendo válido y, por lo tanto, subsistía el matrimonio anterior⁷⁴.

También se ha planteado el supuesto de matrimonios coránicos celebrados en Marruecos, tras haber sido disueltos otros anteriores, sólo provisionalmente, por divorcios revocables, razón por la cual se ha denegado la inscripción de los posteriores⁷⁵; en particular, porque el matrimonio había sido contraído tras haber repudiado el varón a su anterior mujer una sola vez, sin que concurrieran, pues, las dos repudiaciones sucesivas que, según el Derecho musulmán, son necesarias para que el acto de repudiación sea irrevocable y se disuelva, de modo que el hecho de que la primera repudiación permitiera al varón casarse no significaba que su primer matrimonio hubiera quedado disuelto de manera definitiva⁷⁶.

Pudiera ocurrir que el matrimonio anterior estuviera incurso en causa de nulidad, pero la misma no hubiera sido declarada judicialmente. En este caso, el

territorio español por el Centro Islámico de Barcelona. El Centro Directivo niega toda validez a esta disolución por ser totalmente ajena a las previsiones de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, que aprueba la cooperación del Estado con la Conferencia Islámica de España.

72 Cfr. a este respecto SAP Cádiz 24 marzo 2011 (JUR 2011, 241878).

73 La SAP Madrid 21 abril 1997 (AC 1997, 1666) contempló este supuesto. Un varón casado obtuvo sentencia de divorcio, falleciendo antes de la que la misma hubiera alcanzado firmeza por falta de notificación a su primera mujer, que se encontraba en situación procesal de rebeldía; aun así, contrajo un segundo matrimonio, que fue declarado nulo a instancia de la primera (y, en realidad, única) mujer. La segunda de las conyugadas interpuso recurso de apelación en el que argumentaba la validez del segundo matrimonio con fundamento en el principio del *favor matrimonii* y en el criterio de la equidad, pues se estaba ante un acto irreplicable (al haber muerto el conyugado varón). La Audiencia Provincial desestimó el recurso, por considerar obvio la concurrencia del impedimento de ligamen al tiempo de celebrarse el segundo matrimonio.

74 Cfr. así RDGRN 5 octubre 1990 (1990, 8344); RDGRN 2 junio 1994 (RAJ 1994, 6029); RDGRN 12 febrero 1994 (RAJ 1994, 1602); RDGRN 29 octubre 1994 (RAJ 1995, 1333); RDGRN 11 noviembre 1995 (RAJ 1995, 9914); y RDGRN 4 octubre 1996 (RAJ 1997, 2140); y RDGRN 13 marzo 2012 (JUR 2012, 396153).

75 Cfr. RDGRN 18 septiembre 2015 (42ª) (BMJ), 26 enero 2016, RRDGRN 01/09/2015-30/09/2015, pp. 582-584).

76 RDGRN 30 septiembre 2008 (JUR 2009, 443067).

Encargado del Registro deberá denegar la autorización del segundo matrimonio, pero, si, aun así, lo hubiera autorizado y posteriormente se instara su nulidad, aquél contra quien se dirija la demanda podrá plantear una cuestión prejudicial sobre la validez del primero⁷⁷, siempre –claro está– que el mismo no hubiera sido convalidado, por haber convivido los contrayentes durante un año después de que menor de edad hubiera cumplido los dieciocho años (art. 75.II CC) o de haberse desvanecido el error o haber cesado la fuerza o la causa del miedo (art. 76.II CC). Desde luego, no podrá prosperar la demanda de nulidad del segundo matrimonio, si en el momento de su presentación ya hubiera recaído sentencia declarativa de la nulidad del primero⁷⁸.

Si quien demanda la nulidad del matrimonio es quien contrajo segundo matrimonio, desconociendo que el otro contrayente estaba ya casado, es conveniente que, además, de invocar el impedimento de ligamen, alegue, con apoyo en el art. 73.4° CC, la existencia de un error en cualidad inducido por la reticencia dolosa del otro contrayente, para, así, poder pedir que el mismo sea condenado al resarcimiento de daños y perjuicios, por causación dolosa de la invalidez del matrimonio. Así, sucedió en un caso en que la mujer ignoraba que el contrayente varón estaba casado en la India, por lo que pidió y obtuvo una indemnización de 12.000 euros, que se fundamentó en la *culpa in contrahendo* en la que aquél había incurrido, por haber lesionado la confianza ajena, “violando las exigencias de buena fe en la formación del acto”⁷⁹.

C) Capacidad natural de entender y de querer e incapacitación.

Para poder contraer matrimonio hay que tener capacidad natural para entender y querer el acto que se realiza. El art. 56.II CC (en la redacción dada al precepto por la Ley 30/1981) establecía que, si en el expediente previo a la autorización del matrimonio el funcionario observare que alguno de los contrayentes está “afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”⁸⁰.

77 Esta es la solución sancionada por el art. 124 del Código civil italiano.

78 V. a este respecto el art. 1633.I, letra c) (redactado por Decreto Ley n° 496/1977, de 25 de noviembre) del Código civil portugués.

79 V. SAP Cádiz 4 diciembre 2006 (AC 2007, 1026).

80 Con anterioridad, como se ha dicho en su lugar, el originario art. 83.2° CC, regulaba la cuestión de la capacidad natural de entender y de querer en sede de impedimentos matrimoniales, impidiendo, así, casarse a “Los que no estuviesen en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio”. Todavía lo hace, así, el mucho más riguroso art. 1602, letra b) del Código civil portugués (redactado por Decreto Ley n° 496/1977, de 25 de noviembre), que establece como impedimento dirimente la demencia notoria, incluso durante los intervalos lúcidos, y la incapacitación o inhabilitación por anomalías psíquicas. El rigor de este precepto, que impide, incluso, el matrimonio del demente no incapacitado, en intervalo lúcido, sólo se explica, si se tiene en cuenta que, como observan PEREIRA COELHO, F., y DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., vol. I, p. 297, este impedimento no protege el interés particular del contrayente con enfermedades psíquicas, sino intereses públicos, de carácter eugenésico y social, concretados en la conveniencia de evitar la posible transmisión de enfermedades mentales a los hijos y evitar la constitución de familias que, desde el punto de vista social, no sean sanas y útiles.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria dio una nueva redacción al precepto, que quedó redactado del siguiente modo: “Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

Esta redacción era coherente con la dicción que la misma Ley 15/2015 ha dado al art. 51.I CC, según el cual “La competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero”.

Sin embargo, la entrada en vigor de este precepto, que encomienda la competencia del control de los requisitos de capacidad de los contrayentes, también a los Notarios y Secretarios Judiciales (ante los que, tras la reforma de 2015, pueden ya celebrarse matrimonios civiles, según resulta de la disposición transitoria cuarta.2 de la Ley 15/2015), se pospuso al 30 de junio de 2017, fecha en la que debía haber comenzado la vigencia de la LRC de 2011, según preveía la disposición final 21.3 de la Ley 15/2015, que, sin embargo, ha sido modificada por el art. Único.5 de la Ley 4/2017, de 28 de junio, el cual ya no establece el concreto momento a partir del cual será aplicable el nuevo art. 51 CC (y otros preceptos relativos a la tramitación y celebración del matrimonio civil), sino que se remite, sin más, a la fecha de la “completa entrada en vigor” de LRC de 2011, que ha sido nuevamente aplazada al 20 de junio de 2020 (disposición final décima, I, LRC, modificado por la disposición final primera de la Ley 5/2018, de 11 de junio).

Por lo tanto, y en cuanto aquí nos interesa, hasta el 20 de junio de 2020 el control de la capacidad de los contrayentes seguirá siendo realizado, exclusivamente, en el expediente previo tramitado ante el Registro Civil, también en los casos en que el matrimonio se celebre ante Notario o Secretario Judicial (disposición transitoria cuarta.2 de la Ley 15/2015).

A mi parecer, basta considerar la razón de ser del precepto, para rechazar su formulación, por contraria al principio de libre desarrollo de la personalidad de los discapacitados, sin que sirva de contrapeso la circunstancia de que, conforme al art. 1643.I, letra a) (redactado por Decreto Ley nº 496/1977, de 25 de noviembre), después de la cesación de la demencia o de haber sido revocada la incapacitación o inhabilitación, sólo sea el propio interesado quien pueda ejercitar la acción de invalidez del matrimonio en el plazo máximo de seis meses, o de que éste, pueda validarlo ante el funcionario del Registro Civil y dos testigos, según el art. 1633.I, letra b) (redactado por Decreto Ley nº 496/1977, de 25 de noviembre), una vez revocada la incapacitación o inhabilitación o una vez que haya hecho verificar judicialmente su estado de salud.

Dicho esto, hay que observar que el nuevo art. 56.II CC hablaba, no sólo de “deficiencias o anomalías psíquicas” (como sucedía antes de la reforma del 2015), sino de “deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales”, locución ésta, evidentemente más amplia, que, interpretada literalmente, llevaba a que el encargado del Registro civil tuviera que pedir dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento del contrayente que padeciera una deficiencia sensorial, aunque la misma no tuviera incidencia sobre su capacidad natural de entender y de querer (por ejemplo un invidente), lo que, además, de absurdo, era contrario al art. 23.I.a del Convenio de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (ratificado por España en 2008), según el cual los Estados Partes tomarán medidas efectivas para que se “reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges”.

Por ello, la Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado aclaró que el precepto debía ser interpretado siempre de manera estricta “y en relación a supuestos excepcionales en los que la discapacidad afecte de forma evidente e impositiva, aun proporcionados los apoyos precisos, a la capacidad para prestar el consentimiento, y lógicamente no a aquellos supuestos en que la discapacidad afecte tan sólo a los medios, canales o soportes de emisión de ese consentimiento o nada tenga que ver con ni guarde relación con la aptitud para prestarlo”; concluyendo que la exigencia de solicitar un dictamen médico se debía “entender necesariamente limitada exclusivamente a aquellos casos en los que la deficiencia afecte de forma sustancial a la prestación del consentimiento”.

En cualquier caso, la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha vuelto a dar una nueva redacción al art. 56.II CC (como se dice en su Preámbulo, que hace suya la interpretación preconizada por la Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016), con el fin de aclarar “que la intención de la reforma introducida por la Ley [15/2015, de 2 de julio] es favorecer la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad, evitando cualquier sombra de duda sobre su capacidad para contraer matrimonio”.

El precepto queda redactado así: “El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes.

Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento⁸¹.

Por de pronto, parece claro que esa “condición de salud” no se dará en personas que sufran una mera discapacidad de carácter sensorial (como es el caso de los invidentes o de los sordos), pues, a través de las medidas de apoyo previstas en el precepto, podrán prestar su consentimiento para contraer matrimonio. Por lo tanto, la “condición de salud” que obliga al encargado del Registro Civil a recabar dictamen médico hay que referirla a las deficiencias de carácter psíquico o intelectual; y no a todas, sino exclusivamente a las que “de modo evidente, categórico y sustancial” puedan obstaculizar la prestación del consentimiento matrimonial⁸². No bastan, pues, *meras dudas* del encargado al respecto, sino que se requiere *certeza* respecto a la falta de capacidad natural del contrayente, faltando la cual no deberá pedir el dictamen, sino que deberá autorizar la celebración del matrimonio, lo que parece correcto desde el punto de vista del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad y desde la consideración del *ius connubii* como un derecho fundamental, que no debe ser menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad⁸³. Esto, claro está, sin perjuicio de que posteriormente pueda examinarse judicialmente la aptitud del contrayente para prestar el consentimiento *ad nuptias* y, si se prueba que no la tuvo, se dicte la correspondiente sentencia de nulidad⁸⁴.

Ciertamente, el art. 56 CC, en su redacción actual, es uno de los preceptos que no entrarán en vigor hasta el 20 de junio de 2020, pero me parece indudable que el criterio que establece debe aplicarse por el encargado del Registro Civil, como una exigencia ineludible de interpretar el todavía vigente art. 56 CC (el

81 No parece que la exigencia de un dictamen médico comporte una discriminación de las personas con discapacidad contraria al art. 5 de la Convención de Nueva York, pues no se trata aquí de decidir si el matrimonio les “conviene”, lo que supondría una inadmisibles intromisión en una decisión personal íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad, sino de determinar si tienen capacidad natural para prestar el consentimiento matrimonial.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “Matrimonio y discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, núm. 32, pp. 83-84, aun no considerando discriminatorio la exigencia del dictamen médico, observa que, quizás, fuera más conveniente recabar un informe familiar, social y psicosocial del contrayente.

82 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “Matrimonio”, cit., p. 79, critica el empleo de la expresión condiciones de “salud”, por considerarla demasiado amplia “para acotar situaciones excepcionales”, entendiendo que hubiera sido preferible que el legislador se hubiese limitado a suprimir la referencia a las deficiencias “sensoriales”, aludiendo, exclusivamente a las “mentales” e “intelectuales”.

83 El *ius connubii*, en cuanto “derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución” [...] “no puede ser desconocido ni menoscabado más que en casos evidentes de existencia de impedimentos o de falta de capacidad”, tal y como expone la RDGRN 12 marzo 1994 (Act. Civ. R376/1994, p. 347), según la cual, “aun en caso de duda han de prevalecer los principios constitucionales del libre desarrollo de la personalidad y del ejercicio de los derechos fundamentales”.

84 La STS 15 marzo 2018 (RAJ 2018, 1478) observa que, “con dictamen médico o sin él, en ningún caso se excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad en la que con todo medio de pruebas se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio”.

redactado por la Ley 30/1981) de acuerdo con el art. 23.1.a del Convenio de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Las deficiencias que pueden obstaculizar la prestación del consentimiento matrimonial pueden ser, tanto transitorias (por ejemplo, un estado de embriaguez o drogadicción), como duraderas, esto es, enfermedades o deficiencias intelectuales graves que en el momento en que ha de celebrarse el matrimonio priven a quienes las padecen de la facultad de discernimiento y, en consecuencia, de la posibilidad de ponderar el significado y las consecuencias del consentimiento que deben prestar.

Se ha denegado⁸⁵, así, la autorización del matrimonio del contrayente afectado por una hemiplejía con afasia, que le imposibilitaba para hablar, por lo que sólo podía comunicarse apretando la mano izquierda⁸⁶; del que padecía un deterioro cognitivo severo compatible con una demencia mixta, de carácter crónico, progresivo y permanente, por lo tenía gravemente alterada su capacidad de conocer y querer el alcance y las consecuencias de sus actos⁸⁷; del que sufría patología neurodegenerativa en su sistema nervioso, que le provocaba un deterioro cognoscitivo grave que afectaba a su capacidad de comprensión, elección y utilización de conceptos abstractos⁸⁸; o del que presentaba una demencia senil avanzada con un deterioro cognitivo importante que afectaba a todas las funciones psíquicas (orientación, memoria, comprensión del lenguaje, etc.) y, como consecuencia de ello, tenía totalmente impedida la capacidad de gobernar sus propios asuntos⁸⁹.

Desde luego, no se exige “que los contrayentes se encuentren en un óptimo goce de sus facultades intelectuales o mentales, bastando al efecto que los mismos tengan la capacidad de discernimiento suficiente para conocer la trascendencia del compromiso que adquieren y conste su libre decisión de asumirlo”⁹⁰.

Se ha autorizado, así, la celebración del matrimonio del contrayente con un coeficiente mental bajo, cierta inmadurez y dependencia de las personas que

85 Muy discutible me parece la RDGRN 16 junio 2011 (JUR 2012, 153313), que denegó la autorización del matrimonio del que, siendo dieciséis años mayor que una contrayente extranjera, tenía deficiencias que, según el informe psiquiátrico aportado, hacían aconsejable que se le sometiera a una incapacitación parcial (curatela), con aras a protegerle de pautas conductuales pródigas y se le asesorara sobre actos civiles que supusieran una administración económica y patrimonial compleja.

86 RDGRN 29 octubre 2014 (JUR 2015, 266357), la cual, haciendo suya la argumentación del auto recurrido, afirma que “no es posible la comunicación, únicamente a través de apretar la mano izquierda y que es posible que, dado que se ha afectado el área del lenguaje, pueden existir también alteraciones de la comprensión y el pensamiento imposibles de determinar”.

87 RDGRN 29 enero 2004 (RAJ 2004, 2790).

88 RDGRN 18 octubre 1999 (RAJ 1999, 10145).

89 RDGRN 23 octubre 2004 (RAJ 2005, 1079).

90 SAP Valencia 21 septiembre 2016 (JUR 2016, 247157).

rodeaban, pero que tenía “una capacidad intelectual dentro de la normalidad”, que le permitía “conocer las responsabilidades que conlleva una relación afectiva, pudiendo discernir correctamente las implicaciones que supone una relación matrimonial y todas sus consecuencias”⁹¹.

No sé yo hasta qué podrá mantenerse el criterio, seguido por algunas resoluciones de la Dirección General respecto a contrayentes con oligofrenia o que presentan un cierto grado de retraso mental orgánico, de autorizar el matrimonio de quienes tienen una edad mental de catorce años⁹² y denegar el de los que tienen una edad mental inferior⁹³; y ello no tanto, porque el impedimento de edad no sea ya dispensable a partir de los catorce años, que era el fundamento de dichas resoluciones, sino por ser dudosa la compatibilidad de dicho criterio, al menos, formulado como una regla general, con el ya mencionado art. 23.I.a del Convenio de Nueva York.

91 RDGRN 30 junio 2005 (JUR 2006, 7457).

92 La RDGRN 12 marzo 1994 (RAJ 1994, 2295) confirmó el auto favorable del juez encargado del Registro civil, el cual, en la tramitación del expediente previo al matrimonio civil (art. 56, II CC, había autorizado el matrimonio de un deficiente mental. El Ministerio Fiscal interpuso recurso contra el mencionado auto, alegando que el contrayente en cuestión padecía una oligofrenia que dejaba reducida su edad mental en torno a los catorce años, razón por la cual -a su juicio- no podía prestar el consentimiento matrimonial. La DGRN desestimó el recurso, entendiendo que la edad mental de catorce años hacía referencia a una equivalencia aproximada del nivel de inteligencia de la contrayente, pero no a sus vivencias, que correspondían a una persona de mayor edad; consideró, así mismo, que, “si a partir de la edad física de catorce años hay capacidad natural para contraer matrimonio, como se deduce de la posible dispensa prevista por el art. 48 del Código civil, no hay motivo para negar totalmente tal capacidad, por esta sola razón, a quien tiene una edad mental equiparable a la de los catorce años”. Y añade: “La conclusión adoptada es la que mejor se compagina con la presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil (cfr. art. 322 CC) y con la esencia misma del *ius nubendi*, “derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución”. V. también RDGRN 12 marzo 1994 (RAJ 1994, 2295).

