

LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO Y LA APTITUD MATRIMONIAL* Identidad disociativa del legislador: entre la subversión y la reacción

Santiago Hidalgo García

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

TITLE: *Capacity and fitness to marry. Dissociative Identity of the Legislator: Between Subversion and Reaction*

RESUMEN: Este trabajo trata de la evolución legislativa dispareja, cuando no incoherente, de la regulación de la capacidad para contraer matrimonio. Así se hace referencia al pasado y el presente de la institución matrimonial, en temas como los impedimentos, la capacidad para contraerlo, las formas de celebrarlo o la situación de las personas con discapacidad ante el matrimonio.

Pese a la evolución en la percepción social del matrimonio, que, en algunos aspectos ha tenido constancia legislativa a través del despojo de buena parte de sus características tradicionales, proceso que tiene su manifestación más evidente en la admisión, ya indiscutida, del matrimonio igualitario, se percibe, sin embargo, la pervivencia de determinadas ideas que no cabe sino calificar de reminiscencias del pasado: el cuestionario al que son sometidos los futuros contrayentes cuando se realiza el expediente matrimonial constituye una buena prueba, al igual que el mantenimiento de determinados impedimentos y su eventual dispensa, aspectos en los que subyace aún una mal disimulada manifestación de los orígenes canónicos de la institución.

Así mismo, la situación de las personas con discapacidad ante el matrimonio no parece adecuadamente resuelta, de hecho, la Ley 8/2021 no se ocupó y se intenta justificar en el presente trabajo que debería haberlo hecho, del artículo 56 del CC.

Finalmente se hace referencia a la reforma por la Ley orgánica 1/2025, de 2 de enero, de Medidas en materia de eficiencia del Servicio público de Justicia cuya entrada en vigor se producirá el 3 de abril de 2025), de varios preceptos del Código civil y de los concordantes de la Ley del notariado y Ley de Registro civil, suprimiendo la referencia a los jueces de paz.

ABSTRACT: *This work addresses the uneven, if not incoherent, legal evolution of the regulation of the capacity to marry. It refers to the past and present of the institution of marriage, covering topics such as impediments, the capacity to enter marriage, the forms of its celebration, and the situation of persons with disabilities in relation to marriage.*

The one that occupies the following lines refers to the past and present of the institution of marriage, on issues such as impediments, the capacity to contract it, the ways of doing it or the situation of people with disabilities in marriage.

Despite the evolution in the social perception of marriage, which in some aspects has been legislatively evidenced through the stripping of a good part of its traditional characteristics, a process that has its most evident manifestation in the now undisputed admission of equal marriage, the survival of certain ideas that can only be described as reminiscences of the past is perceived: The questionnaire to which the future spouses are subjected

* Este estudio se enmarca en la actividad del Grupo de Investigación Reconocido, (GIR) de la Universidad de Valladolid, «Nuevo derecho de la persona, de los contratos y de daños», del cual forma parte el autor.

when the marriage file is carried out is good proof of this, as is the maintenance of certain impediments and their eventual dispensation, in which there is still an ill-concealed manifestation of the canonical origins of the institution.

Likewise, the situation of people with disabilities in the face of marriage does not seem to be adequately resolved, in fact, Law 8/2021 did not address - and attempts are made to justify in this work that it should have done so - article 56 of the CC.

Finally, reference is made to the reform by Organic Law 1/2025, of January 2, on Measures regarding the efficiency of the Public Justice Service, which will come into force on April 3, 2025, of various provisions of the Civil Code and the corresponding provisions of the Notary Law and the Civil Registry Law, eliminating the reference to justices of the peace.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; Consentimiento Matrimonial; Impedimentos; Dispensa; Discapacidad y medidas de apoyo

KEY WORDS: *Marriage; Marriage Consent; Impediments; dispensation; disability and support measures.*