93 A los que, ciertamente, a veces se ha querido “utilizar” para la celebración un matrimonio de conveniencia, con el fin de que el contrayente (extranjero) pueda obtener el permiso de residencia en nuestro país. La RDGRN 25 febrero 1994 (Act. Civ., R284/1994, p. 274) rechazó el recurso interpuesto contra el auto denegatorio de la autorización del matrimonio civil de un deficiente mental. Dice, así que, si el “dictamen médico afirma que el contrayente tiene un retraso mental orgánico con una edad mental entre 7 y 10 años, lo que se confirma con el informe psiquiátrico previo en el que se asegura que la edad mental de esa persona no es superior a la de los 12 años, hay que concluir que el contrayente no tiene la aptitud exigida para contraer matrimonio, puesto que sólo a partir de los 14 años de edad -en su caso, con dispensas- es válido el matrimonio (cfr. arts. 46.2 y 48, II, C.C.)”; añade: “Realmente todas las circunstancias del caso, como la extranjería de la recurrente, la diferencia de edad y el estado mental del varón español, inducen a sospechar fundadamente que se ha intentado contraer un matrimonio simulado para aprovecharse de las ventajas indirectas de tal institución en relación con la estancia de los extranjeros en España, pero sin verdadera voluntad de contraer matrimonio”. La RDGRN 20 enero 1995 (RAJ 1995, 1605) conoció de un recurso interpuesto por el promotor de un expediente de autorización previa para la celebración de un matrimonio con una súbdita marroquí. La Juez dispuso que el promotor fuera reconocido por el Médico Forense a fin de dictaminar su capacidad matrimonial; éste informó que el promotor manifestaba tener una edad mental entre 6 y 8 años, por lo que la Juez denegó la aprobación del expediente. El promotor recurrió ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que confirmó el auto recurrido: “Habiendo afirmado el Médico Forense en su informe que el contrayente tiene una edad mental comprendida entre los 6 y 8 años y que se trata de un oligofrénico de grado medio, hay que concluir que evidentemente carece de aptitud para contraer matrimonio, ya que sólo a partir de los 14 años y con la debida dispensa el matrimonio es válido, careciendo de valor las alegaciones contenidas en el escrito de recurso sobre el embarazo de la contrayente. Existen, por el contrario, fundadas sospechas de que en este caso se ha intentado aprovechar la institución matrimonial para conseguir, por la vía del reagrupamiento familiar previsto en la legislación de extranjería, la entrada y estancia de la contrayente extranjera en España”.

El art. 56.II CC (tanto en su redacción actual, como en la anterior) está pensando, sin duda, en un contrayente que no haya sido previamente incapacitado⁹⁴, pero, como ha evidenciado la doctrina⁹⁵, la jurisprudencia⁹⁶ y la Dirección General de los Registros y del Notariado, ello no significa que no pueda y deba aplicarse a los incapacitados para regir su persona y sus bienes por causa de una enfermedad psíquica⁹⁷.

94 Téngase en cuenta que la figura de la incapacitación, tal y como hoy la concebimos, está llamada a desaparecer, de prosperar el Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, con el que se pretende adaptar la legislación española a las exigencias derivadas Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York.

Por ello, en la Exposición de Motivos del citado Anteproyecto se observa que “Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”. Por ello, “el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse”.

En particular, la tutela deja de ser una medida de protección de las personas con discapacidad, que estarán, en su caso, sujetas a curatela, quedando la tutela como un mecanismo de asistencia residual, exclusivamente, en favor de los menores no emancipados en situación de desamparo o no sujetos a patria potestad (como resulta de la redacción del art. 199 CC que propone el artículo diecinueve del Anteproyecto). En la Exposición de Motivos se explica, que “La institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las figuras de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general” (v. a este respecto la redacción de los arts. 266 y ss. CC que propone el Anteproyecto).

95 La aplicación del art. 56.II CC a los incapacitados judicialmente es confirmada por el común de la doctrina. V. en este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil*, cit., IV, pp., 49 y 50; BLASCO GASCÓ, F.: *Instituciones*, cit., p. 74; CRESPO MORA, M^a C.: “La celebración”, cit., p. 405; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 56 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 717-718; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, cit., p. 79; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios*, cit., t. VI, p. 65; LINACERO DE LA FUENTE, M^a: “Matrimonio”, cit., pp. 81-82; OSORIO SERRANO, J. M.: “Requisitos del matrimonio”, en AA.VV.: *Curso de Derecho civil IV, Derechos de familia y sucesiones* (coord. F. J. SÁNCHEZ CALERO), 8^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 69; DE PABLO CONTRERAS, P.: “Comentario al art. 76 CC”, cit., p. 462; SANCHO REBULLIDA, F.: “Celebración del matrimonio”, en LACRUZ BERDEJO, J. L., et alii, *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, fasc. 1^o, 3^a ed., Bosch, Barcelona, 1989, p. 115; VENTURA VENTURA, J. M.: “Comentario al art. 56 CC”, en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2^a ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 399; MONJE BALMASEDA, O.: “Requisitos”, cit., p. 70; e implícitamente GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 56 CC”, cit., p. 128; y PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M.: *Derecho de familia*, cit., p. 56. También PUIG FERRIOL, L.: “Comentario al art. 56 CC”, en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 256, que observa la que la sentencia de incapacitación por enfermedad de carácter psíquico comportará la presunción de que el contrayente incapacitado no es apto para prestar el consentimiento matrimonial.

96 En particular, en la reciente STS 15 marzo 2018 (RAJ 2018, 1478) se dice que, “a pesar de que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad (arts. 322 y arts. 199 CC y 756 a 762 LEC), siempre que puedan prestar consentimiento matrimonial pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas”.

97 Podemos traer a colación a este respecto diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La RDGRN 18 marzo 1994 (RAJ 1994, 2957) afirma que el “precepto es aplicable también a los judicialmente incapacitados de modo total, sin necesidad de una modificación previa de la sentencia”. La RDGRN 2 junio 1999 (RAJ 1999, 10119) observa que el dictamen “debe ser exigido tanto en los casos de una incapacidad natural o de hecho para prestar el consentimiento como en los casos en los que la incapacitación haya sido declarada judicialmente”. La RDGRN 30 junio 2005 (JUR 2006, 7457) afirma que el art. 56.II CC “se ha de aplicar con independencia de que haya mediado o no una previa judicial de la persona, o, dicho, en otros términos, incluso aunque esta incapacitación se haya declarado formalmente. En definitiva,

Los incapacitados podrán contraer matrimonio, si en el momento de la ceremonia nupcial tienen aptitud natural para prestar el consentimiento (o, empleando la terminología tradicional, se hallan en un intervalo lúcido); y ello, sin necesidad de instar la previa modificación de la sentencia de incapacitación⁹⁸ (y, por supuesto, sin necesidad de la autorización del tutor o curador⁹⁹), solución ésta, que es conforme al principio de libre desarrollo de la personalidad y al de libertad nupcial¹⁰⁰, que también permitirá al otro contrayente demandar la nulidad de matrimonio por error, si hubiera ignorado la enfermedad de aquél con quien se casa¹⁰¹.

No obstante, la existencia de una sentencia de incapacitación por causas psíquicas excepciona la regla general del art. 322.I CC¹⁰², haciendo surgir la presunción de que el incapacitado carece de la capacidad natural de entender y de querer el matrimonio, por lo que la prueba en contrario de que la tiene ha de ser *convinciente*¹⁰³; y de ahí que la más elemental prudencia imponga al encargado que deba autorizarlo que pida dictamen médico¹⁰⁴.

ha sido voluntad del legislador tomar como parámetro para apreciar la aptitud para acceder al matrimonio de una persona el de su capacidad natural para prestar de forma consciente el consentimiento matrimonial”.

98 V. en este sentido RDGRN 18 marzo 1994 (RAJ 19994, 2957).

99 Como, en cambio, prevé, a mi parecer, desafortunadamente, el vigente art. 460 del Código civil francés, en la redacción dada por la Ley n° 308 de 5 de marzo de 2007.

Digo desafortunadamente, porque, si el incapacitado se halla en condiciones de entender el acto que realiza, debe ser él quien, libremente, preste su consentimiento al matrimonio, sin necesidad de autorización alguna (ni del tutor o curador, ni del juez); y, si carece de capacidad natural de entender y de querer en el momento en que pretende casarse, no cabe que su voluntad sea sustituida o complementada por un tercero, el cual no debiera poder decidir sobre la conveniencia de que se celebre un negocio, que afecta en un aspecto tan vinculado al libre desarrollo de la personalidad de otro ser humano.

No obstante, la STEDH 25 octubre 2018, caso Delecolle v. Francia, núm. demanda 37646/13, ha considerado que el art. 460 del Código civil francés no es contrario al art. 12 del Convenio de Roma, entendiéndose que no restringe de manera o desproporcionada el derecho a contraer matrimonio.

100 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de familia*, cit., p. 56, nota 54, dice –creo que, con razón- que la sentencia de incapacitación no puede privar al incapacitado de la posibilidad de casarse, pues ello supondría crear un impedimento matrimonial no previsto por la ley, contrariando, así, el art. 32.2 CE.

101 La RDGRN 18 marzo 1994 (RAJ 19994, 2957) autorizó la celebración de un matrimonio de una persona incapacitada y sujeta a tutela al existir informes que no ponían en duda su aptitud actual para contraerlo, afirmando que “no es bastante para impedir el ejercicio de un derecho fundamental de la persona la oposición de la madre, la cual, aparte de otras alegaciones ajenas al caso, se limita a invocar el contenido de informes médicos muy anteriores a los ahora presentados, fundamentalmente los tenidos en cuenta en 1986, cuando se dictó la sentencia de incapacitación”.

102 La RDGRN 27 julio 1993 (RAJ 1993, 6361), que denegó la autorización de un matrimonio de una persona incapacitada, observa que se trata “de una persona que por sentencia previa ha sido declarada en situación de incapacidad total (cfr. art. 210 CC), de modo que la presunción general de capacidad que ha de apreciarse respecto de todo mayor de edad (cfr. art. 322 CC) está aquí desvirtuada y ha de presumirse, por el contrario, que el afectado carece de aptitud para consentir cualquier acto jurídico”.

103 Tal y como observa la RDGRN 2 junio 1999 (RAJ 1999, 10119), que no autorizó el matrimonio de una persona incapacitada sujeta a tutela, por entender que la presunción de carecer de la aptitud natural para prestar el consentimiento matrimonial no había sido desvirtuada por la circunstancia de que el dictamen del médico forense no fuera “totalmente negativo”. Observa también que “el médico forense, a pesar de su conclusión, indica que el coeficiente mental de la contrayente se corresponde con una edad de siete a diez años, muy inferior a la de catorce años, a partir de la cual puede ser válido el matrimonio con la oportuna dispensa” (se refiere –claro está- a la situación anterior a la reforma operada por la Ley 15/2015).

104 CRESPO MORA, M^o C.: “La celebración”, cit., p. 405, lo considera “necesario”.

El art. 52.II CC, en la redacción todavía en vigor (debida a la Ley 30/1981), hacía dudosa la aplicación del art. 56.II CC a los matrimonios contraídos por un enfermo en peligro inminente de muerte, que podían autorizarse, sin previo expediente, cuya tramitación presuponia el art. 56.II CC.

La Dirección General de los Registros tuvo ocasión de pronunciarse, afirmando que, no obstante el hecho de que en esta clase de matrimonios no sea necesaria la tramitación del expediente, en caso de duda sobre la aptitud natural del contrayente para poder prestar el consentimiento, el funcionario autorizante, “cuando la urgencia del caso lo permita deberá recabar el oportuno dictamen médico”, ya que “concurren las mismas o más fuertes razones” para ello¹⁰⁵; y ello, sin perjuicio, del posible control posterior de la aptitud del contrayente enfermo en la fase de inscripción del matrimonio celebrado¹⁰⁶. Concretamente, autorizó la celebración del matrimonio de una persona en fase terminal, sometida a la medicación propia de los cuidados paliativos, porque no se apreciaban “alteraciones de las funciones psíquicas superiores, siendo capaz de evocar recuerdos pasados y recientes (recordando la fecha de la boda, relata problemas con sus hijos, cuenta las razones que le impulsan a celebrar contraer matrimonio...) y no apreciándose alteraciones en la exploración de la memoria ni del pensamiento ni de las demás funciones psíquicas superiores”¹⁰⁷.

El nuevo art. 52.II CC (en la redacción dada por la Ley 15/2015 y que no entrará en vigor hasta el 20 de junio de 2020) ha confirmado esta orientación, puesto que afirma que, si bien “El matrimonio en peligro de muerte no requerirá para su celebración la previa tramitación del acta o expediente matrimonial”, “cuando el peligro de muerte derive de enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes, dictamen médico sobre su capacidad para la prestación del consentimiento y la gravedad de la situación, salvo imposibilidad acreditada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 65”. Este precepto en su nueva redacción (tampoco en vigor hasta el 20 de junio de 2020), dispone que “En los casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente o acta previa, si éste fuera necesario, el Secretario judicial, Notario, o el funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil que lo haya celebrado, antes de realizar las actuaciones que procedan para su inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su validez, mediante la tramitación del acta o expediente al que se refiere este artículo”.

Resulta, pues, evidente que, en el caso de celebrarse el matrimonio en peligro de muerte “por enfermedad o estado físico”, se es más riguroso, pues

¹⁰⁵ RDGRN 17 febrero 2010 (JUR 2011, 102449).

¹⁰⁶ Cfr. RDGRN 11 febrero 2003 (RAJ 2011, 4025), la cual consideró procedente la inscripción del matrimonio.

¹⁰⁷ RDGRN 17 febrero 2010 (JUR 2011, 102449).

ha de pedirse dictamen médico siempre que sea posible; en cambio; en la forma ordinaria, tras la reforma llevada a cabo en el art. 56.II CC de Ley 4/2017, de 28 de junio, la mera existencia de una enfermedad de carácter psíquico no es suficiente para que el Encargado pida dictamen. No sé yo hasta qué punto esta discordancia es razonable y respetuosa con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad.

Como ya he dicho, el hecho de que quien tramitara expediente no hubiera solicitado el dictamen médico no significa que no pueda demandarse posteriormente la nulidad del matrimonio si se demuestra que el contrayente carecía de aptitud para prestar el consentimiento¹⁰⁸. Así, se ha declarado nulo el matrimonio celebrado *in articulo mortis*, por haberse acreditado mediante dictamen emitido por experto neurológico que el contrayente se hallaba en situación de coma, dormido patológicamente y desconectado del medio, sin ninguna función intelectual, ni posibilidad de pensar, ni de comunicarse con el exterior, habiendo prestado su presunto consentimiento a través de un encogimiento de hombros y de un apretón de manos¹⁰⁹.

Por el contrario, se ha desestimado la demanda interpuesta por los hermanos de una persona fallecida, por considerar que, si bien parecía probado que el contrayente padeciera “un leve retraso mental y presentara cierto grado de inmadurez y dependencia”, no podía “entenderse acreditado que el déficit apreciado revistiera entidad suficiente para invalidar la emisión de un consentimiento matrimonial”, máxime, cuando había otorgado diversas escrituras (de partición de herencia paterna y de apoderamiento en favor de uno de sus hermanos), sin que el Notario autorizante hubiese hecho reserva alguna al respecto, dándose además la circunstancia de que el día anterior a su muerte había sido nombrado administrador mancomunado de una sociedad mercantil por parte sus hermanos demandantes¹¹⁰.

Tratándose de enfermedades crónicas que excluyen la capacidad natural de entender y de querer de quienes las padecen de manera continuada (por un ejemplo, una demencia senil irreversible o un Parkinson o Alzheimer acusados), la

108 Pero, en su caso, como observa ROCA TRIAS, E.: “Los requisitos del matrimonio”, cit., p. 69, habrá nulidad por inexistencia de consentimiento, no por defecto de forma.

Hay que llamar la atención sobre una serie de casos en los que un cónyuge trata de “desvincularse” de su matrimonio, mediante una utilización torticera de la nulidad, alegando, precisamente, que, cuando se casó, carecía de aptitud para prestar el consentimiento, junto con otras causas de invalidez, que, desde luego, tampoco llegan a demostrarse, en particular, la reserva mental o la coacción del otro contrayente. V. en este sentido SAP Córdoba 16 noviembre 1996 (AC 1996, 2086); SAP Madrid 26 mayo 1998 (AC 1998, 1066); SAP Barcelona 27 abril 2005 (JUR 2005, I22091); o SAP Barcelona 10 septiembre 2008 (JUR 2009, 253420). En el supuesto resuelto por la SAP Islas Baleares 18 junio 2014 (AC 2014, 1140), quien pretendía la nulidad del matrimonio, que no fue concedida, era la madre del contrayente muerta, que, a la vez, alegaba la existencia de una reserva mental por parte de su mujer.

109 SAP Murcia 27 febrero 2002 (JUR 2002, I26479).

110 STS 29 abril 2015 (RAJ 2015, 2208).

prueba de su existencia antes y después de la celebración del matrimonio, puede ser un indicio de que el enfermo carecía de aptitud para prestar el consentimiento matrimonial en el período intermedio durante el cual se casó. Pero hay que tener en cuenta que este tipo de enfermedades no afectan por igual al enfermo durante toda la etapa de su desarrollo (puede haber intervalos lúcidos), por lo que para declararse la nulidad del matrimonio tiene que quedar perfectamente acreditado que, precisamente, al tiempo de conclusión del matrimonio, se encontraba en un estado en el que tenía la gravedad suficiente para excluir su capacidad de discernimiento¹¹¹.

Sobre este aspecto me parece pertinente referirme a una reciente y discutible sentencia del Tribunal Supremo¹¹², la cual ha considerado válido el matrimonio contraído por una persona, que, al tiempo de celebrarse, se encontraba incurso en un juicio de modificación de capacidad de obrar, el cual concluiría con una sentencia (dictada, una vez casada) que le incapacitaría para gobernar su persona y sus bienes, a consecuencia de padecer un alzhéimer, agravado por un posterior infarto cerebral que, según el informe médico forense (elaborado antes de la celebración del matrimonio), le ocasionaba “alteraciones en la inteligencia y voluntad necesarias para obrar con conocimiento y juicio suficiente para inspirar una libre decisión”. Concretamente, en el informe se dice que no podía mantener una conversación, ni responder a preguntas sencillas, como su edad, fecha de nacimiento o profesión, y que no recordaba el nombre de las hijas; así mismo, que no sabía coger el bolígrafo para escribir una frase y al final ponía su nombre de forma ilegible, en forma de garabatos, sin que tampoco fuese capaz de copiar un sencillo dibujo que se le indicaba y de realizar el test del reloj.

Sin embargo, sorprendentemente, el Tribunal Supremo, a pesar de la contundencia del informe, entiende que “no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la

111 Es reveladora a este respecto la SAP Madrid 15 marzo de 2013 (JUR 2013, 158526), que desestimó la nulidad de matrimonio contraído por una persona que padecía un Parkinson que le había llevado a ser incapacitado para gobernar sus bienes cuatro meses antes de casarse, recayendo una posterior sentencia que también le incapacitaba para gobernar su persona y le sujetaba a tutela un año y cinco meses después de la celebración del matrimonio. Afirma que “considerando todas las circunstancias en las que consta se celebró el matrimonio que nos ocupa, no queda acreditado que en el momento de contraerlo y de prestar su consentimiento, sus facultades intelectivas y cognitivas estuvieran hasta tal punto alteradas o interferidas como para considerar que no presto válidamente su consentimiento, cuando, por vertiginosa que sea la evolución de la enfermedad, no se acredita que en el período de aproximadamente un mes y 3 días que media entre el examen médico con resultado de conservación de la capacidad, y la celebración del matrimonio, el avance de la enfermedad fuera tal que sumiera al afectado en la situación un año después objetivada de grave alteración mental afectante a la capacidad de conocer y decidir, informada en proceso de incapacidad”.

112 STS 15 marzo 2018 (RAJ 2018, 1478), que cuenta con un voto particular, que, al igual que la sentencia recurrida, considera el matrimonio nulo por falta de capacidad natural para entender y querer del contrayente con Alzhéimer.

personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio *favor matrimonii*". El argumento principal que sustenta este razonamiento, es el de que, durante la tramitación del juicio de incapacidad, el contrayente enfermo había presentado una demanda de divorcio contra su anterior mujer, la cual fue estimada, descartando expresamente el juez que pronunció el divorcio que la tramitación del procedimiento de modificación de la capacidad fuera obstáculo para ello (la demandada había planteado una cuestión prejudicial), lo que, obviamente, significa que, a su juicio, el actor conocía el significado de su pretensión, pues, "en nuestro derecho positivo, la misma voluntad que se considera apta para celebrar el matrimonio lo es para disolverlo por divorcio". No obstante, se utiliza otro argumento, que, aunque presentado como secundario, creo que es decisivo, esto es, la circunstancia de que la demanda de nulidad se hubiese presentado una vez muerto el contrayente, cinco años después de la celebración del matrimonio, sin que durante este tiempo la tutora (una de sus hijas, demandante, junto a sus hermanas, de la nulidad) hubiera considerado contrario al interés del incapacitado que residiera en su propia casa con la segunda mujer, dándose, además, la circunstancia de que ambos habían mantenido una relación durante años e, incluso, habían llegado a convivir antes de casarse. Parece, pues, que, en realidad, se busca la justicia del caso concreto, tratándose de no comprometer la estabilidad de una situación familiar consolidada con apoyo en cuestionables motivos subjetivos de las demandantes de la nulidad.

En otro orden de cosas, más problemas plantean las enfermedades que no excluyen de manera continuada la capacidad cognitiva y volitiva de quien las padece, sino sólo en determinados momentos, como es el caso de la depresión o de la esquizofrenia, que puede manifestarse en forma de brotes aislados. La cuestión –como siempre- será determinar si, en el preciso momento en que se celebró el matrimonio, el enfermo tenía gravemente deteriorada su capacidad cognitiva. Así, se ha declarado nulo un matrimonio contraído por quien padecía una depresión grave en fase aguda "con pensamientos negativos e ideas autodestructivas aptas para tomar decisiones contrarias a sus intereses", y no podía "conocer y querer el acto que estaba realizando, pues en tal momento sobrepasaba su capacidad"¹¹³; como también el contraído en fase maniaca por una persona que padecía una depresión y consumía cocaína, combinación que la sumió en un estado de descontrol en "el que su capacidad de discernimiento resultaba prácticamente anulada", estando "sustraída a los controles de la voluntad y del autodomio"¹¹⁴.

Por el contrario, se ha considerado válido el matrimonio de una persona aquejada de esquizofrenia, por no demostrarse que hubiese habido brotes esquizofrénicos antes o después de la celebración del matrimonio, no existiendo

113 STS 14 julio 2004 (RAJ 2004, 4297).

114 SAP Sevilla 28 junio 2000 (JUR 2000, 284516).

“la más mínima prueba de que la contratante se hallara aquejada de una crisis en el momento de emisión del consentimiento en el negocio matrimonial, ni tan siquiera que tuviera limitadas sus facultades mentales o se revelase una trascendencia de la problemática psíquica en relación con dicho acto”¹¹⁵. Ahora bien, en los estos casos en los que la persona afectada por la esquizofrenia haya tenido aptitud para prestar el consentimiento, el otro contrayente que desconociera la enfermedad de su consorte podría pedir la nulidad del matrimonio por error en cualidad, con apoyo en el art. 73.4º CC.

3. Los impedimentos matrimoniales en sentido estricto.

Los impedimentos matrimoniales en sentido estricto (o impedimentos relativos) son el parentesco y el crimen.

A) El parentesco.

El impedimento de parentesco¹¹⁶, como resulta del art. 47.I CC, prohíbe “contraer matrimonio entre sí” a los parientes en línea recta, por consanguinidad o por adopción¹¹⁷, sin limitación de grados, de modo que no podrá un padre

¹¹⁵ STS 18 septiembre 1989 (RAJ 1989, 6318).

¹¹⁶ Recuérdese que, tras la reforma llevada a cabo tras la Ley 30/1981, de 7 de julio, la afinidad no origina impedimento de parentesco.

Lo mismo acontece en la actualidad en el Derecho alemán, en el que el § 4.I *Ehegesetz* de 20 de febrero de 1946, establecía el impedimento de parentesco por afinidad en línea recta, que, sin embargo, fue suprimido por *Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts* de 4 de mayo de 1998, por lo que no pasó al vigente 1307 § BGB.

Sin embargo, el art. 161 del Código civil francés (redactado por la Ordenanza nº 759/2005, de 14 de julio) sigue contemplando el impedimento de parentesco por afinidad en línea recta, si bien es dispensable por el Presidente de la República, por causas graves, cuando la persona que ha originado la afinidad haya muerto. El art. 1602, letra a) del Código civil portugués (redactado por Decreto Ley nº 496/1977, de 25 de noviembre) regula también como impedimento dirimente el parentesco por afinidad en línea recta, pero no lo considera susceptible de dispensa. Pero, además, la Ley 143/2015, de 8 de septiembre, ha introducido un nuevo impedimento dirimente, recogido en el vigente art. 1602, letra b) del Código civil luso, que es el de “anterior responsabilidad parental”, lo que, según explican, PEREIRA COELHO, F., y DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., vol. I, pp. 307-308, significa que el cónyuge o conviviente de hecho del progenitor de un niño, que tenga atribuidas responsabilidades parentales respecto de dicho niño, no puede contraer matrimonio con él. Explican los autores que no se trata aquí de un impedimento de parentesco, sino que se basa en razones de carácter social, aunque, si el titular de la responsabilidad parental estuviera casado con el padre o la madre del niño existiría también un impedimento dirimente de afinidad.

¹¹⁷ El Código civil portugués no contempla, expresamente, el impedimento de parentesco por adopción en línea recta, aunque es evidente que se subsume dentro de su art. 1602, letra a) (redactado por Decreto Ley nº 496/1977, de 25 de noviembre), que establece como impedimento dirimente el parentesco en línea recta, en virtud de la aplicación del art. 1986, que establece la equiparación entre los hijos biológicos y los adoptivos.

El Código civil francés contempla, expresamente, el impedimento de parentesco por adopción en línea recta, exclusivamente, en relación con la adopción simple, en el art. 366.I (redactado por Ley nº 604/1996, de 5 de julio), pero, obviamente, la doctrina lo considera aplicable en la adopción plena, como consecuencia de la equiparación que efectúa el art. 358 (redactado por Ley 305/2002, de 4 de marzo), entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza legítimos. Cfr., así, TERRÉ, F., GOLDIE-GENICON, Ch. y FENOUILLET, D.: *Droit civil*, cit., p. 120.

casarse con su hijo (sea éste biológico o adoptivo), ni tampoco un abuelo con un nieto¹¹⁸.

Así mismo, el art. 47.2 CC impide contraer matrimonio entre sí a los parientes colaterales por consanguinidad que se encuentren dentro del tercer grado¹¹⁹; por lo tanto, no es posible el matrimonio entre hermanos biológicos, ni entre un tío o sobrino; en cambio, pueden casarse entre sí los primos carnales, al tratarse de parientes colaterales que se hallan en el cuarto grado. Este precepto (a diferencia de lo que hace el art. 47.1 CC respecto de los parientes en línea recta) no se refiere a los parientes colaterales por adopción, por lo que no existe impedimento para que dos hermanos por adopción puedan casarse entre sí¹²⁰, pues las normas que restringen la capacidad nupcial no deben ser objeto de interpretación extensiva, máxime cuando en este caso no existen razones eugenésicas para prohibir el matrimonio¹²¹. Estamos, pues, ante una norma especial, que desplaza la norma general del art. 108.II CC, según la cual la filiación por naturaleza y por adopción "surten los mismos efectos"¹²².

118 Hay que tener en cuenta que, aunque a tenor del art. 178.I CC la adopción extingue los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia biológica, el art. 178.3 CC precisa que dicho efecto debe entenderse "sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales". Por tanto, subsiste el impedimento para contraer matrimonio entre el adoptado y sus parientes consanguíneos.

119 El § 1307 BGB establece, en cambio, el impedimento de parentesco por consanguinidad en línea colateral, exclusivamente, entre hermanos, sean de vínculo doble o sencillo, precisando que el impedimento subsiste, aunque el parentesco se extinga como consecuencia de la adopción de uno de ellos. El art. 1602, letra c) del Código civil portugués [la Ley n° 143/2015, de 8 de septiembre, convirtió en letra c), lo que anteriormente, era letra b)] establece el impedimento dirimente de parentesco en línea colateral, también solamente, hasta el segundo grado, si bien el art. 1604, letra c) (redactado Decreto Ley n° 496/1977, de 25 de noviembre) regula como impedimento, meramente impediendo, el parentesco de tercer grado en línea colateral, el cual es, además, dispensable, según el art. 1609.I, dispensa que podrá realizar el encargado del Registro Civil, cuando haya motivos serios que justifiquen la celebración del matrimonio.

120 Sí que, en cambio lo hay en Derecho alemán, pues el § 1308 BGB impide el matrimonio entre hermanos adoptivos, aunque el impedimento puede ser dispensado judicialmente.

El Código civil portugués no establece, expresamente, la prohibición de contraer matrimonio entre hermanos adoptivos, pero la doctrina entiende que la misma resulta del art. 1602, letra c), que establece el impedimento de parentesco en el segundo grado de la línea colateral, en virtud de la aplicación del art. 1986, del mismo modo en que a los parientes en línea recta por adopción les resulta aplicable la letra a) del art. 1602. Cfr., en tal sentido, PEREIRA COELHO, F., y DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., vol. I, p. 305.

Lo mismo puede decirse respecto del Código civil francés, respecto de la adopción plena, en virtud de la equiparación de efectos realizada por el art. 358 (redactado por Ley 305/2002, de 4 de marzo) entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza legítimos. En el caso de adopción simple, existe un impedimento expreso, contemplado en el art. 366.3 y 4 (redactado por Ley n° 604/1996, de 5 de julio), que prohíbe el matrimonio entre los hijos adoptivos de la misma persona, así como entre el adoptado y los hijos biológicos del adoptante; aunque el párrafo del mismo precepto prevé la posibilidad de dispensa por parte del Presidente de la República por motivos graves.

121 En cambio, el adoptado no podrá casarse con sus hermanos biológicos, según resulta del art. 178.3 CC.

122 La opinión de que el impedimento de parentesco por adopción no se extiende a la línea colateral es prácticamente unánime en la doctrina española. V. a este respecto CARRIÓN OLMOS, S.: "Comentario al art. 47 CC", AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 184, y las extensas citas que realiza en la nota número 9; CRESPO MORA, Mª C.: "La celebración", cit., p. 411; GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, Mª L.: "El matrimonio, realidad social e institución jurídica", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado*, tomo IV, vol. 1º (coord. V. M. GARRIDO DE PALMA), Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 121; LINACERO DE LA FUENTE, Mª: "Matrimonio", p. 79; MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Requisitos del matrimonio", en AA.VV.: *Manual de Derecho civil, Derecho de familia* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Bercal, Madrid, 2007, p. 51; SANCHO REBULLIDA, F.: "Requisitos del matrimonio", en LACRUZ BERDEJO, J. L., et alii, *Elementos*

No es dispensable el impedimento de parentesco en línea recta, ni tampoco en línea colateral dentro del segundo grado (el que afecta a los hermanos), pero, según prevé el art. 48 CC, sí cabe dispensar judicialmente, a instancia de parte, el impedimento entre colaterales de grado tercero¹²³, en cuyo caso sería válido el matrimonio contraído por el tío con una sobrina carnal¹²⁴.

El precepto requiere que la dispensa tenga “justa causa”, que, de acuerdo, con el texto del todavía vigente art. 260 RRC, podrá ser un motivo de “índole particular, familiar o social”¹²⁵, habiendo declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado que, aunque tales expresiones sean “conceptos indeterminados de difícil evaluación”, es posible considerar como justa causa para la dispensa la circunstancia de que tío y sobrina, por incapacidad del primero, llevarán conviviendo durante veintidós años¹²⁶.

La dispensa podrá tener lugar antes de celebrarse el matrimonio o después (en la rara hipótesis de que se haya autorizado la celebración por no haber reparado el instructor del expediente matrimonial en la existencia del impedimento), pero, en este segundo caso, según dice el mismo precepto, la dispensa, de darse, convalidará el matrimonio desde su celebración, siempre que la nulidad no hubiese sido ya instada judicialmente por alguna de las “partes”, palabra ésta, que no se refiere, exclusivamente, a las partes del negocio jurídico matrimonial, sino a todos los legitimados para demandar la nulidad del matrimonio, que, en este caso, no sólo son los cónyuges, sino también (en virtud de la norma general del art. 74 CC) el Ministerio Fiscal y cualquier tercero con interés legítimo¹²⁷.

de *Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, fasc. 1º, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1989, p 108; SERRANO ALONSO, E.: *El nuevo matrimonio*, cit., p. 57. Es aislada la opinión contraria de ALBALADEJO GARCÍA, M.: “El impedimento matrimonial de adopción en el Código civil a hoy”, en AA.VV.: *Centenario del Código civil (1889-1999)*, Centro de Estudios Ramón Areces, t. I, Madrid, 1990, pp. 1 y ss., seguida por OSORIO SERRANO, J. M.: “Requisitos del matrimonio”, p. 70. DE PABLO CONTRERAS, P.: “Comentario al art. 47 CC”, en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 359, aun entendiéndose que, a tenor del art. 47.2º CC, se desprende que el impedimento de parentesco no se aplica a los parientes colaterales por adopción, sin embargo, defiende su extensión a ellos, invocando “acentradas convicciones de moralidad social compartidas por la gran mayoría de las culturas”.

123 El art. 164.3 del Código civil francés contempla también la posibilidad de dispensa del impedimento de parentesco por consanguinidad en tercer grado, por causas graves, por parte del Presidente de la República.

124 V. a este respecto RDGRN 18 octubre 1995 (RAJ 1995, 9565).

125 Según el todavía vigente art. 261.II RRC, “En la solicitud de dispensa de impedimento de grado tercero de parentesco entre colaterales se expresará con claridad el árbol genealógico de los esposos”.

126 V. así RDGRN 18 octubre 1995 (RAJ 1995, 9565), la cual afirma que es “menester entender que una convivencia prolongada y voluntaria entre tío y sobrina puede ser tal fuente de afecto entre ambos, que, sobrepasando el del simple parentesco, llegue a la *affectio maritalis*, cuya real existencia depende de la voluntad íntima de las personas y no puede desvelarse so pena de permitir intromisiones ilegítimas en su intimidad”.

127 En este sentido se ha orientado la SAP Teruel 24 marzo 2015 (JUR 2015, 123212). En el supuesto litigioso acontecía que el Ministerio Fiscal había demandado la nulidad del matrimonio antes de que los cónyuges pidieran la dispensa del impedimento, solicitándolo posteriormente, estando vigente el procedimiento judicial.

B) El crimen.

El art. 47.3 CC consagra el denominado impedimento de crimen o muerte dolosa¹²⁸.

El precepto ha sido reformado por la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015. En su redacción anterior (debida a la Ley 30/1981) impedía “contraer matrimonio entre sí”, a los “condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos”. Sin embargo, en su actual dicción, se refiere a “Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”¹²⁹.

Se observa, pues, una extensión del régimen legal del impedimento¹³⁰; y ello en dos sentidos: de un lado, la prohibición de contraer matrimonio afecta ahora, no sólo afecta a los autores y cómplices (así, como en común interpretación de la doctrina a los inductores y cooperadores necesarios¹³¹), sino también a los encubridores; y de otro lado, el sujeto pasivo del delito que da origen al impedimento puede ser, no sólo el cónyuge, sino también el conviviente *more uxorio*.

La reforma de 2015 revitaliza, así, un impedimento, que parecía totalmente obsoleto. Es evidente que el impedimento de crimen surge en el contexto de un Derecho matrimonial contrario al divorcio¹³². Nace, obviamente, como una sanción civil a un comportamiento reprobable, pero, sobre todo, con la finalidad de disuadir a quienes, no pudiendo acudir al divorcio, pretendieran disolver su matrimonio, poniéndose de acuerdo para matar al cónyuge de cualquiera de ellos.

Pudiera, pues, pensarse que, admitido el divorcio y, además, con la amplitud con hoy se regula, carecería de sentido mantener el impedimento de crimen, pero

128 Que no se regula, ni en el Código civil francés, ni en el alemán, aunque sí, como veremos, en el italiano; como también en el art. 1604, letra f) (redactado por Decreto Ley 496/1977, de 25 de noviembre) del Código civil portugués.

129 Es, pues, distinta la regulación del impedimento en la legislación civil y la canónica, pues el c. 1090 CIC, no sólo regula el conyugicidio por cooperación mutua, física o moral (el único contemplado en el art. 47.3 CC, que exige además condena penal firme), sino también el conyugicidio simple, que comprende dos supuestos: causar la muerte del propio cónyuge (conyugicidio propio) o la del cónyuge de la persona con la que se desea contraer matrimonio (conyugicidio impropio): en estos dos supuestos, se exige siempre que el crimen haya sido causado con la intención de contraer matrimonio con determinada persona.

130 CARRIÓN VIDAL, A.: “Comentarios”, cit., p. 379.

131 V. en este sentido CARRIÓN OLMO, S.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 190; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, cit., p. 78; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios*, cit., t. VI, p. 67; DE PABLO CONTRERAS, P.: “El matrimonio como acto jurídico. La nulidad del matrimonio”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV)* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ), 4ª ed., Madrid, Colex, 2013, p. 119; SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 47 CC”, en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 119.

132 Es, por ello, que el impedimento de crimen no fue recogido en el Código civil francés, aunque sí en el italiano, tanto en el de 1865 (art. 62), como en el de 1942, en cuyo art. 88 pervive tras la reforma de 1975, que introdujo el divorcio en Italia.

no es así, porque dicho impedimento sigue manteniendo una utilidad social como una medida de lucha contra la lacra de la violencia en el ámbito de las relaciones familiares, que no hay por qué circunscribir a la que tiene lugar en el seno de la familia matrimonial: esta parece ser el nuevo fundamento del impedimento, pues, de otro modo, no se comprende por qué habría también de aplicarse a quienes, al estar meramente unidos de hecho, pueden casarse entre sí, sin necesidad de disolver un previo vínculo matrimonial, por tener libertad de estado para contraer matrimonio.

En cualquier caso, tanto antes, como ahora, se exige que exista una condena penal firme de ambos cónyuges o convivientes *more uxorio*, por muerte dolosa, pudiendo ser diverso su grado de autoría o participación (p. ej., uno es condenado como autor directo del delito y otro como inductor, cómplice o encubridor). No basta una condena por mera imprudencia temeraria (por ejemplo, la que pudiera tener lugar en un accidente de tráfico)¹³³, como tampoco -a diferencia de lo que, como veremos acontece en el Derecho italiano¹³⁴- una condena por mera tentativa de homicidio o asesinato no culminada con éxito, pues el precepto habla claramente de “muerte”, por lo que presupone que la misma ha tenido lugar¹³⁵.

Sin embargo¹³⁶, no parece necesario que la finalidad de la comisión del delito fuera, precisamente, acabar con la vida del propio cónyuge o el de la persona, con cuya connivencia se ha realizado el crimen, con la finalidad específica de casarse con ella¹³⁷ (aunque éste sea el supuesto clásico para el que estaba pensado el impedimento, cuando no había divorcio), porque, si, así lo fuera, no se entendería por qué el sujeto pasivo del delito puede ser un conviviente *more uxorio*, con el que no se está casado y del que, por lo tanto, no es necesario divorciarse.

La doctrina dominante entiende que la condena penal posterior a la celebración del matrimonio produciría la nulidad del matrimonio contraído anteriormente¹³⁸,

133 Cfr., así, BLASCO GASCÓ, F.: *Instituciones*, cit., p. 71; CARRIÓN OL MOS, S.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 191; DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, cit., p. 78; DíAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 47 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 670; GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 85; MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Requisitos”, cit., p. 50; DE PABLO CONTRERAS, P.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 359; SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 179; SERRANO ALONSO, E.: *El nuevo matrimonio*, cit., p. 57.