SUMARIO: 1. EL PLANTEAMIENTO. 2. EL NUDO. 2.1. *La capacidad para contraer matrimonio* 2.1.1. Algo de historia sobre la regulación del matrimonio en España 2.1.2 Los requisitos de capacidad matrimonial A. Los impedimentos o imposibilidades para contraer matrimonio A'. El parentesco. A''. El impedimento de «crimen» A'''. El vínculo previo A'''. La edad B. Comprobación de la capacidad o aptitud matrimonial B'. El consentimiento matrimonial. B''. El consentimiento matrimonial y las personas con alguna discapacidad o aquellas otras (o las mismas) que presenten una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestarlo, pese a las medidas de apoyo. B'''.1. Las personas con discapacidad y el matrimonio. B'''.2. El matrimonio de una persona con discapacidad con quien ejerce las medidas de apoyo y relación con las reglas de incapacidad relativa para suceder: influencia indebida y captación de la voluntad. 2.2. *Referencia a la ley orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia. El contenido de las reformas introducidas por la ley en el CC, ley del notariado y en la LRC.* 3. EL DESENLACE 3.1. Subversión 3.2. Reacción.

BIBLIOGRAFÍA

1. EL PLANTEAMIENTO

En la monografía que dediqué al tratamiento jurídico de la transexualidad y especialmente al estudiar problema del cambio de sexo registral¹, pude constatar cómo la denominada despatologización del fenómeno - que se ha concretado legislativamente en el régimen que establece la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI – ha trasladado la autodeterminación identitaria como planteamiento filosófico-ontológico, al ámbito legislativo, es decir, a la identidad de género desde el punto de vista jurídico y, en definitiva, a la autodeterminación registral del sexo de las personas.

Esta cuestión sigue siendo objeto de cierto debate, incluso hay quienes desconocen la letra - y el espíritu - de la ley (me refiero a algunos encargados del registro civil) arrogándose una función fiscalizadora, que la ley expresamente proscribiera, en aras, dicen, de impedir un fraude que, pido disculpas por la nueva auto cita, he intentado acreditar, no puede darse una vez se admite que no es posible indagar, ni analizar, los motivos para un cambio de la identidad

¹ Hidalgo García, S. *Transexualidad: sexo, género e identidad jurídica*, Aranzadi, 2023

sexual, sin incurrir, al hacerlo, en una patologización de la persona que la solicita ante el registro².

Todo lo cual genera ciertas incoherencias o incongruencias que llevan a pensar que el legislador podría padecer - de no ser porque estas guías no comprenden a las personas jurídicas - lo que tanto el CIE-11, como el DSM-5, siguen considerando un trastorno, me refiero al denominado trastorno de personalidad disociativa³ con respecto a la regulación de ésta y otras instituciones jurídicas.

La razón principal, aunque no única, es la diversa valoración que el ordenamiento jurídico civil hace de la capacidad de las personas a los efectos de la modificación de su estado civil o de su identidad jurídico civil y consecuentemente de la que se requiere para acceder al registro, ya sea para inscribirlas, ya para rectificarlas.

Dicho de otra manera: si en punto a la valoración del sexo y consecuentemente, del nombre propio, en el registro, el tratamiento jurídico ha dado un giro copernicano en apenas 20 años, sin embargo, otras instituciones siguen, en muy alto grado, asentadas sobre ciertas bases, ideas y/o principios que, solo de una manera limitada han cambiado desde la lejana fecha en que se redactó el Código civil o la no tan lejana en que entró en vigor la casi derogada LRC de 1957⁴.

Es más, en algunas cuestiones se pueden encontrar incoherencias dentro del propio tratamiento legislativo, incluso entre algunas Resoluciones e Instrucciones de la DGRN/DGFPSJ, sobre una misma materia, y en este punto es paradigmático lo que ha venido ocurriendo en relación con el nombre propio. Pero es preciso ir por partes.