134 Como también en el Derecho portugués, según resulta del art. 1604, letra f) del Código civil luso.

135 V. en tal sentido BLASCO GASCÓ, F.: *Instituciones*, cit., p. 71; CARRIÓN OL MOS, S.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 191; DíAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 670; MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Requisitos”, cit., p. 50; SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 359; SERRANO ALONSO, E.: *El nuevo matrimonio*, cit., p. 57. En contra, sin embargo, GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 85, quien, atendiendo a la *ratio* de la norma, entiende que basta con que se dé el delito en grado de frustración o tentativa. Esta es, en cualquier caso, la solución adoptada por el art. 88 del Código civil italiano.

136 A diferencia de lo que exige el c. 1090 CIC.

137 Cfr., así, DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, cit., p. 78.

138 V. así CARRIÓN OL MOS, S.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 192; DíAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 671; DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, cit., p. 78; OSORIO SERRANO, J. M.: “Requisitos”, cit., p. 70; o SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 46 CC”, cit., p.

pero no creo que yo que se trate de una cuestión de retroacción de los efectos de la sentencia penal¹³⁹. La explicación creo que es otra: lo que justifica el impedimento matrimonial no es la sentencia en sí, sino los hechos en que ésta se basa, esto es, el homicidio o asesinato de la persona con quien se está casado o se convive *more uxorio* antes de celebrarse el matrimonio, que es lo que merece el reproche y la consiguiente sanción por parte del legislador civil: si se exige la condena penal firme es, sencillamente, porque, sin ella, no existe certeza jurídica de la comisión del delito y, en consecuencia, no se puede privar preventivamente al presunto autor, cómplice o encubridor del mismo de la posibilidad de casarse, ya que ello supondría una injustificada restricción de su derecho a contraer matrimonio¹⁴⁰.

La Ley 30/1981 introdujo la posibilidad de dispensar el impedimento de crimen¹⁴¹, la cual no estaba contemplada en el originario art. 85 CC, lo que mereció la crítica de un sector de la doctrina¹⁴². Sin embargo, a mi entender, esta novedad merece un juicio positivo, porque por muy reprochable que haya sido la conducta de quienes cometieron el delito, siempre cabe el arrepentimiento y la rehabilitación de los condenados. Otra cosa es que el anterior art. 48.I CC (redactado por la Ley 30/1981), incomprensiblemente, permitiera al Ministerio de Justicia la dispensa del impedimento sin concurrir una "justa causa"¹⁴³, lo que, en cambio, sí que requiere el vigente art. 48 CC (cuya redacción se debe a la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015), que, además, encomienda ahora la facultad de conceder la dispensa al Juez, dejando la misma de ser un acto graciable y alejándose de la discrecionalidad administrativa¹⁴⁴.

Hay que recordar que la dispensa del impedimento (al igual que el de parentesco colateral de tercer grado) puede ser anterior o posterior a la celebración del matrimonio, pero ésta última sólo es posible si la nulidad no ha sido pedida

177. En contra, sin embargo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de familia*, cit., p. 53, nota 47; y DE PABLO CONTRERAS, P.: "Comentario al art. 47 CC", cit., p. 359.

139 Como sostienen ROCA TRIAS, E.: "Los requisitos del matrimonio", en AA.VV.: *Derecho de familia* (coord. E. ROCA TRIAS), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 65; y SALVADOR CODERCH, P.: "Comentario al art. 46 CC", cit., p. 177.

140 En relación con el art. 88 del Código civil italiano de 1942, FINOCCHIARO, F.: *Matrimonio*, cit., p. 45, observa que, aunque la norma ligue el impedimento a la existencia de una condena, no es posible una lectura puramente formal de la misma, que termina frustrando la función de la misma, que es la tutela del orden público, el cual queda perturbado, no por la sentencia misma, sino por el hecho que da lugar al proceso, por lo que no es posible distinguir entre condena anterior y condena posterior al matrimonio, si el hecho delictivo es anterior a la celebración del mismo.

141 Que no es posible en el Derecho italiano y portugués.

142 GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 48 CC", cit., p. 89, considera "sorprendente" la posibilidad de dispensar el impedimento de crimen.

143 Me parece fundada la crítica al respecto de GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 48 CC", cit., p. 89.

144 Con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2015, DE PABLO CONTRERAS, P.: "El matrimonio", cit., p. 119, observaba que, si bien la dispensa era *discrecional*, en cambio, no podía ser *arbitraria*, por lo que había que incluir una valoración del reproche o alarma social a que diera lugar el matrimonio del homicida, refiriéndose, en particular, al caso de que la mujer condenada sufriera malos tratos por parte del marido. SERRANO ALONSO, E.: *El nuevo matrimonio*, cit., p. 57, como pone ejemplo de justa causa la existencia de hijos.

judicialmente por alguna de las partes, en cuyo caso convalidará el matrimonio desde su celebración (art. 48 CC).

III. DERECHO ITALIANO^{145*}.

I. La nulidad matrimonial.

En el Derecho italiano la cuestión de los impedimentos matrimoniales es extremadamente delicada, no habiendo sido nunca sistematizada de manera nítida por la doctrina y jurisprudencia italianas, seguramente, por existir una falta de claridad al respecto por parte del legislador.

Como ya se ha dicho en las consideraciones preliminares de este trabajo, es tradicional la distinción entre los requisitos y los impedimentos matrimoniales: los primeros se configuran como condiciones positivas, que se deben verificar para poder contraer matrimonio; los segundos, en cambio, como condiciones negativas, que no deben concurrir para poder celebrarlo¹⁴⁶.

Según una sistematización usual, los impedimentos son dirimentes o impedientes, según que den lugar a la invalidez (nulidad o anulabilidad) del matrimonio o, simplemente, produzcan una irregularidad del mismo, que se sustancia en la imposición de una sanción administrativa¹⁴⁷. Frente a esta clara distinción, la determinación de los casos de anulación o de nulidad de matrimonio –motivados en esta materia por la ausencia de un requisito o la presencia de un impedimento– y su precisa distinción son todavía objeto de controversia entre los estudiosos. A dicha controversia contribuye indudablemente la imprecisa terminología frecuentemente empleada por el legislador, la cual induce a emplear con cautela unas categorías, que en el ámbito del Derecho contractual están deslindadas, de manera mucho más nítida¹⁴⁸. Da fe de ello, el uso del término “impugnar” (que, en italiano, es genérico), en relación con diversos casos de invalidez¹⁴⁹; y nada cambió, a nivel sistemático, con la reforma del Derecho de familia de 1975¹⁵⁰.

Un dato absolutamente relevante desde el punto de vista hermenéutico, es la circunstancia de que, ya se califique la invalidez del matrimonio como

145 * Este epígrafe ha sido redactado por Pietro Virgadamo.

146 FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. A. CICU y F. MESSINEO, continuado por L. MENGONI), Giuffrè, Milano, 2002, p. 275 ss.

147 GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2017, p. 344 ss.

148 GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, t. I, *L'atto e il rapporto*, en *Trattato di diritto civile* (dir. R. SACCO), Utet, Torino, 2011, p. 273 ss.; SANTORO PASSARELLI, F.: “L'autonomia privata nel diritto di famiglia”, en *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, 1986, p. 387.

149 BARASSI, L.: en *Osservazioni e proposte sul progetto del libro primo*, II, Roma, 1933, p. 603.

150 FINOCCHIARO, A. y M.: *La riforma del diritto di famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 1975, p. 70.

nulidad o anulabilidad, la misma debe ser siempre declarada judicialmente, como consecuencia de una específica impugnación, excluyéndose la posibilidad de que pueda ser apreciada de oficio *incidenter tantum*¹⁵¹.

Por ello, a algunos autores les ha parecido ociosa la tradicional distinción entre las dos categorías de invalidez¹⁵², mientras que otros la han aceptado, en particular, por las consecuencias que de ella se podrían extraer en relación a los plazos de prescripción de la acción. En principio, desde un punto de vista teórico, la nulidad debiera ser imprescriptible, mientras que la acción de anulación prescribiría en el término ordinario de los diez años¹⁵³.

Sin embargo, si de las afirmaciones resultantes de la teoría general se pasa al análisis de la disciplina concreta, se observa que, en supuestos tendencialmente calificados como causas de anulabilidad del matrimonio, contra lo que es la regla general, se prevé una legitimación activa absoluta para ejercitar la acción (v. art 119 del Código civil italiano, en adelante, CC it.)¹⁵⁴; y, desde este punto de vista, tampoco faltan supuestos particulares (la impugnación por defecto de edad, que no corresponde a cualquier interesado, pero tampoco, exclusivamente, al menor)¹⁵⁵.

Otro aspecto de la distinción entre nulidad y anulabilidad que se considera relevante tiene que ver con la posibilidad de confirmar el acto¹⁵⁶: según la tradición jurídica, sería anulable, si fuera susceptible de ser confirmado; y nulo, cuando no lo fuese¹⁵⁷. No obstante, más allá de la circunstancia de que algunos autores hayan puesto en duda el carácter absoluto de esta distinción¹⁵⁸, nunca se ha excluido claramente que la imposibilidad de impugnación del matrimonio, ligada al transcurso del tiempo, no fuera un caso de confirmación tácita del negocio inválido ex art. 1444, II CC it¹⁵⁹.

151 Trib. Milano 23 luglio 1980, *Giur. it.*, 1981, I, 2, p. 519, con nota de FRANCHI, G.: "Sull'accertamento incidentale dell'invalidità o dello scioglimento del matrimonio".

152 FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, cit., p. 535; PUTTI, P.M.: "L'invalidità del matrimonio", en AA.VV.: *Il nuovo diritto di famiglia*. Trattato (dir. G. FERRANDO), I, *Matrimonio, separazione, divorzio*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 211.

153 Cass. 10 marzo 1980 n. 1587; Cass. 12 octubre 1978 n. 4567, *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 51; en doctrina, por todos, v. FINOCCHIARO, F.: "Matrimonio civile", en *Enc. dir.*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975, p. 57.

154 BIANCA, C.M.: "Della nullità del matrimonio", en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (coord. G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI), II, Cedam, Padova, 1992, p. 275 ss.

155 VITALI, E.: "Nullità e annullabilità", en AA.VV.: *Il diritto di famiglia* (coord. G. BONILINI y G. CATTANEO), I, Utet, Torino, 2007, p. 410.

156 FRANCESCHELLI, V.: "Il matrimonio civile: l'invalidità", en *Trattato di diritto privato* (dir. P. RESCIGNO), I, 2, Utet, Torino, 1982, p. 625 ss.

157 Cass. 23 mayo 1969 n. 1815; Cass. 20 julio 1967 n. 1867, *Riv. dir. comm.*, 1968, II, p. 313, con nota de GAZZONI, F.: "Il negozio di conferma della donazione nulla e la sua forma"; Cass. 31 mayo 1966 n. 1450, *Giur. it.*, 1967, I, 1, p. 937, con nota de COLOMBO, G.E.: "In tema di falso in bilancio e di nullità della relativa deliberazione assembleare"; BIANCA, C.M.: "Della nullità del matrimonio", cit., p. 262.

158 PERLINGIERI, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli, 2011, *passim*.

159 FERRI, G.B.: "Il c.d. recupero del negozio invalido", *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 1, ss.; FRANZONI, M.: "Il recupero dell'efficacia del contratto invalido", *Dir. priv.*, 2000, p. 113.

Hechas estas aclaraciones, esta parte del trabajo tendrá como finalidad el análisis, incluyendo el histórico, de los impedimentos y de los requisitos nupciales en Italia, para también, al hilo de la comparación con el Derecho español, concluir acerca de la oportunidad de un radical replanteamiento de las categorías de la nulidad y de la anulabilidad, además de una decidida redimensión de las consecuencias de la distinción entre los primeros (impedimentos) y segundos (requisitos).

2. Los requisitos de capacidad.

A) La edad.

En el Derecho italiano para poder contraer matrimonio se requiere la mayoría de edad (art. 84 CC it.).

Esta previsión es una novedad introducida por la Reforma de Derecho de familia de 1975, previendo el Código civil italiano, en su redacción originaria, una edad diferente para el varón (dieciséis años) y para la mujer (catorce años), admitiendo, al mismo tiempo, que pudieran casarse, previa dispensa, el varón a partir de los catorce años y la mujer a partir de los doce. Se ligaba, así, la capacidad matrimonial, entendida en un sentido amplio, a la pubertad y a lo establecido por el Derecho Canónico¹⁶⁰.

Entre los estudiosos hay quien, autorizadamente, considera que el menor de edad está afectado por una incapacidad jurídica especial para contraer matrimonio¹⁶¹, es decir, de una radical imposibilidad de ser titular del derecho a casarse, y no de una mera imposibilidad de ejercerlo¹⁶².

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el vigente Derecho español, cabe dispensa del impedimento de edad, siempre que quien pretenda contraer matrimonio se emancipe (precisamente, con la finalidad de casarse), para lo cual habrá de tener, al menos, dieciséis años y cumplirse dos requisitos: a) que haya existido autorización del Tribunal¹⁶³, fundada en graves motivos; y b) que haya sido

160 V. una reconstrucción histórica en BOVE, L.: "Il matrimonio civile: condizioni, formalità preliminari, opposizione e celebrazione", en *Trattato di diritto privato*, dirigido por P. RESCIGNO, 2, Utet, Torino, 1992, p. 594 s.

161 SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1989, p. 25; de modo más explícito, BARBERO, D.: *Il sistema del diritto privato*, nueva edición a cargo de LISERRE y FLORIDIA, Utet, Torino, 1990, p. 79.

162 En este sentido, en cambio, BIGLIAZZI GERI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F.D., NATOLI, U.: *Diritto civile*, I, *Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Utet, Torino, 1989, p. 113 s.

163 El procedimiento tiene lugar ante el Tribunal de menores a instancia del menor, que será escuchado, así como de sus padres (o el tutor) y el Ministerio Público. Dicho procedimiento concluye con un decreto emitido *in camera di consiglio*, que debe comunicarse a los contrayentes, a los padres (o al tutor) y al Ministerio Fiscal para un eventual recurso ante la sección de menores de la Corte de apelación. Pueden interponer el recurso: el menor, en el caso de desestimación de la demanda; y los padres y el Ministerio Fiscal, en los casos en que sea estimada. El fallo de la Corte de apelación no es recurrible en casación. Para una síntesis, v. AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 36.

constatada la madurez psicofísica del menor y que los motivos invocados estén suficientemente fundados.

Respecto al primero de estos aspectos, se requiere un examen de la personalidad del menor; que, a menudo, no tiene lugar, en la práctica judicial, con el suficiente detenimiento¹⁶⁴. Han sido considerados indicios de madurez la duración (no breve) de la relación afectiva, algunas experiencias positivas de estudio o de trabajo, el valor atribuido al matrimonio y, por último, la edad próxima a los dieciocho años¹⁶⁵.

La gravedad de los motivos es normalmente examinada con mayor atención por la jurisprudencia, aunque, en ocasiones, con criterios discrepantes: muchas decisiones consideran suficiente, p. ej., el embarazo o el parto sobrevenido como motivos graves para justificar la emancipación¹⁶⁶, mientras otras toman en consideración solamente la concurrencia de determinadas circunstancias ulteriores¹⁶⁷; motivo grave sería, así, la conclusión del matrimonio religioso¹⁶⁸, así como también la existencia de una convivencia *more uxorio* en el momento en que haya de recaer la autorización judicial¹⁶⁹. En cambio, se considera insuficiente la exigencia de mantener relaciones sexuales¹⁷⁰ o la permanencia en calidad de huésped de la menor en la casa del novio, como consecuencia de sus litigios con los propios progenitores¹⁷¹.

Por lo tanto, mientras en España, como se ha visto, es posible emanciparse a la edad de dieciséis años y, de este modo casarse, sin que esta sea necesariamente la finalidad de la emancipación, en Italia, en cambio, esta tiene lugar, exclusivamente, en consideración al matrimonio proyectado.

164 Según GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 197, "los límites (...) entre madurez, razones fundadas y motivos graves no son demasiado claros, creándose una expectativa que puede ser peligroso defraudar, abriéndose, al mismo tiempo, una puerta que puede ser peligroso traspasar".

165 Sobre el argumento, v. LIPARI, N.: "Delle condizioni necessarie per contrarre matrimonio", Art. 87, en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (G. CIANI, G. OPPO, A. TRABUCCHI), II, Cedam, Padova, 1992, p. 130; COSSU, C.: "Il matrimonio del minore", *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 897 ss.; ORLANDO, A.: "Osservazioni sulla maturità psicofisica e sui gravi motivi richiesti dall'art. 84 c.c. per l'autorizzazione del minore sedicenne alle nozze", *Nuovo dir.*, 1994, p. 297 ss.

166 Cfr. Trib. min. Emilia Romagna 19 enero 1976, *Dir. fam. pers.*, 1976, p. 695; Trib. min. Firenze 3 octubre 1975, *ivi*, 1975, p. 1427, que requiere además la obvia investigación sobre la madurez del menor; App. Milano 16 enero 1976, *ivi*, 1976, p. 131.

167 App. Roma 23 enero 1982, *Giur. it.*, 1983, I, 2, c. 18; Trib. min. Palermo 18 diciembre 1985, *ivi*, 1985, p. 1024; Trib. min. Napoli 5 junio 1995, *ivi*, 1996, p. 183.

168 Siempre unidamente a la convivencia: Trib. min. L'Aquila 28 enero 1994, *Nuovo dir.*, 1994, p. 297.

169 Trib. min. Bari 15 marzo 1977, *Dir. fam. pers.*, 1977, p. 716; Trib. min. Perugia 25 enero 1978, *ivi*, 1979, p. 70; Trib. min. Firenze 16 diciembre 1976, *ivi*, 1977, p. 262, generalmente, junto a otras circunstancias relevantes.

170 Trib. min. Perugia 30 mayo 1979, *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 637.

171 Trib. min. Genova 20 noviembre 1980, *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 1296.

Si el matrimonio es celebrado por el menor de edad, fuera de los casos autorizados, el mismo es considerado, por la doctrina dominante, anulable¹⁷².

Conforme al art. 117, II CC it., de hecho, “el matrimonio contraído, vulnerándose el art. 84 puede ser impugnado por los cónyuges, por cada uno de los progenitores y por el Ministerio Fiscal. La acción de anulación puede ser interpuesta por el menor hasta pasado un año después de que haya alcanzado la mayoría de edad. La demanda interpuesta por el padre o por el Ministerio Fiscal debe ser desestimada, también estando pendiente el juicio, cuando el menor haya llegado a la mayoría de edad, o cuando haya habido concepción o procreación o en otros casos en que haya sido constatada la voluntad del menor de mantener la vigencia del vínculo matrimonial”.

Se ha observado que “el ordenamiento tiende, pues, a limitar la injerencia de otros sujetos en la elección, plenamente consciente, de los esposos de no impugnar el matrimonio, sobre todo, cuando el interesado estaría en condiciones de celebrar nuevamente el matrimonio, como consecuencia de haber llegado a la mayoría de edad”¹⁷³.

El plazo de caducidad de un año, a contar, desde que se haya llegado a la mayoría de edad, aplicable al menor, no se extiende en el tenor literal del precepto a los otros sujetos legitimados, ante lo cual hay quien opina que surge una discutible disparidad de tratamiento¹⁷⁴.

Algunos estudiosos, con el argumento *a fortiori*, afirman que la demanda no puede ser interpuesta, ni por los padres, ni por el Ministerio Fiscal, después de que el menor haya alcanzado la mayoría de edad, dado que la acción no puede ser continuada (art. 117, II CCI), mientras que el otro cónyuge quedaría sujeto al plazo del año¹⁷⁵.

Otros, en cambio, observan que las dos situaciones no son comparables: “si en relación al menor el trascurso del plazo del año desde la llegada a la mayoría de edad se justifica por razón de la necesidad (...) de garantizarle un tiempo razonable para valorar los propios intereses desde cuando ya es legalmente capaz para disponer de ellos”, esto no es aplicable al Ministerio Fiscal, “cuyo legitimación para actuar encuentra su razón de ser en la incapacidad de obrar del sujeto y en

172 BIGLIAZZI GERI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F.D., y NATOLI, U., *Diritto civile*, cit., p. 113 s.; BARBIERA, L.: *Il matrimonio*, Cedam, Padova, 2006, p. 133; DE CUPIS, A.: “Della tutela dei minori”, en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (coord. por G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI), IV, Cedam, Padova, 1992, p. 421.

173 AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 169.

174 FERRANDO, G.: “Le cause di invalidità del matrimonio”, en *Trattato di diritto di famiglia* (dir. P. ZATTI), vol. I, t. I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 917.

175 V., entre otros, ACCARDO, G.: “Età matrimoniale”, en AA.VV.: *Sulla riforma del diritto di famiglia*, Seminario (dir. F. SANTORO PASSARELLI), Cedam, Padova, 1973, p. 27 ss.

la particular naturaleza del acto que el sujeto incapaz concluye”, ni a los padres, “cuyo legitimación se funda (...) en su posición ‘privilegiada’ en vista a la tutela de los intereses del propio hijos menor”¹⁷⁶.

El régimen de legitimación activa es, pues, diverso al previsto en el Código español, donde, como se ha visto, el cónyuge mayor de edad no puede impugnar la validez del matrimonio (art. 75.I CC esp.); y, donde, según el sentir de la doctrina mayoritaria, la acción de nulidad (ya se ha expuesto que la práctica unanimidad de los autores rechaza trasladar al ámbito de la invalidez matrimonial la distinción entre nulidad y anulabilidad) no caduca, sino que es imprescriptible, de modo que no está sujeta a plazo de ejercicio alguno, si bien, por razones de oportunidad, no podrá ejercitarse, cuando los contrayentes hubiesen convalidado el matrimonio, conviviendo durante un año, después de que el menor haya alcanzado la mayoría de edad (art. 75.II CC esp.): es, pues, la convivencia durante un periodo de tiempo lo que convalida el matrimonio, y no el mero transcurso de dicho periodo de tiempo.

Por cuanto respecta a la cuestión de los matrimonios forzosos, han existido algunos proyectos de ley, encaminados a introducir tipos penales específicos orientados a la represión de este fenómeno.

El Proyecto de Ley n. 2683, presentado en el Senado en la XVII Legislatura, prevé la introducción en el Código penal del art. 609 *terdecies*, conforme al cual, “salvo que el hecho constituya un delito más grave, quien con violencia o amenaza o mediante abuso de autoridad o de relación doméstica obliga a un menor de edad a contraer un vínculo de naturaleza personal, con sí o con un tercero, incluso en un país extranjero, del cual deriven una o más obligaciones típicas del matrimonio o de la unión civil, será castigado con reclusión de tres a siete años”.

Se propone también la introducción del art. 609 *quaterdecies*, según el cual “la pena es de reclusión de cinco a diez años, si el hecho al que se refiere el art. 609-*terdecies* es cometido por el padre, también el adoptivo, o de quien convive con él, por los parientes o afines dentro del cuarto grado, por el tutor, o por otra persona a la que, por razón de cuidado, educación, instrucción, vigilancia o custodia, el menor está encomendado o que tenga con este último una relación de convivencia. La pena es de reclusión de siete a doce años, si el hecho es cometido respecto de una persona que no haya cumplido los diez años”.

Además, debiera introducirse el art. 609 *quindécies*, según el cual “la condena por el delito a que se refiere el art. 609-*terdecies* comporta: a) la pérdida de la responsabilidad parental; b) la interdicción perpetua para cualquier cargo atinente

176 GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 313; PUTTI, P.M.: “L’invalidità del matrimonio”, cit., p. 240.

a la tutela, curatela y *amministrazione di sostegno*; c) la pérdida del derecho a alimentos y la exclusión en la sucesión de la persona ofendida; d) la suspensión del ejercicio de una profesión u oficio”.

Se propone, en fin, la creación en el Ministerio de Justicia de un “Observatorio permanente para las acciones de prevención y de lucha contra los matrimonios forzados del que formen parte representantes del Ministerio del Interior, del Ministerio de Educación, Universidades e Investigación, de la Conferencia Unificada a que refiere el art. 8 del Decreto Legislativo de 28 de agosto de 1997, n. 281, de la Autoridad garante de la infancia y de la adolescencia y de las organizaciones no gubernamentales que específicamente operen en el ámbito de los matrimonios forzados y precoces. El Observatorio a que se refiere el párrafo primero redactará, dentro de los sesenta días siguientes a su creación, un plan de acción integrado para la monitorización, la prevención y la erradicación del fenómeno de los matrimonios forzados, también a través de la asistencia y de la recuperación social y escolar de las víctimas. En cada provincia y ciudad, el cuestor competente para la concesión de permisos de residencia del art. 5 del texto único concerniente a la disciplina de la inmigración y a las normas sobre la condición de extranjero, del Decreto Legislativo de 25 de julio de 1998, n. 286, y modificaciones sucesivas, nombrará uno o más funcionarios de policía como referentes para la lucha contra los matrimonios forzados con la misión de facilitar las relaciones con los representantes de los entes locales y de las organizaciones no gubernamentales de las que habla el párrafo primero del presente artículo (art. 2 del Proyecto de Ley n. 2683)¹⁷⁷.

B) La libertad de estado.

Al igual que sucede en el Derecho español, en el italiano, es requisito para contraer matrimonio la libertad de estado, lo que significa que no puede casarse quien está ligado por un vínculo matrimonial precedente, que, obviamente, tenga efectos civiles (art. 86 CC it).

¹⁷⁷ Recuérdese también el Proyecto de Ley n. 2441 de la XVII Legislatura, a tenor de cual, “a continuación del art. 605 del Código penal, se añaden los siguientes:

Art. 605-bis. - (*Constricción al matrimonio o a la unión civil*). – Quien, con violencia o amenaza o recurriendo a preceptos religiosos o aprovechándose de una situación de vulnerabilidad, obliga a otro a contraer matrimonio o una unión civil, incluso en un país extranjero, es penado con reclusión de tres a ocho años.

Art. 605-ter. - (*Inducción a viajar con la finalidad de contraer matrimonio*). – Salvo que el hecho constituya un delito más grave, en los casos previstos en el art. 605-bis, quien, con artificios y engaños, violencia o amenaza, o recurriendo a preceptos religiosos, o aprovechándose de una situación de vulnerabilidad, induce a otros a desplazarse al extranjero para contraer matrimonio o una unión civil es castigado con reclusión de uno a tres años, aunque el matrimonio o la unión civil no se hubieran contraído.

La pena se aumenta si concurren las circunstancias del art. 609-quater, párrafo primero.

Art. 605-quater. - (*Constricción al matrimonio de persona menor de edad*). – Si los delitos de los arts. 605-bis y 605-ter se cometen respecto de una persona de la familia, o de un menor de dieciocho años, o de una persona sujeta a la propia autoridad, tutela, curatela, o encomendada por razones de educación, instrucción, cuidado, vigilancia y custodia, la pena de reclusión será de seis a quince años”.

Concretamente, puede casarse civilmente, quien está vinculado por un matrimonio anterior celebrado, exclusivamente, en un rito meramente religioso, así como por un matrimonio concordatario no inscrito y, por lo tanto, privado de efectos civiles¹⁷⁸. Puede también contraer un segundo matrimonio quien haya obtenido sentencia de nulidad del primero, aunque esta tenga lugar después de la celebración de las nuevas nupcias, dada la retroactividad de dicha sentencia¹⁷⁹.

Es, pues, clara la diferencia, en este punto, con el Derecho español, en el que todo matrimonio, cualquiera sea la forma de su celebración, produce efectos, desde el momento de su celebración (arts. 60 y 61 CC esp.).

El matrimonio contraído inválidamente en el extranjero por falta de libertad de estado según la ley extranjera, en sí mismo, no está privado de efectos en Italia; es más, tiene efecto inmediato en el ordenamiento jurídico italiano, si no es impugnado por uno de los sujetos legitimados y, por consiguiente, no recae la respectiva sentencia judicial¹⁸⁰.

Por lo demás, en el Derecho italiano, desde tiempos recientes, hay una peculiaridad, inexistente en el español: el art. 1, XXXII, de la Ley de 20 de mayo de 2016, n. 76, ha modificado el art. 86 CC it., equiparando la unión de hecho al matrimonio, a efectos del impedimento de ligamen¹⁸¹.

178 PISAPIA, D.: "Bigamia (dir. pen.)", en *Enc. dir.*, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 366.

179 Conforme al art. 124 CC it., la cuestión inherente a la invalidez del primer matrimonio debe ser juzgada preventivamente respecto a la del segundo matrimonio. El citado art. 124 ha sido modificado por la Ley n. 76 del 2016, que ha regulado las uniones civiles entre personas del mismo sexo. Conforme a la nueva regulación, el cónyuge puede impugnar en todo momento, tanto el matrimonio, como la unión civil del otro cónyuge.

180 App. Taranto 24 febrero 2014, n. 98, *Guida al dir.*, 2014, 28, p. 74.

181 Conforme a ella, "dos personas mayores de edad del mismo sexo constituyen una unión civil mediante una declaración realizada ante el funcionario del Registro Civil y en presencia de dos testigos. El funcionario del Registro Civil procede a la inscripción de la unión civil entre personas del mismo sexo en el Registro". Por cuanto aquí nos puede interesar, "son causas impeditivas para la constitución de una unión civil entre personas del mismo sexo: a) la subsistencia en una de las partes de un vínculo matrimonial o de una unión civil entre personas del mismo sexo; b) la incapacitación de una de las partes por enfermedad mental; si la demanda de incapacitación se halla pendiente de resolución, el Ministerio Fiscal puede pedir que se suspenda la constitución de la unión civil; en tal caso, el procedimiento no podrá tener lugar hasta que la sentencia de instancia adquiera firmeza; c) la subsistencia entre las partes de relaciones a las que se refiere el art. 87, I CC it.; no pueden tampoco contraer la unión civil del mismo sexo el tío y el sobrino y la tía y la sobrina; se aplican las disposiciones de dicho art. 87; d) la condena firme de un contrayente por homicidio consumado o en grado de tentativa del cónyuge o de quien está unido civilmente con la otra parte; si solamente se ha presentado el escrito de acusación, ha recaído sentencia de primer o segundo grado, o se ha dispuesto una medida cautelar, se suspende la constitución de la unión civil entre personas del mismo sexo hasta que recaiga sentencia absolutoria. La subsistencia de una de las causas impeditivas a las que se refiere el párrafo cuarto comporta la nulidad de la unión civil entre personas del mismo sexo. A la unión civil entre personas del mismo sexo se le aplican los arts. 65 y 68, además de los arts. 119, 120, 123, 125, 126, 127, 128, 129 e 129-bis del Código civil. La unión civil constituida vulnerando alguna de las causas impeditivas del párrafo cuarto o el art. 68 del Código civil puede ser impugnada por cada una de las partes de la unión civil, por los ascendientes próximos, por el Ministerio Fiscal y por cualquiera que tenga un interés legítimo y actual. La unión civil constituida por una parte durante la ausencia de la otra no puede ser impugnada mientras dura la ausencia". No obstante la aparente afirmación, según la cual la unión civil no debiera imitar al matrimonio, lo cierto es que se establece expresamente que "con la exclusiva finalidad de garantizar la efectividad de la tutela de los derechos y el pleno cumplimiento de las obligaciones derivada de la unión civil entre personas del mismo sexo, las disposiciones que se refieren al matrimonio

El impedimento de ligamen tiene su origen evidente en la prohibición de poligamia, penalmente sancionada, que constituye un precepto de orden público¹⁸².

Están legitimados activamente para ejercitar la acción de nulidad, sin límite de tiempo¹⁸³, el Ministerio Fiscal, los cónyuges, el cónyuge del primer matrimonio, los ascendientes y todos aquellos que tengan un interés actual y legítimo¹⁸⁴.

y las disposiciones que contienen las palabras “cónyuge”, “cónyuges” o términos equivalentes, concurren en leyes, actos con fuerza de ley, reglamentos, actos administrativos o convenios colectivos, se aplican también a cada una de las partes de la unión civil entre personas del mismo sexo”.

182 V. ya Cass. 29 enero 1979 n. 629, *Foro it.*, 1979, I, c. 636.

La prohibición de poligamia impide, según la Corte de Casación, acoger una petición de reagrupación familiar, aunque provenga de un sujeto distinto del cónyuge (Cass. 28 febrero 2013 n. 4984, *Foro it.*, 2013, I, c. 2519 ss.: en este caso, la petición había sido presentada por el hijo en favor de la madre, cuyo cónyuge, ya residente en Italia, había presentado una petición análoga en favor de otra mujer; en aplicación del principio anteriormente mencionado, la Corte estimó el recurso, excluyendo la necesidad de probar que el hijo había actuado por cuenta del padre). En la doctrina, v., en particular, la contribución de RIZZUTI, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, Esi, Napoli, 2016, el cual observa (p. 158, nota 112) que, aun admitiéndose el reagrupamiento con una sola mujer, ésta podría ser la segunda esposa; GRONDONA, M.: “Il matrimonio poligamico”, en AA.VV.: *Il nuovo diritto di famiglia* (dir. G. FERRANDO), Zanichelli, Bologna, 2007, I, pp. 495 ss.

Dicho principio no impide, en cambio, el reconocimiento de otros efectos, como los sucesorios (cfr. Cass. 2 marzo 1999, n. 1739, *Dir. Eccl.*, 2000, p. 60: en este caso, la Corte confirmó la sentencia de instancia, la cual, entendiendo que las consideraciones de orden público respecto a la poligamia, propias del matrimonio islámico, no jugaban respecto de la relación sobre la que versaba el proceso, había afirmado la significación en sede hereditaria del *status* de cónyuge adquirido en virtud de un matrimonio celebrado en Somalia de acuerdo con la forma establecida por la *lex loci*, concurriendo los requisitos de estado y de capacidad de las personas). En realidad, se trataba de un matrimonio sujeto a una ley que admite la poligamia, pero que, en el supuesto concreto, era monogámico. Siempre en relación con los derechos sucesorios, se afirma que podrían ser dos cónyuges los herederos legales o necesarios, aunque la acción de reducción debiera considerarse ejercitable por el cónyuge extranjero, solamente, si se verificara la condición de reciprocidad exigida por el art. 16 de las disposiciones sobre la Ley en general del Código civil italiano (Cass. 30 junio 2014 n. 14811, *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 563, con nota de E. CALO, E.: “La vedova non è più allegra: la mancanza di reciprocità con Cuba preclude lo status di legittimario”). En cierta medida, podrían garantizarse los efectos sucesorios al cónyuge superviviente del polígamo considerando a todos putativos (RIZZUTI, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., p. 162, nota 117). Si se estuviese en presencia de un matrimonio italiano posterior a un matrimonio extranjero polígamo en concreto, no se excluiría, desde este punto de vista, que el cónyuge italiano pudiera beneficiarse de parte de la herencia, según la ley extranjera eventualmente aplicable (CALO, E.: “I riflessi dell’immigrazione islamica sul diritto di famiglia”, *Fam. dir.*, 2009, pp. 85 ss.; *contra* CONETTI, G.: “La successione del polígamo musulmano”, en *Studium iuris*, 1997, pp. 247 ss.).

En relación a la pensión de viudedad y a la posibilidad de dividirla entre los varios cónyuges del polígamo, se ha observado (RIZZUTI, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., p. 159, nota. 114) que “en Italia todavía no existe una elaboración jurisprudencial comparable a la de otros países europeos, aunque el Instituto Nacional de Previsión Social, Circular 29 septiembre 2006, n. 25928, *Guida al lavoro*, 2006, p. 73, ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a las pensiones familiares, negando, en nombre de la tutela del principio monogámico, que puedan disfrutar de ellas más de un cónyuge del mismo sujeto”. Se dice así, que se debe, no obstante, considerar la diferencia existente (...) entre los supuestos en que extender ciertas prestaciones sociales a las uniones polígamas implica una gravosa multiplicación de gastos, además de un reconocimiento directo de tal modelo familiar, y aquellos, en que, como sucede con la pensión de viudedad, se trata de repartir entre varios lo que la entidad debería, de igual modo, satisfacer a uno de ellos, teniendo en cuenta una situación en la cual el matrimonio polígamo ya se ha disuelto por la muerte de una parte y es necesario reconocer una tutela patrimonial solamente a los supervivientes, habiéndose pagado regularmente las cotizaciones por el muerto”.

183 Cass. 12 octubre 1978, n. 4567; Cass. 29 enero 1979, n. 629, cit.

184 La jurisprudencia de la Corte de Casación realiza tradicionalmente una lectura restrictiva del interés para accionar, excluyéndolo todas las veces en que adquiere relevancia, no el matrimonio en cuanto tal, sino la cualidad de cónyuge, como sujeto titular de derechos y deberes. Cfr. Cass. 6 febrero 1986, n. 720, *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 860, que excluye la legitimación para ejercitar la acción de nulidad respecto del Instituto Nacional de Previsión Social, obligado a pagar la pensión de viudedad del cónyuge superviviente. *Contra* Trib. Milano 18 septiembre 1981, *Dir. fam. pers.*, 1981, p. 184.

Si la persona privada de libertad de estado contrae matrimonio, es opinión común que dicho matrimonio es radicalmente nulo¹⁸⁵.

También constituye causa de nulidad de matrimonio la supervivencia del declarado fallecido. Conforme al art. 68 CC it., si se descubre que el cónyuge declarado fallecido, en realidad, estaba vivo al tiempo de la celebración del segundo matrimonio, este será inexorablemente nulo, *revivendo* – como suele decirse- el primero¹⁸⁶.

El Derecho español mantiene una posición diversa en este punto. Conforme al art. 195 CC esp., en la redacción dada al precepto por la Ley de 8 de septiembre de 1938, la declaración de fallecimiento no bastaba, por sí sola, para que el cónyuge presente pudiera contraer ulterior matrimonio, y, en todo caso, la reaparición del declarado fallecido (recaída la consiguiente resolución judicial tendente a dejar sin efecto la declaración de fallecimiento) comportaba la nulidad (por impedimento de ligamen) del segundo matrimonio celebrado con un tercero por el cónyuge presente¹⁸⁷. Dicha norma es totalmente distinta de la contenida en el actual art. 85 CC esp. (redacción conforme a la Ley 30/1981), que contempla, como causa de disolución del matrimonio, la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, lo que, sin duda, posibilita que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio, cuya validez, no se verá afectada por la eventual reaparición del declarado fallecido, ya que el primer matrimonio no existía -había sido disuelto- al tiempo de la celebración del segundo¹⁸⁸.

C) Capacidad natural de entender y de querer e incapacitación.

185 LA TORRE, E.: "Il matrimonio contratto dal coniuge di persona scomparsa (assente o presunta morta)", *Giust. civ.*, 2010, II, p. 57; FINOCCHIARO, A. e M.: *Riforma del diritto di famiglia*, I, cit., p. 70; FORTINO, M.: *Diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 141.

186 Cfr. VIRGADAMO, P.: "Morte presunta", en *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore* (dir. S. PATTI y P. SIRENA), vol. 9, *Il Sole 24 Ore*, Milano, 2007, p. 695 ss.: "El matrimonio contraído por el cónyuge del presunto fallecido, en la hipótesis considerada, en el sentido del art. 68 CC it., está afectado por una causa de nulidad, salvados los efectos civiles del matrimonio declarado nulo. La norma es objeto de discusión: en la doctrina se considera que es necesario un pronunciamiento judicial que declare el matrimonio nulo, al tratarse, en realidad, de un supuesto de anulabilidad absoluta, aunque no faltan quienes se pronuncian en el sentido de un inmediato restablecimiento de los efectos del primer matrimonio, prescindiendo de la declaración de nulidad del segundo. La eficacia del matrimonio precedente se produciría *ex tunc* (es decir, desde el momento en que el segundo matrimonio hubiera sido contraído), considerando que este nunca se habría disuelto; según la otra orientación, el primer matrimonio recobraría, en cambio, sus efectos *ex nunc* (es decir, desde el momento en que hubiera sido pronunciada la sentencia de nulidad del segundo matrimonio). (...) No obstante, tal nulidad no puede ser declarada en el caso en que se haya probado la muerte del sujeto, aunque la misma haya tenido lugar en una fecha posterior a la del matrimonio (art. 68 CC it.). En la doctrina se considera que se trata de un caso de bigamia consentido legislativamente, hasta el punto de que se admite que el cónyuge vuelto a casar sucede al primero, que hubiera muerto después de las segundas nupcias".