Como se sabe, entre las circunstancias que en el registro constan no todas son estados civiles, así, por ejemplo, se toma razón en él de algunas que constituyen hechos jurídicos, como es el caso del nacimiento o la muerte de las personas. También de otras, como el nombre y los apellidos, el número o código personal que introduce la LRC de 2011 en su artículo 6

² Ver también en este sentido, Herrero Oviedo, M. «La ley trans y la modificación de la mención del sexo: menores y mayores ¿transexuales?» Revista de Derecho Civil, vol. XI, núm. 1 (enero-marzo, 2014) Estudios, pp. 117-147

³ Concretamente en el CIE-11, 6B64 Trastorno de identidad disociativa, que es definido como «una alteración de la identidad en la que hay dos o varios estados de personalidad distintos (identidades disociativas) asociados con discontinuidades marcadas en el sentido de identidad y agencia. Cada estado de personalidad incluye su propio patrón de experiencia, percepción, concepción y relación con el yo, el cuerpo y el entorno. Al menos dos estados de personalidad distintos toman de manera recurrente el control ejecutivo de la conciencia y el funcionamiento del individuo al interactuar con otros o con el entorno». Por su parte el DSM 5 lo describe como 300.14 (F44.81) «A. Perturbación de la identidad que se caracteriza por dos o más estados de la personalidad bien definidos, que se puede describir en algunas culturas como una experiencia de posesión»

⁴ No lo está aún el reglamento de 1958, por lo que tendremos que pensar que la «proscripción» de la imposición del apellido Expósito sigue aún vigente pese a que, por más que la RAE siga acogiendo la definición tradicional, pocas personas la conocen y aunque así sea, ha perdido toda la connotación que tuvo otrora.

(secuencia alfanumérica generada por el Registro Civil, que será única e invariable en el tiempo) o el sexo de las personas, que tampoco son estados civiles, sino que se trata de medios de identificación de éstas, si bien la tercera, el sexo, yo entiendo que no es tal a la luz de la normativa vigente⁵. Es decir, se trata de circunstancias ciertamente heterogéneas, pero en general puede decirse que están (o estaban) afectas por dos características que, aun en la jurisprudencia reciente, a veces poniéndolas en cuestión, se siguen mencionando. Me refiero a la indisponibilidad y la estabilidad del contenido del registro⁶.

Así ocurrió en el caso del Auto del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2016 que plantea una cuestión de inconstitucionalidad en «relación al art. 1 de la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, por presunta vulneración de los artículos 15, 18.1 y 43.1, en relación al 10.1, todos ellos de la Constitución, en cuanto que solo reconoce legitimación a las personas mayores de edad para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre». En ella, precisamente, valora, aunque cuestiona, que el hecho de que se recoja como requisito la mayor edad en la norma, se podía deber a las características de indisponibilidad y estabilidad del contenido del registro, de manera que había quien entendía, la propia ley de 2007, al establecer el requisito de la mayor edad para efectuar el cambio, que permitir que lo hicieran personas menores de 18 años, al considerar que carecían de suficiente madurez o podrían carecer de ella, no garantizaba la estabilidad de su decisión y como consecuencia, tampoco la del contenido del registro que, además, al ser indisponible, debía asegurarse de dar publicidad a circunstancias preexistentes y consolidadas, en aras de la seguridad jurídica.

El Auto es del año 2016 y la sentencia que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad que planteaba, fue la STC 99/2019, de 18 de julio⁷, en la que se viene a reconocer la disociación entre el requisito de la edad y la denominada situación estable de transexualidad que, puede existir y ser constatable, al igual que la suficiente madurez a tal efecto, aunque no se haya llegado a la mayor edad, lo que no empece que uno y otro Tribunal sigan considerando que la estabilidad del contenido del Registro civil a este y otros efectos, es una característica fundamental del sistema, del mismo modo que su indisponibilidad: ni el Supremo ni el Constitucional cuestionan esto, lo que cuestionan es que tales características no puedan darse cuando de un menor de edad se trata, para concluir que también un menor, y – atención - en el caso de referencia, se trataba de un menor de 12 años que ya con anterioridad se había

⁵ E intento justificarlo a lo largo de la monografía a la que acabo de hacer referencia

⁶ En algunos casos inmutabilidad, como es el del código personal que se acaba de mencionar. Este código, al igual que ha venido ocurriendo siempre con el número del DNI, no se puede modificar en ningún caso, ni siquiera la del eventual cambio de sexo.