187 V. a este respecto RDGRN 18 febrero 1995, Act. Civ., R325/1995, p. 233.

188 Cfr., en tal sentido, las autorizadas opiniones de ALONSO PÉREZ M.: "Comentario al art. 85 CC", AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 885; GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 56 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, pp. 309-310, y MONTES PEÑADES, V. L.: "Comentario al art. 85 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 494.

Otro requisito para contraer matrimonio es la plena salud mental del contrayente. Así, según el art. 85 CC it., “No puede contraer matrimonio el incapacitado judicial, mientras, que, literalmente, “puede ser impugnado” el matrimonio contraído por el simple incapaz de entender y de querer, excepto que haya existido cohabitación durante un año después que el incapaz haya recuperado la plenitud de sus facultades mentales (art. 120 CC it.).

La *ratio* del impedimento de incapacitación (inexistente, como se ha dicho, en el Derecho español) es la convicción de que debe presumirse que el incapacitado judicialmente carece de aptitud para ejercitar la decisión de casarse con equilibrio y conocimiento de lo que hace¹⁸⁹. Así se deduce del hecho de que, en cambio, se permita contraer matrimonio al incapacitado legalmente, como consecuencia de una sentencia penal, y no, al enfermo mental. Esta opción legislativa ha sido criticada por algunos autores, según los cuales, dado el carácter patrimonial de la incapacitación, la exclusión categórica del matrimonio da lugar a una discriminación contraria al principio de igualdad: de ahí la propuesta, *de iure condendo*, de remitir a la apreciación judicial la valoración de la capacidad de entender y de querer el matrimonio en cada caso concreto¹⁹⁰.

La sentencia de incapacitación debe ser firme en la fecha de la celebración del matrimonio o debe recaer posteriormente, cuando la enfermedad que la motiva existiese ya en dicho momento (art. 119 CC it.)¹⁹¹.

Así, conforme al art. 86, II CC it., “si solamente se ha interpuesto la demanda de incapacitación, el Ministerio Fiscal puede pedir que se suspenda la celebración del matrimonio; en tal caso, la celebración no puede tener lugar hasta que la sentencia de instancia no sea firme”.

Es claro que el Ministerio Fiscal, en este caso, no está obligado, necesariamente, a solicitar la suspensión de la celebración del matrimonio¹⁹². En cambio, se duda sobre cuál es el órgano destinatario de dicha solicitud, que, según la opinión

189 Se refiere a los antecedentes históricos de la prohibición del incapacitado judicialmente de casarse GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 203 ss.

190 AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 37. Recuérdese, además, la propuesta, hace tiempo presentada por exponentes de la doctrina, de la jurisprudencia y, en general, por expertos del sector (la denominada “Bozza P. Cendon” – “Rafforzamento dell’amministrazione di sostegno e abrogazione dell’interdizione e dell’inabilitazione”, *Dir. fam. pers.*, 2007, pp. 1005 ss.), con la finalidad de suprimir la incapacitación judicial (así como la inhabilitación legal) y de sustituirla por la *amministrazione di sostegno*, de cual se tratará en texto.

191 Cfr. App. Roma 19 abril 2002, *Arch. civ.*, 2002, p. 1323, con nota de SANTARSIERE, V.: “Matrimonio celebrato durante la procedura di interdizione di un coniuge. Accertamento di patologia coeva, nullità”, según el cual, cuando un sujeto contraiga matrimonio durante el juicio de incapacitación, siendo posteriormente incapacitado por una enfermedad mental, constatándose su existencia al tiempo de celebrarse las nupcias, el mismo es impugnado por causa de nulidad por cualquiera que tenga un interés legítimo, y no sólo, por el cónyuge, los padres y el Ministerio Fiscal.

192 Trib. Foggia 14 agosto 2013, *Giur. merito*, 2013, p. 2095.

dominante¹⁹³, es el Tribunal competente para pronunciarse sobre la incapacitación, mientras que, para un sector de la doctrina, es el encargado del Registro Civil¹⁹⁴.

Es distinto el supuesto en que el procedimiento de incapacitación no haya sido instado, porque el menor no tiene todavía diecisiete años (art. 416 CC it.). En esta hipótesis – en verdad, rara, teniendo en cuenta que el menor debería tener al menos dieciséis años, no diecisiete, y disponer de una reciente autorización judicial para celebrar el matrimonio, conteniendo una valoración de su idoneidad física - el Ministerio Fiscal está decididamente obligado a solicitar la suspensión de la celebración del matrimonio¹⁹⁵.

Está legitimados para impugnar el matrimonio del incapacitado el Ministerio Fiscal, el tutor, el incapacitado mismo, después de haber recuperado su capacidad, y todos aquellos que tengan un interés legítimo (art. 119 CC it.). Algunos autores afirman que después de la revocación de la incapacitación desaparece la legitimación activa de los otros sujetos, en cuanto que defendían un interés del incapacitado, el cual ya se encuentra en grado de atender a sus propios intereses¹⁹⁶; en cambio, otros afirman que el tenor literal del precepto, según el cual, después de la revocación de la incapacitado, el matrimonio podrá ser impugnado “también” por el incapacitado, unido al alcance general del art. 119, II CC it., no permite dicha interpretación restrictiva¹⁹⁷.

La acción no puede ser ejercitada, si ha habido una cohabitación entre los cónyuges durante un año, a contar desde la revocación de la interdicción (art. 119, II CC it.). Se discute el concepto de “cohabitación”, que, para algunos, se corresponde con la idea de la convivencia como cónyuges¹⁹⁸, dando relevancia al elemento volitivo¹⁹⁹, mientras que otros atienden al dato objetivo de vivir bajo el mismo techo²⁰⁰.

Por cuanto concierne a la incapacidad natural de entender y de querer, sea ésta transitoria o duradera²⁰¹, que no esté constatada en sentencia de incapacitación,

193 CARNELUTTI, F.: “Sospensione della celebrazione del matrimonio dell'interdicendo”, *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 289; PEREGO, E.: “La richiesta della sospensione della celebrazione del matrimonio dell'interdicendo”, *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 273; cfr. Trib. Trapani 6 mayo 2010, *Banca Dati lus Explorer*.

194 Trib. Palermo 28 octubre 1977, *Dir. fam. pers.*, 1978, p. 536; Trib. Milano 11 junio 1964, *Temi*, 1964, p. 53.

195 AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 38.

196 FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, cit., p. 580; TRABUCCHI, A.: “Matrimonio (dir. civ.)”, en *Noviss. dig. it.*, Appendice IV, Utet, Torino, 1983, p. 953.

197 GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 321.

198 PUTTI, P.M.: “L'invalidità del matrimonio”, cit., p. 246; FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, cit., p. 581.

199 FORTINO, M.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 145.

200 GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 322: “si el legislador hubiese querido mantener el matrimonio solo, concurriendo la voluntad del sujeto antes incapaz, debiera haberlo dicho, tal y como lo ha hecho en otros lugares”.

201 Cfr. Cass. 20 junio 1968 n. 2037, *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1799; Cass. 11 febrero 1978 n. 619, *Giur. it.*, 1981, I, I, c. 615; FERRANDO, G.: “Le cause di invalidità del matrimonio”, cit., p. 925.

sólo está legitimado para impugnar el matrimonio, el cónyuge que la ha sufrido²⁰²; la acción, del mismo que sucede respecto de incapacitado, no puede ser ejercitada, “si ha habido cohabitación después de que el cónyuge incapaz haya recuperado la plenitud de sus facultades mentales (art. 120, II, CC it.). También, en este caso, un sector de la doctrina considera que el concepto de “cohabitación” debe ser interpretado en sentido objetivo, es decir, como vivir bajo el mismo techo²⁰³, por lo que se trataría de un supuesto no asimilable a la convalidación o sanación de un negocio inválido, de modo que sería irrelevante la voluntad subjetiva de querer mantener el vínculo matrimonial²⁰⁴; por el contrario, otro sector doctrinal interpreta la expresión “cohabitación”, exigiendo una cualificación subjetiva, esto es, una “verdadera y propia convivencia como cónyuges”, de modo que el desarrollo ininterrumpido de la relación matrimonial valdría “como una renovación del consentimiento para sanar el defecto originario del matrimonio”²⁰⁵.

Si el matrimonio se ha contraído por quien no se hallaba en plenitud de facultades mentales, es anulable, lo mismo – y ello produce cierta perplejidad²⁰⁶, si ha sido el contraído por el incapacitado²⁰⁷, como por el que carece de capacidad natural de entender y de querer, excepto que esta falta de capacidad de lugar a la total ausencia de consentimiento respecto del acto que realiza, pues, en tal supuesto sería indudablemente nulo²⁰⁸. Se han considerados casos de nulidad el estado hipnótico y la intoxicación por droga, cuando impida comprender totalmente el significado de lo que se hace²⁰⁹.

Existe también una evidente diferencia con el Derecho español, en el que el matrimonio contraído por una persona carente de capacidad natural de entender y de querer es nulo, siendo la acción imprescriptible y pudiendo ejercitarla, no sólo

202 Cfr. MAURINI, V.: *L'incapace naturale*, Cedam, Padova, 2002, p. 113; PUTTI, P.M.: “L'invalidità del matrimonio”, cit., p. 248; según BARBIERA, L.: *Il matrimonio*, cit., p. 80, habría vulneración del art. 3 de la Constitución en la medida en que habría una legitimación activa distinta, no justificada, en el supuesto de incapacitación.

203 PUTTI, P.M.: “L'invalidità del matrimonio”, cit., p. 251; BARBIERA, L.: *Il matrimonio*, cit., p. 82; GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 329.

204 GAZZONI, F.: “Trascrizione tardiva del matrimonio canonico e volontà degli effetti civili”, *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 524.

205 FERRANDO, G.: “Le cause di invalidità del matrimonio”, cit., p. 926. La jurisprudencia, discutiblemente, parece orientarse en la actualidad hacia esta segunda opción hermenéutica. Cfr. App. Roma 22 abril 2015, *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1443 ss., con nota crítica de VIRGADAMO, P.: “Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e contrarietà all'ordine pubblico tra nomoflachia e vincoli internazionali”; anteriormente, en sentido crítico, puntualmente GIACOBBE, E.: “Le Sezioni Unite tra nomoflachia e 'nomofantasia'”, *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1416 ss.

206 Cierta jurisprudencia de instancia habla, de hecho, de nulidad: cfr. App. Roma 19 abril 2002, *Arch. civ.*, 2002, p. 1323.

207 BIANCA, C.M.: “Art. 117”, en AA.VV.: *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (coord. L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABUCCHI), Cedam, Padova, 1977, p. 131.

208 PIETROBON, V.: “Gli atti e contratti dell'incapace naturale”, *Contr. impr.*, 1987, p. 766. Cfr. MAURINI, V.: *L'incapacità naturale*, cit., p. 18 ss.

209 DI CIOMMO, F.: *Manuale di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 450; TOMMASINI, R.: “Commento all'art. 122”, en AA.VV.: *Commentario del codice civile* (dir. E. GABRIELLI, *Della famiglia*, coord. L. BALESTRA), Utet, Torino, 2010, p. 292.

cualquiera de los cónyuges, sino también el Ministerio Fiscal y cualquier tercero con interés legítimo (art. 74 CC esp.).

Atención particular merece el problema de la capacidad nupcial del sujeto beneficiario de la *amministrazione di sostegno*, figura esta inexistente en Derecho español, que fue introducida en el Código civil italiano en 2004: en ella el beneficiario, privado, en todo o en parte, de autonomía, es asistido por un administrador, que tiene como función proveer a sus necesidades y a los actos jurídicos que le afectan, con la menor limitación posible de la propia capacidad de obrar (arts. 404 ss. CC it.).

Según la más reciente jurisprudencia de la Corte de Casación italiana, el beneficiario de la *amministrazione di sostegno* puede, como regla general, contraer matrimonio, si el mismo parece ser conforme a sus intereses, aunque no se impide que el juez pueda prohibirle casarse. En todo caso, se excluye la aplicación automática de la regla de la incapacitación judicial en materia de legitimación activa para la impugnación²¹⁰.

3. Los impedimentos matrimoniales dirimentes.

Como dijimos, el Código civil italiano regula, no sólo impedimentos dirimentes sino también meramente impeditivos o prohibitivos.

210 Cass. 11 mayo 2017 n. 11536, *Giur. it.*, 2018, 2, c. 308, con nota de OLIVERO, L.: "Matrimonio e amministrazione di sostegno – incapacità e libertà matrimoniale tra dignità della persona e interessi familiari": según la Corte de Casación, cuando, en concreto, haya sido prohibido el matrimonio, el contraído por el beneficiario puede ser impugnado por él mismo ex art. 120 CC it. o por el administrador ex art. 412, II CC it., pero no, por terceros ex art. 119 CC it., no pudiéndose acudir a la disciplina de la incapacitación. En sentido sustancialmente conforme, en términos de posibilidad de contraer matrimonio, v. Trib. Modena 14 febrero 2017, *Banca Dati Ius Explorer*, según el cual el juez tutelar puede autorizar, no obstante, en situaciones particulares, al administrador a oponerse al matrimonio; Trib. Roma 4 marzo 2016, *Ifamiliarista.it*, admite la impugnación del matrimonio contraído por el beneficiario por parte del administrador; Trib. Modena 18 diciembre 2013, *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 761; en doctrina, entre otros, CORDIANO, A.: "L'esercizio delle situazioni esistenziali del beneficiario di amministrazione di sostegno", *ivi*, 2011, p. 1911 ss. Trib. Varese 6 octubre 2009, *Giur. merito*, 2010, p. 1004, afirmando el derecho general del beneficiario de casarse, evidencia que sujetar tal derecho al consentimiento previo del administrador supondría una grave vulneración de la libertad matrimonial. También la doctrina sostiene, a menudo, soluciones flexibles: cfr. RUSSO, R.: "Matrimonio e amministrazione di sostegno: vietare, permettere, accompagnare", *Fam. dir.*, 2010, p. 287, que enumera formas de acompañamiento del sujeto débil en el ejercicio de opciones existenciales, más allá de la dicotomía "capacidad-incapacidad". En favor de la extensión en el caso concreto de la prohibición de casarse al sujeto beneficiario, v. todavía Trib. Trieste 28 septiembre 2007, *Giur. it.*, 2007, p. 2738 con nota de CENDON, P.: "22 anni un forte ritardo mentale: meglio che la ragazza non si sposi subito". En un cierto sentido, también Trib. Roma 26 marzo 2008, *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 1211, con nota de GIACOBBE, E.: "Questo matrimonio non s'ha da fare" (a proposito di infermi di mente e matrimonio)", el cual ha autorizado al administrador a solicitar la "suspensión" de las proclamas; GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 132; CALO, E.: *Amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 133, que, a tal fin, requiere, sin embargo, la existencia de circunstancias gravísimas; DELLE MONACHE, S.: "Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale", *Nuova giur. comm.*, 2004, II, pp. 42 ss.; decididamente crítico ANELLI, F.: "Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia", en *Studi in onore di P. Schlesinger*, V, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 4238 ss., también con apoyo en el argumento de la imperatividad de las reglas en materia de libertad matrimonial, que no podría ser limitada, sino en los casos taxativamente previstos por la ley.

Los impedimentos dirimientes son los mismos que en España, a saber, el parentesco y el crimen.

A) El parentesco.

Son impedimentos para el matrimonio la existencia entre los contrayentes una relación de parentesco, afinidad o adopción dentro de los grados y de los límites fijados en el art. 87 CC it., siempre que no sean dispensables judicialmente.

Nótese que en la doctrina italiana se habla de impedimento de parentesco y de adopción, mientras que en la española se habla, simplemente de impedimento de parentesco, subsumiendo en él, tanto el que tiene causa en la consanguinidad, como en la adopción (si bien, en este último caso, como se ha expuesto, sólo se aplica a la línea recta, no a la colateral); y que, a diferencia de lo que sucede en el Código civil español, en el italiano se regula el impedimento de afinidad.

Existen, así, casos en los que el matrimonio no podrá celebrarse, en ningún caso, por ser el vínculo de parentesco o de afinidad demasiado estrecho, y otros, en los que sí podrá celebrarse, con autorización judicial, por ser dicho vínculo menos próximo²¹¹.

Según la doctrina prevalente, si se vulnera una prohibición del primer tipo (no dispensable), el matrimonio es nulo²¹²; si, por el contrario, se vulnera una prohibición del segundo tipo (dispensable)²¹³ - por ejemplo, se podría haber dado la autorización para el matrimonio²¹⁴, pero no se dio- la cuestión es más compleja,

211 Según el art. 87 CC it., “No pueden contraer matrimonio entre sí: 1) los ascendientes y los descendientes en línea recta; 2) los hermanos y las hermanas, consanguíneos o uterinos; 3) el tío y la sobrina, la tía y el sobrino; 4) los afines en línea recta; la prohibición subsiste también en el caso en el que la afinidad derive del matrimonio declarado nulo o disuelto o respecto del cual se haya pronunciado la cesación de efectos civiles; 5) los afines en línea colateral en segundo grado; 6) el adoptante, el adoptado y sus descendientes; 7) los hijos adoptivos de la misma persona; 8) el adoptado y los hijos del adoptante; 9) el adoptado y el cónyuge del adoptante, el adoptante y el cónyuge del adoptado. El tribunal, a petición de los interesados, con decreto emitido en *camera di consiglio*, oído el Ministerio Público, puede autorizar el matrimonio en los casos indicados en los números 3 y 5, aunque se trate de *affiliazione*. La autorización puede también ser acordada en el caso indicado en el número 4, cuando la afinidad derive de un matrimonio declarado nulo”. Por poner un ejemplo, no es dispensable el impedimento de parentesco entre hermano y hermana, mientras que sí lo es el existente entre tío y sobrina o el impedimento de afinidad entre los cuñados. Es dispensable el impedimento entre suegro y nuera, pero solamente si el matrimonio del que deriva la afinidad ha sido declarado nulo.

212 GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 296.

213 Es dispensable, mediante autorización del tribunal ordinario, a petición de uno de los contrayentes, el impedimento de parentesco colateral de tercer grado y el de afinidad de segundo grado, además de todos los casos de afinidad derivados de un matrimonio declarado nulo. De hecho, la nulidad del matrimonio del cual deriva la afinidad no elimina el impedimento (art. 87 CC it.), pero lo hace dispensable mediante autorización judicial.

214 El procedimiento para obtener la autorización o para apelar la resolución que la concede o la niega es el mismo que el de la emancipación (v., *infra*, § 5.1). El decreto del tribunal debe ser notificado a los contrayentes y al Ministerio Público. Los primeros pueden recurrir en caso de que no se conceda la autorización, y el segundo en el caso de que la conceda. Surgen dudas en relación a los criterios de valoración que deben seguirse en la decisión relativa a la autorización. Según una línea de pensamiento

existiendo quienes defienden la tesis de la denominada anulabilidad absoluta²¹⁵ y quienes sostienen la tesis (según ellos, más convincente) de la nulidad superable²¹⁶.

De hecho, en dichos casos, no es posible “encontrar la ‘disponibilidad’ de la tutela concedida al sujeto interesado, que, por el contrario, siempre está presente en los supuestos en que el remedio predispuesto por el ordenamiento es la anulabilidad, aunque sea absoluta. En tal caso, la ‘superabilidad’ del vicio no se deja (como, por el contrario, sucede en el caso de confirmación del negocio anulable) a una valoración de conveniencia del sujeto en cuyo favor se predispone la tutela, sino que depende de circunstancias objetivas, que, en parte o en todo, prescinden de cualquier manifestación de voluntad o iniciativa de los cónyuges”²¹⁷.

La *ratio* del impedimento que se está examinando se reconduce históricamente a la necesidad de evitar uniones que podrían dar lugar a consecuencias negativas desde un punto de vista genético²¹⁸. Algún autor se refiere también a la exigencia de “favorecer el intercambio de las relaciones sociales”²¹⁹.

Con respecto a la adopción²²⁰, se prohíbe el matrimonio entre adoptante y adoptado o sus descendientes; entre cónyuge del adoptante y adoptado; entre

rigurosa, la valoración judicial sólo puede estar guiada por razones de naturaleza familiar. V. algunos ejemplos en LIPARI, N.: “Condizioni necessarie per contrarre matrimonio”, cit., p. 150.

215 BIANCA, C.M.: “Della nullità del matrimonio”, cit., p. 290; CARIOTA FERRARA, L.: “Annullabilità assoluta e nullità relativa”, en *Scritti minori*, Esi, Napoli, 1986, p. 295. Como es sabido, por anulabilidad absoluta se entiende comúnmente una forma de invalidez que, siendo menos grave que la nulidad, pueda ser hecha por cualquier interesado en ella y no solamente por sujetos específicamente determinados. Cfr. TOMMASINI, R.: “Commento all’art. 119”, en AA.VV.: *Commentario del codice civile* (dir. E. GABRIELLI), *Della Famiglia* (coord. G. BALESTRA), arts. 74-176, Utet, Torino, 2010, p. 276 s.

216 GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 296.

217 GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 297. Se alude al hecho de que la nulidad puede ser sanada en el caso de que haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio (art. 117, IV CC it.). Sin embargo, como, con toda lucidez, pone de manifiesto la autora, “debe, en verdad, excluirse que la imposibilidad de impugnar el matrimonio transcurrido un año desde la celebración del matrimonio, según el párrafo IV del art. 117 CC it., pueda reconducirse a un supuesto de confirmación tácita del negocio anulable, incluso desde la perspectiva, a veces invocada por la jurisprudencia, de la renuncia a la acción. El límite temporal para el ejercicio de la acción, en realidad, opera para cada uno de los sujetos legitimados activamente ex art. 117, I CC it. y puede ser opuesto por cada uno de ellos por vía de excepción. A tales sujetos, todos ellos legitimados para la impugnación, no puede reconocérseles un poder indistinto para confirmar un acto que sobrepasa sus respectivos intereses y sobre cuya válida conclusión no tendrían, ciertamente, ningún poder. Debe, por tanto, concluirse que se trata de una verdadera y propia caducidad introducida por el legislador para garantizar la certeza de los *status* familiares, la cual, dada la indisponibilidad de los intereses subyacentes, debe considerarse apreciable de oficio ex art. 2969 CC it.”.

218 DI ROSA, G.: “Commento all’art. 87 CC”, en AA.VV.: *Commentario del codice civile* (dir. E. GABRIELLI), *Della Famiglia* (coord. G. BALESTRA), cit., p. 94, el cual observa que “a diferencia del ordenamiento italiano, el Derecho canónico considera relevante, como impedimento matrimonial dispensable, el grado de consanguinidad representado por ser los esposos hijos de primos; en este punto no existe, sin embargo, una contradicción con el orden público italiano, a los efectos del juicio de homologación de la sentencia eclesiástica declarativa de la respectiva nulidad matrimonial, dado que el mayor rigor del ordenamiento canónico al regular el impedimento en cuestión no incide sobre las reglas fundamentales que en el ordenamiento italiano definen la estructura de la institución matrimonial. En el mismo sentido, Cass. 27 noviembre 1991 n. 12671, *Giur. it.*, 1992, I, p. 1970 ss.

219 AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 38.

220 Sólo se hace referencia a la adopción no legitimante (esto es, a la adopción en casos particulares y a la del mayor de edad), dado que adopción legitimante está disciplinada al modo de la relación de filiación

cónyuge del adoptado y adoptante; entre hijos adoptivos e hijos de sangre del adoptante. La adopción, además, no excluye las prohibiciones matrimoniales existentes respecto de los miembros de la familia de origen.

Debe tenerse en cuenta que el impedimento de adopción es de carácter absoluto, es decir, no dispensable, aunque, según algunos, este tratamiento normativo pecaría de excesivo rigor; en relación con la adopción del mayor de edad, puesto que la relación entre adoptado mayor de edad y adoptante pretende esencialmente satisfacer intereses de naturaleza patrimonial, quedando los vínculos personales en su segundo plano, la mayor parte de las veces²²¹.

Sin embargo, no puede negarse que en este tipo de adopción (desconocida en Derecho español) se crea un cierto vínculo personal, como lo demuestra la asunción por parte del adoptado del apellido del adoptante. Por otro lado, la doctrina más reciente subraya la circunstancia de que actualmente la adopción del mayor de edad, desde una óptica constitucional, cada vez se dirige con mayor intensidad a satisfacer necesidades asistenciales o, simplemente, existenciales, además de patrimoniales²²².

El impedimento ex art. 87 CC it. comprendería, además, dado el implícito reenvío a esta norma realizado por el art. 300, último párrafo, último inciso, CC it. el caso del matrimonio entre el adoptado mayor de edad y los parientes del adoptante²²³, con la excepción de los colaterales²²⁴, no mencionados por el art. 87 CC it.

B) El crimen.

Es impedimento para el matrimonio el homicidio en grado de tentativa o consumado por un contrayente respecto del cónyuge del otro (art. 88 CC it.).

matrimonial, estando las dos totalmente equiparadas, con la consiguiente aplicación de los mismos impedimentos relativos al parentesco de sangre. Cfr. FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, cit., p. 312.

221 FORTINO, M.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 109; BIANCA C.M., *Diritto civile*, 2, Giuffrè, Milano, 2005, p. 51; AUTORINO STANZIONE, G.: *Il diritto di famiglia*, I, Giappichelli, Torino, 2011, p. 143 ss.

222 Referencias en VIRGADAMO, P.: "La revocazione della donazione per sopravvenienza di un figlio adottivo maggiorenne: per un'interpretazione assiologico-sistemica dell'art. 803 c.c. alla luce della riforma della filiazione", *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 241 ss.

223 SALVI, C.: "Adozione (dir. civ.)", en *Noviss. Dig. it.*, I, Utet, Torino, 1957, p. 299; RUPERTO, C.: "Adozione (dir. civ.)", en *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 597.

224 Según algunos autores, la irrelevancia, a los efectos del impedimento aquí examinado, del parentesco colateral, de extendería a la adopción legitimante [LIPARI, N.: "Parentela, affinità, adozione, affiliazione", en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (coord. G. CIANI, G. OPPO, A. TRABUCCHI), II, cit., p. 149; SPALLAROSSA, M.R.: "Le condizioni per contrarre matrimonio", en AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (dir. P. ZATTI), I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 785].

El sujeto pasivo del delito que da lugar al impedimento es solamente el cónyuge, quedando excluido, por el tenor literal de la norma, el conviviente *more uxorio*, lo que supone una importante diferencia con el Derecho español.

La normativa italiana establece el impedimento, no sólo en el caso de delito consumado, sino también cuando el mismo haya tenido lugar en caso de tentativa. Esto representa una notable diferencia respecto del Derecho canónico (así como respecto del Derecho civil español), que prevé el impedimento matrimonial, exclusivamente, en el supuesto de consumación del delito²²⁵. Otra diferencia consiste en la circunstancia de que el impedimento canónico contempla también el caso en el que el delito sea cometido contra el cónyuge del sujeto activo (c. 1090 CIC), mientras que la muerte del propio cónyuge causada con la finalidad de recobrar la libertad de estado y celebrar un nuevo matrimonio no constituye un impedimento civil²²⁶.

Es, pues, clara la diferencia entre la legislación italiana y española, ya que éste última exige la consumación del delito y, así mismo, la condena penal de las dos personas que pretenden contraer matrimonio, pues el art. 47.3 CC esp. sólo contempla el conyugicidio conjunto, excluyendo el individual, sea propio o impropio.

Se considera pacífico (en esto hay coincidencia entre la doctrina italiana y española) que no existe impedimento cuando el delito es meramente culposo²²⁷ o preterintencional²²⁸ (debe ser doloso), si bien no se requiere la específica intención de eliminar al sujeto pasivo con la finalidad concreta de contraer matrimonio, es decir, con el objetivo de que la persona con la que se pretende casarse recupere su estado de libertad²²⁹.

Es dudoso si la previsión puede también extenderse a delitos contra la vida, diversos del homicidio en sentido estricto, como el homicidio consentido ex art. 579 CP it. o la inducción o auxilio al suicidio ex art. 580 CP it.²³⁰.

225 MONETA, P.: "Matrimonio concordatario", en *Dig. civ.*, XI, Utet, Torino, 1994, p. 286.

226 DALLA TORRE, G.: *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 170.

227 FINOCCHIARO, F.: "Matrimonio (diritto civile)", cit., p. 818; STELLA RICHTER, G.: "Delle condizioni necessarie per contrarre matrimonio", en AA.VV.: *Commentario del codice civile* (coord. P. CENDON), Utet, Torino, 1991, p. 285 s.; BARBIERA, L.: *Il matrimonio*, cit., p. 76.

228 App. Napoli 9 mayo 1959, *Foro it.*, 1960, I, c. 139.

229 SPALLAROSSA, M.R.: "Le condizioni per contrarre matrimonio", cit., p. 789.

230 En favor de la extensión del impedimento a la inducción al suicidio SANTOSUOSSO, F.: *Il matrimonio*, Utet, Torino, 2007, p. 85; en sentido contrario AUTORINO STANZIONE, G.: *Il diritto di famiglia*, cit., p. 148; SPALLAROSSA, M.R.: "Le condizioni per contrarre matrimonio", cit., p. 789.

El ilícito debe ser constatado en una sentencia firme²³¹. Si el juicio se halla en curso, la celebración del matrimonio debe ser suspendida en espera de un eventual auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, según el art. 88, II CC it. (disposición ésta, que no existe en el Código civil español).

Si se contrajo el matrimonio, el mismo es radicalmente nulo²³², “porque se opone a un principio fundamental de nuestro ordenamiento”²³³. Se trata, según opinión comúnmente admitida, de una nulidad absoluta, de orden público, imprescriptible y no sujeta a plazo de caducidad ninguno, además de insubsanable²³⁴. A diferencia de lo que sucede en el Derecho español, el impedimento de crimen no es dispensable.

4. Los impedimentos matrimoniales impedientes.

El Código civil italiano regula también como impedimentos meramente impedientes el denominado luto vidual y la omisión de las proclamas.

A) El luto vidual.

Con la expresión de luto vidual se designa a la prohibición, que tiene su origen en el Derecho romano, de que la mujer pueda contraer matrimonio antes de los trescientos días siguientes a la disolución, anulación o cesación de los efectos civiles del precedente matrimonio (art. 89 CC it.)²³⁵. La finalidad de la prohibición, que no

231 BONILINI, G., *Nozioni di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2002, p. 36. La doctrina se encuentra dividida sobre la necesidad de que la sentencia firme que constate el delito sea, o no, anterior al matrimonio. En favor de la primera tesis se suele argumentar que, de no seguirla, carecería de sentido art. 88, II CC it., según el cual, en caso de mera orden de captura o de puesta a disposición judicial, se suspende la celebración del matrimonio hasta el eventual auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria [VITALI, E.: “Le condizioni per contrarre matrimonio”, en AA.VV.: *Il diritto di famiglia* (coord. G. BONILINI y G. CATTANEO), I, Utet, Torino, 1997, p. 141 s.; PALMERI, G.: “Le condizioni per contrarre matrimonio”, en AA.VV.: *Il nuovo diritto di famiglia. Trattato* (dir. G. FERRANDO), vol. I, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 156]. Sin embargo, otros autores observan que, de seguirse esta posición, se desatendería a la *ratio* della norma [BIANCA, C.M.: “Del matrimonio celebrato davanti all’ufficiale di stato civile. Matrimonio contratto con violazione degli articoli 84, 87 e 88”, en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (dir. G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI), vol. II, Cedam, Padova, 1992, p. 291].

232 Conclusión pacífica: DI ROSA, G.: “Commento all’art. 88 CC”, en AA.VV.: *Commentario del codice civile* (dir. E. GABRIELLI), *Della Famiglia* (coord. G. BALESTRA), arts. 74-176, Utet, Torino, 2010, p. 97; BARBIERA, L.: *Il matrimonio*, cit., p. 76; FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, cit., p. 570; VITALI, E.: “Nullità e annullabilità”, en AA.VV.: *Il diritto di famiglia* (coord. G. BONILINI y G. CATTANEO), I, Utet, Torino, 2007, p. 407.

233 AULETTA, T., *Diritto di famiglia*, cit., p. 170.

234 FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, cit., p. 570; BARBERA, L.: *Il matrimonio*, cit., p. 76.

235 Para una reconstrucción histórica, FIGONE, A.: “Lutto vedovile”, en *Dig. civ.*, XI, Utet, Torino, 1994 p. 144; v. también BOVE, L.: “Il matrimonio civile: condizioni, formalità preliminari, opposizione e celebrazione”, cit., p. 600. Recuérdese que, en el Derecho italiano, la “cesación de los efectos civiles” del matrimonio es una expresión particular referida al denominado matrimonio concordatario. Se trata del matrimonio celebrado según el Derecho Canónico, pero con efectos en el ordenamiento jurídico italiano, una vez inscrito en el Registro Civil. Está regulado, principalmente, por el Concordato de 1929, modificado después en los años ochenta, esto es, por un Acuerdo entre el Estado italiano y la Santa Sede, con la finalidad de regular sus respectivas relaciones, entre las cuales se halla el reconocimiento de efectos jurídicos civiles al matrimonio canónico, siempre que se cumplan determinados requisitos.

existe en el vigente Código civil español, es, evidentemente, la de evitar cualquier duda sobre la paternidad de un eventual hijo²³⁶.

En el ordenamiento jurídico italiano hay dos presunciones legales dirigidas a determinar la filiación. La primera de ellas establece que el marido se presume padre del hijo nacido o concebido por la mujer durante el matrimonio (art. 231 CC it.). La segunda es la del art. 232 CC it., según el cual "se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la anulación, de la disolución o de la cesación de los efectos civiles del matrimonio. La presunción no opera después del transcurso de trescientos días, a contar desde la sentencia de separación judicial, o desde la homologación de la separación de mutuo acuerdo, desde la fecha de la comparecencia de los cónyuges ante el juez cuando hubiera sido autorizados a vivir separadamente en el curso del juicio de separación o en los juicios previstos en el párrafo precedente"²³⁷.

Por lo tanto, lo que la prohibición pretende es evitar el conflicto entre dos presunciones de paternidad diversas: una, en favor del marido difunto; otra, en favor del nuevo cónyuge, cuando el hijo nazca dentro de los trescientos días siguientes a la muerte (u otras circunstancias a ella equiparadas) del primer sujeto²³⁸. Según algunos, sin embargo, "la alta fiabilidad de los modernos medios de determinación de la paternidad ha relativizado la finalidad de la prohibición, la cual origina una injustificada limitación de la libertad matrimonial"²³⁹.

Conforme al 89, II CC it., "se excluyen de la prohibición los casos en los que la disolución o la cesación de los efectos civiles del precedente matrimonio hayan tenido lugar con fundamento en el art. 3, n. 2, letras b) y f), de la Ley de 1 de diciembre de 1970, n. 898, y en los casos en que el matrimonio haya sido declarado nulo por impotencia (bastando la que impide procrear) de uno de los cónyuges".

Se refiere, además de al supuesto de impotencia, a los casos de disolución por separación judicial firme o mutuo consentimiento homologada y prolongada en el

236 Cfr., sobre la necesidad de impedir el parto *propter turbationis sanguinis*, GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 239, la cual recuerda el pensamiento de POTHIER, R.G.: *Le pandette di Giustiniano*, VIII, *Indice alfabetico ragionato*, Antonio Bazzarini e C., Venezia, 1835, p. 727: "aunque el marido sea tal que no convenga llorar su muerte, sin embargo, la viuda no puede contraer segundas nupcias antes del tiempo establecido por la ley".

237 Antes de 2013 el art. 232 CC it. preveía que la segunda presunción -la de los "trescientos días"- fuera unida a otra condición, esto es, que el hijo naciera después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. El art. 9 del Decreto Legislativo n. 154 de 2013, que llevó a cabo la reforma de la filiación, ha eliminado esta condición, lo que se explica por una nueva visión de la presunción: el plazo de, al menos ciento ochenta días, se explicaba por la necesidad de evidenciar que el hijo pudiera presumirse concebido por el marido, sin ningún tipo de dudas (de haber nacido antes hubiera sido un plazo demasiado breve para poderlo presumir). Sin embargo, con la reforma del 2012-2013, dicha presunción sirve solamente para atribuir legalmente la paternidad y no para vincular paternidad biológica y relación conyugal, dado que la condición de hijo no matrimonial no es de peor condición que la de hijo matrimonial.

238 SPALLAROSSA, M.R.: "Le condizioni per contrarre matrimonio", cit., p. 791.

239 AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 32.

tiempo durante tres años, a contar de la comparecencia de los cónyuges ante el Presidente del Tribunal, y de matrimonio no consumado.

La referencia a la impotencia ha sido objeto de críticas, por no ser una causa autónoma de anulación del matrimonio²⁴⁰. Se podría replicar, como ya se ha hecho, que puede llegar a serlo, por ejemplo, en caso de error, en el que la única dificultad para admitirla como causa de exclusión de la prohibición es que el encargado del Registro Civil deberá valorar la motivación del eventual fallo judicial que se le presente para confirmar la exclusión y considerar regular el matrimonio²⁴¹.

El impedimento es dispensable a instancia de la mujer²⁴². En tal caso, “el Tribunal, con decreto dictado *in camera di consiglio*, oído el Ministerio Fiscal, puede autorizar el matrimonio cuando se excluya de manera inequívoca el embarazo o resulte de sentencia firme que el marido no ha convivido con la mujer dentro de los trescientos días siguientes a la disolución, a la anulación o la cesación de los efectos civiles del matrimonio” (art. 89, II, CC it.).

La prohibición, no obstante, cesa desde el día de la terminación del embarazo (art. 89, III, CC it.).

También, respecto de este impedimento, la declaración de muerte presunta se equipara al fallecimiento²⁴³. En tal caso, el plazo de trescientos días empieza a contarse desde la fecha fijada en la sentencia de declaración de muerte presunta.

El impedimento es de carácter impediante, lo que, como ya se ha dicho, significa que su concurrencia no origina la invalidez del matrimonio, sino, exclusivamente, su falta de regularidad, con la consiguiente imposición de una sanción administrativa a los contrayentes por parte del Encargado del Registro Civil (art. 140 CC it.).

B) La omisión de publicación de las proclamas matrimoniales.

Entre los impedimentos impediotes se encuentra la omisión de la publicación de las proclamas matrimoniales²⁴⁴. Normalmente, es obligatorio que, antes de casarse, se proceda a la publicación, por parte del encargado del Registro Civil, de la petición de contraer matrimonio en los ayuntamientos en que residan los esposos, a instancia de ellos mismos o de la persona encargada de tal menester. La petición de publicación debe contener el nombre, la fecha y lugar de nacimiento,

240 VITALI, E.: “Le condizioni per contrarre matrimonio”, cit., p. 143; BARBIERA L.: *Il matrimonio*, cit., p. 98.

241 LIPARI, N.: “Divieto temporaneo di nuove nozze”, en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (dir. G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI), II, cit., p. 155.

242 SPALLAROSSA, M.R.: “Le condizioni per contrarre matrimonio”, cit., p. 792.

243 En general, VIRGADAMO, P.: “Morte presunta”, en *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, dirigida por S. PATTI y P. SIRENA, vol. 9, *Il Sole 24 Ore*, Milano, 2007, p. 695 ss.

244 GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2017, p. 338 ss.

la nacionalidad, la residencia y la libertad de estado de los futuros cónyuges, si han contraído un matrimonio precedente y si existen particulares impedimentos (arts. 93 y ss. CC it.; arts. 51 y ss.; Decreto del Presidente della Repubblica 3 noviembre 2000, n. 396).

Las publicaciones se pueden omitir – y no concurre el impedimento al matrimonio, si han sido omitidas - mediante autorización judicial por motivos gravísimos, “cuando los esposos, ante el funcionario, declaran bajo su responsabilidad que no concurren ninguno de los impedimentos matrimoniales establecidos por los artículos 85, 86, 87, 88 y 89” (art. 100, II, CC it.). En este caso, conforme al 100 CC it., “el funcionario debe proceder a la lectura de los artículos y advertir a los contrayentes sobre la importancia de su declaración y de la gravedad de las posibles consecuencias”.

En general los “motivos gravísimos” se hacen coincidir con la exigencia de mantener en secreto la celebración de un cierto matrimonio o la identidad de los esposos²⁴⁵.

Del mismo modo, “en el caso de inminente peligro para la vida de uno de los esposos, el funcionario del Registro Civil podrá proceder a la celebración del matrimonio sin publicaciones (...) con tal de que los esposos juren antes que no existen entre ellos impedimentos que no sean susceptibles de dispensa” (art. 101 CC it.)²⁴⁶.

La omisión de las proclamas, al encontrarnos ante un impedimento impediente, no ocasiona la invalidez, sino una mera irregularidad del matrimonio, con imposición de sanciones administrativas a cargo de los esposos y del funcionario del Registro Civil (art. 134 CCI).

245 Trib. Napoli 2 febrero 1996, *Fam. dir.*, 1996, p. 572, con nota de MOLTEDO, M.: “Autorizzazione alla omissione della pubblicazione matrimoniale per soggetti nubendi familiari di collaboratori di giustizia”. En el caso juzgado, que es aislado en la materia, la omisión de la publicación se justificaba en el hecho de que uno de los contrayentes estaba sujeto a medidas de protección previstas para los familiares de colaboradores con la justicia.

246 Un raro precedente en la materia admite la validez del matrimonio celebrado ex art. 101 CC it. sin que subsista el inminente peligro de vida. Cfr. Cass. 24 enero 1967 n. 216, *Giust. civ.*, 1967, I, p. 47. Se especifica (GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 130) que “más allá del inminente peligro de muerte, otros motivos graves o causas gravísimas que pueden llevar a omitir o a reducir el plazo de publicación deberán –hoy- ser sometidas a la valoración del Tribunal sobre la base del art. 100 CC it.”.

BIBLIOGRAFÍA:

ACCARDO, G.: "Età matrimoniale", en AA.VV.: *Sulla riforma del diritto di famiglia, Seminario* (dir. F. SANTORO PASSARELLI), Cedam, Padova, 1973, p. 27 ss.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "El impedimento matrimonial de adopción en el Código civil a hoy", en AA.VV.: *Centenario del Código civil (1889-1999)*, Centro de Estudios Ramón Areces, t. I, Madrid, 1990.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 12ª ed. (puesta al día por S. DÍAZ ALABART), Edisofer, Madrid, 2013.

ALONSO PÉREZ M.: "Comentario al art. 85 CC", AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2016.

AUTORINO STANZIONE, G.: *Il diritto di famiglia, I*, Giappichelli, Torino, 2011.

BARASSI, L.: en *Osservazioni e proposte sul progetto del libro primo*, II, Roma, 1933, p. 603.

BARBERO, D.: *Il sistema del diritto privato*, nueva edición a cargo de LISERRE y FLORIDIA, Utet, Torino, 1990.

BARBIERA, L.: *Il matrimonio*, Cedam, Padova, 2006.

BATTEUR, A.: *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 8ª ed., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2015.

BIANCA, C.M.: "Art. 117", en *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (coord. L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABUCCHI), Cedam, Padova, 1977.

BIANCA, C.M.: "Del matrimonio celebrato davanti all'ufficiale di stato civile. Matrimonio contratto con violazione degli articoli 84, 87 e 88", en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (dir. G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI), vol. II, Cedam, Padova, 1992.

BIANCA, C.M.: "Della nullità del matrimonio", en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (coord. G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI), II, Cedam, Padova, 1992.

BIANCA, C.M., *Diritto civile*, 2, Giuffrè, Milano, 2005.

BIGLIAZZI GERI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F.D., y NATOLI, U., *Diritto civile, I, Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Utet, Torino, 1989.

BLASCO GASCÓ, F.: *Instituciones de Derecho civil. Derecho de familia*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

BONILINI, G.: *Nozioni di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2002.

BOVE, L.: "Il matrimonio civile: condizioni, formalità preliminari, opposizione e celebrazione", en *Trattato di diritto privato*, dirigido por P. RESCIGNO, 2, Utet, Torino, 1992.

CARGANDEL, L.: *Le consentement des époux au mariage en Droit civil français et en Droit canonique modernes*, Sirey, Paris, 1934.

CARIOTA FERRARA, L.: "Annullabilità assoluta e nullità relativa", en *Scritti minori*, Esi, Napoli, 1986, p. 295 ss.

CARPIO BRIZ, D.: "Comentario al art. 172 bis CP", en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (dir. M. CORCOY BIDASOLLO y S. MIR PUIG), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CARRIÓN OLMOS, S.: "Comentario al art. 46 CC", AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

CARRIÓN OLMOS, S.: "Comentario al art. 47 CC", AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

CARRIÓN VIDAL, A.: "Comentarios a vuela pluma en materia de capacidad y forma de celebración del matrimonio, tras modificación del Código Civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio de la jurisdicción voluntaria", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015.

CISNEROS ÁVILA, F.: "Reflexiones sobre el delito de matrimonio forzado del art. 172 bis del Código Penal", *Diario La Ley*, 2 de noviembre de 2017, LL 14345/2017.

CRESPO MORA, Mª C.: "La celebración del matrimonio", en AA.VV.: *Derecho de familia* (coord. G. DÍEZ-PICAZO), Cizur Menor (Navarra), 2012.

COSSU, C.: "Il matrimonio del minore", *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 897 ss.

DALLA TORRE, G.: *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2004.

DE CUPIS, A.: "Della tutela dei minori", en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (coord. por G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI), IV, Cedam, Padova, 1992.

DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, tomo I, Victor Lagier, Dijon, Videcoq, Paris, 1834.

DEMOLOMBE, C.: *Traité du mariage et de la séparation de corps*, tomo I, Imprimerie Générale, Paris, 1884.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario al art. 47 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario al art. 56 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario al art. 73 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

DI CIOMMO, F.: *Manuale di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2016.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, 6ª ed. (2ª reimpresión), Tecnos, Madrid, 1995.

DI ROSA, G.: "Commento all'art. 88 CC", en AA.VV.: *Commentario del codice civile* (dir. E. GABRIELLI), *Della Famiglia* (coord. G. BALESTRA), arts. 74-176, Utet, Torino, 2010.

DURÁN RIVACOBA, R. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: "Edad, emancipación y matrimonio (con arreglo a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria)", *Actualidad civil*, enero 2016, LL 264/2016.

DURANTON: *Cours de Droit civil, suivant le Code français*, tomo II, 2ª ed., Alex-Gobelet, Paris, 1828.

FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. A. CICU y F. MESSINEO, continuado por L. MENGONI), Giuffrè, Milano, 2002.

FERRANDO, G.: "Le cause di invalidità del matrimonio", en AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (dir. P. ZATTI), vol. I, t. I, Giuffrè, Milano, 2011.

FERRI, G.B.: "Il c.d. recupero del negozio invalido", *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p. I ss.

FIGONE, A.: "Lutto vedovile", en *Dig. civ.*, XI, Utet, Torino, 1994 .

FINOCCHIARO, A. y M.: *La riforma del diritto di famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 1975

FINOCCHIARO, F.: "Matrimonio civile", en *Enc. dir.*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975.

FINOCCHIARO, F.: *Matrimonio*, en AA.VV.: *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* (coord. F. GALGANO), tomo II, arts. 84-158, Zanichelli, Bologna, Il Foro italiano, Roma, 1993.

FORTINO, M.: *Diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1997.

FRANCESCHELLI, V.: "Il matrimonio civile: l'invalidità", en AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (dir. P. RESCIGNO), I, 2, Utet, Torino, 1982.

FRANZONI, M.: "Il recupero dell'efficacia del contratto invalido", *Dir. priv.*, 2000, p. 113 ss.

GARCÍA CANTERO, G.: "De los requisitos del matrimonio", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 44 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 47 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 48 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 56 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 73 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA CANTERO, G.: "Nulidad de matrimonio", *AC*, 1993-3, pp. 535 ss.

GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M^a L.: "El matrimonio, realidad social e institución jurídica", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado*, tomo IV, vol. I^o (coord. V. M. GARRIDO DE PALMA), Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.

GAZZONI, F., "Trascrizione tardiva del matrimonio canonico e volontà degli effetti civili", *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 511 ss.

GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2017.

GETE ALONSO Y CALERA, M^a C.: "Comentario al art. 73 CC", en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, t. I, *L'atto e il rapporto*, en *Trattato di diritto civile* (dir. R. SACCO), Utet, Torino, 2011.

GIACOBBE, E.: "Le Sezioni Unite tra nomofilachia e 'nomofantasia'", *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1416 ss.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Matrimonio y discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 2018, núm. 32, p. 55 ss.

GUINARTE CABADA, G.: "El nuevo delito de matrimonio forzado (artículo 172 bis del Código Penal)", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Código Penal de 2015* (dir. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC), 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

JEMOLO, A.C.: "La nullità per impotenza", *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 649 ss.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *La nulidad del matrimonio después de la Constitución*, *RGLJ*, 1979, p. 7 ss.; y p. 77 ss.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, t. VI, *Derecho de familia*, Trivium, Madrid, 1997.

LA TORRE, E.: "Il matrimonio contratto dal coniuge di persona scomparsa (assente o presunta morta)", *Giust. civ.*, 2010, II, p. 55 ss.

LAURENT, F.: *Principes de droit civil*, tomo II, Bruylant-Cristophe, Bruxelles, Paris, 1870.

LINACERO DE LA FUENTE, M^a: "Matrimonio. Parejas de hecho", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia* (dir. M^a LINACERO DE LA FUENTE), Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

LIPARI, N.: "Delle condizioni necessarie per contrarre matrimonio", Art. 87, en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI), II, Cedam, Padova, 1992.

LIPARI N.: "Divieto temporaneo di nuove nozze", in AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, II, Padova, 1992

LOCRÉ: *Procès-Verbaux du Conseil d'État, contenant la discussion du Projet de Code civil*, años 9 y 10, tomo I, Imprimerie de la République, Paris, Año XII (1804).

LOCRÉ: *Procès-Verbaux du Conseil d'État, contenant la discussion du Projet de Code civil*, año XI, tomo II (1803), Imprimerie de la République, Paris, 1803.

LUNA SERRANO, A.: *La nulidad del matrimonio*, en LACRUZ BERDEJO, J. L., *El nuevo régimen de la familia*, vol. I, *Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982.

MALAUURIE, Ph.: *Droit des personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, 8ª ed., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016.

MALAUURIE, Ph. y FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*, 5ª ed., LGDJ, 2016.

MALEVILLE, J. De: *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. I, Paris, 1805.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Requisitos del matrimonio", en AA.VV.: *Manual de Derecho civil, Derecho de familia* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Bercal, Madrid, 2007.

MAQUEDA ABREU, Mª L.: "El nuevo delito de matrimonio forzado: art. 172 bis CP", en AA.VV.: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. F. J. ÁLVAREZ GARCÍA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: "La nulidad matrimonial", en AA.VV.: *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia* (coord. E. LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2009.

MAURINI, V.: *L'incapace naturale*, Cedam, Padova, 2002.

MONETA, P.: "Matrimonio concordatario", en *Dig. civ.*, XI, Utet, Torino, 1994.

MONJE BALMASEDA, O.: "Requisitos del matrimonio", en AA.VV.: *Sistema de Derecho civil, Derecho de familia* (dir. F. LLEDÓ YAGÜE y R. HERRERA CAMPOS), Dykinson, Madrid, 2002.

MONTÉS PENADÉS, V. L.: "Comentario al art. 85 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

ORLANDO, A.: "Osservazioni sulla maturità psicofisica e sui gravi motivi richiesti dall'art. 84 c.c. per l'autorizzazione del minore sedicenne alle nozze", *Nuovo dir.*, 1994, p. 297 ss.

OSORIO SERRANO, J. M.: "Requisitos del matrimonio", en AA.VV.: *Curso de Derecho civil IV, Derechos de familia y sucesiones* (coord. F. J. SÁNCHEZ CALERO), 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PALMERI, G.: "Le condizioni per contrarre matrimonio", en AA.VV.: *Il nuovo diritto di famiglia. Trattato* (dir. G. FERRANDO), vol. I, Zanichelli, Bologna, 2007.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "El matrimonio como acto jurídico. La nulidad del matrimonio", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV)* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), 4ª ed., Madrid, Colex, 2013.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "Comentario al art. 45 CC", en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "Comentario al art. 47 CC", en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "Comentario al art. 74 CC", en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "Comentario al art. 76 CC", en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de familia*, Universidad Complutense, Madrid, 1989.

PERAMATO MARTÍN, T.: "Matrimonio infantil, precoz y forzado (Iª Parte)", *Diario La Ley*, núm. 8965, 21 de abril de 2017, LL 3733/2017.

PERAMATO MARTÍN, T.: "Matrimonio infantil, precoz y forzado (2ª Parte)", *Diario La Ley*, núm. 8966, 24 de abril de 2017, LL 3878/2017.

PEREIRA COELHO, F., y DE OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família*, vol. I, *Introdução, Direito Matrimonial*, 5ª ed., Universidad de Coimbra, Coimbra, 2015.

PERLINGIERI, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli, 2011.

PIETROBON, V.: "Gli atti e contratti dell'incapace naturale", *Contr. impr.*, 1987, pp. 759 ss.

PISAPIA, D.: "Bigamia (dir. pen.)", en *Enc. dir.*, V, Giuffrè, Milano, 1959.

POTHIER, R.G.: *Traité du contrat de mariage*, t. I, Paris, Orleans, 1771.

POTHIER, R.G.: *Traité du contrat de mariage*, t. II, Paris, Orleans, 1771.

POTHIER, R.G.: *Le pandette di Giustiniano*, VIII, *Indice alfabetico ragionato*, Antonio Bazzarini e C., Venezia, 1835.

PUTTI, P.M.: "L'invalidità del matrimonio", en AA.VV.: *Il nuovo diritto di famiglia. Trattato* (dir. G. FERRANDO), I, *Matrimonio, separazione, divorzio*, Zanichelli, Bologna, 2007.

ROCA TRÍAS, E.: "Los requisitos del matrimonio", en AA.VV.: *Derecho de familia* (coord. E. ROCA TRÍAS), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

RUPERTO, C.: "Adozione (dir. civ.)", en *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958.

SALVI, C.: "Adozione (dir. civ.)", en *Noviss. Dig. it.*, I, Utet, Torino, 1957.

SANCHO REBULLIDA, F.: "Requisitos del matrimonio", en LACRUZ BERDEJO, J. L., *et alii, Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, fasc. 1º, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1989.

SANCHO REBULLIDA, F.: "Celebración del matrimonio", en LACRUZ BERDEJO, J. L., *et alii, Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, fasc. 1º, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1989.

SERRANO ALONSO, E.: *El nuevo matrimonio civil*, Edisofer, Madrid, 2005.

PIETROBON, V.: "Comentario al art. 122 del Código civil", en AA.VV.: *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (a cargo de L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABBUCHI),

t. I, parte 1ª (arts. 1-89), *Introduzione generale. Domicilio e assenza. Matrimonio. Scioglimento del matrimonio e separazione personale. Regime patrimoniale della famiglia*, Cedam, Padova 1977.

PLANIOL, M: *Traité élémentaire de Droit civil*, tomo III, F. Pichon, Paris, 1901.

PORTALIS, J. E. M.: *Discours, rapports et travaux sur le Code civil*, Jouvert, Paris, 1844.

PROUDHON: *Cours de Droit français*, parte 1ª, *Sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code Napoléon*, tomo I, 2ª ed., M. Antoine, Paris, 1811.

PUIG FERRIOL, L.: "Comentario al art. 56 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

RAYMOND, G.: *Le consentement des époux au mariage. Étude de Droit positif français*, LGDJ, Paris, 1965.

SALVADOR CODERCH, P.: "Comentario al art. 46 CC", en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

SALVADOR CODERCH, P.: "Comentario al art. 47 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

SANTORO PASSARELLI, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", en *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, 1986.

SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1989.

SANTOSUOSSO, F.: *Il matrimonio*, Utet, Torino, 2007.

SPALLAROSSA, M.R.: "Le condizioni per contrarre matrimonio", en AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (dir P. ZATTI), I, Giuffrè, Milano, 2011.

STELLA RICHTER, G.: "Delle condizioni necessarie per contrarre matrimonio", en *Commentario del codice civile* (coord. P. CENDON), Utet, Torino, 1991.

TERRÉ, F., GOLDIE-GENICON, Ch. y FENOUILLET, D.: *Droit civil, La famille*, 9ª ed., Dalloz, Paris, 2018.

TOMMASINI, R.: "Commento all'art. 119", en AA.VV.: *Commentario del codice civile* (dir. E. GABRIELLI), *Della Famiglia* (coord. G. BALESTRA), arts. 74-176, Utet, Torino, 2010, p. 276 s.

TOMMASINI, R.: "Commento all'art. 122", en AA.VV.: *Commentario del codice civile* (dir. E. GABRIELLI, *Della famiglia*, coord. L. BALESTRA), Utet, Torino, 2010.

TOULLIER, C. B. M.: *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon*, tomo I, Nève, Paris, 1811.

TRABUCCHI, A.: "Matrimonio (dir. civ.)", en *Noviss. dig. it.*, Appendice IV, Utet, Torino, 1983.

VAZEILLE, F. A.: *Traité du mariage*, tomo I, Bavoux, Nèvem Paris, 1825.

VENTURA VENTURA, J. M.: "Comentario al art. 56 CC", en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

VIRGADAMO, P.: "Morte presunta", en *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore* (dir. S. PATTI y P. SIRENA), vol. 9, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007.

VIRGADAMO, P.: "La revocazione della donazione per sopravvenienza di un figlio adottivo maggiorenne: per un'interpretazione assiologico-sistemica dell'art. 803 c.c. alla luce della riforma della filiazione", *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 241 ss.

VITALI, E.: "Le condizioni per contrarre matrimonio", en AA.VV.: *Il diritto di famiglia* (coord. G. BONILINI y G. CATTANEO), I, Utet, Torino, 1997.

VITALI, E.: "Nullità e annullabilità", en *Il diritto di famiglia* (coord. G. BONILINI y G. CATTANEO), I, Utet, Torino, 2007.

ZACHARIAE, C. S.: *Cours de Droit civil français* (revisado y aumentado por C. AUBRY y C. RAU), t. III, F. Lagier, Estrasburgo, 1839.