⁷ Ver BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Transexualidad y menor de edad. Comentario a la STC 99/2019 - Pleno- 18 de julio de 2019 (RTC 2019, 99) Cuadernos Civitas De Jurisprudencia Civil, 2020, (112), p.307-344

sometido a un tratamiento hormonal, pero sin completar los 2 años exigidos por la ley de 2007, por lo que tenía al inicio del asunto menos de esa edad (unos 10 u 11 años) podía instar el cambio de sexo, con la debida representación de sus progenitores, porque el hecho de ser menor no tenía por qué afectar a la estabilidad de su situación: como se hallaba en situación estable de transexualidad, procede el cambio registral, porque las circunstancias que constan en el registro tienen que tener tal característica.

Resumidamente, lo cierto es que una cosa, indisponibilidad y la otra, estabilidad, requieren una situación de hecho previa que se constataba mediante algún control de autoridad - por ejemplo en el caso de la adquisición de la nacionalidad española por residencia, mediante un expediente ante el Encargado del Registro civil o en el de la filiación a través de las correspondientes acciones de reclamación o impugnación judiciales - o el control de un facultativo - por ejemplo para inscribir el nacimiento se requiere el parte facultativo del artículo 44.3 de la LRC - o bien ambas cosas - como puede ocurrir en el caso del matrimonio - o, en ocasiones, la constatación de la existencia de una posesión de estado - así para efectuar el cambio de nombre en el registro, tradicionalmente se exige para efectuarlo, que se trate de una situación previa, o sea, que se sustituya el que figura en el registro por el usado habitualmente por la persona, aunque me temo que nuevamente la Ley 4/2023, viene a subvertir tal idea, al menos en lo que a la supuesta correlación entre el sexo de las personas y su nombre propio se refiere.

En efecto en este punto, se da una incongruencia mayúscula dentro del tratamiento legislativo y por parte de la DGRN/DGFPSJ de una misma institución: la regulación legislativa del nombre, más allá de la cada vez mayor permisividad en cuanto a la imposición de nombres⁸, sigue estando afecta por las mismas características tradicionales, es decir, la indisponibilidad y estabilidad y exigencia de una situación previa (posesión de estado, o sea, que el nombre se puede sustituir por otro, siempre que sea por uno que use la persona habitualmente y se la conozca como tal), salvo si el cambio se produce por razones de identidad sexual, que, no se olvide, no debe probarse, sino meramente alegarse, en cuyo caso no hay exigencia alguna, ni límite alguno (ni cualitativo, ni cuantitativo) en cuanto a tal cambio.

⁸ Así por ejemplo el nombre Caín viene a admitirlo la Resolución de 25 de noviembre de 2016, cuando ya había tenido ocasión de pronunciarse en contra de su admisibilidad anteriormente (DGRN Resolución de 1 de diciembre de 1990, RJ\1990\10432 y otra de 27 de febrero de 2007), señalando ahora que «el vocablo ha dejado de figurar como entrada en el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (sic), los recurrentes acreditan que es nombre que actualmente ostentan en España decenas de varones [efectivamente, según el último dato que he podido consultar en el INE, 89 personas en España ostentan tal nombre] y, por tanto, no puede seguir manteniéndose que incurre clara e inequívocamente en causa de prohibición del artículo 54 de la Ley del Registro Civil y, modificando doctrina anterior de la dirección general, ha de ser admitido». Y desde luego la indiferencia del error en cuanto al sexo de las personas que tan relevante ha sido hasta hace tan poco tiempo Ver ut infra la Resolución de la DGRN núm. 3/2005 de 16 junio 2005 (RJ 2005, 7538 y comentario sobre ella en nota al pie.

Poco tiempo ha transcurrido desde estos pronunciamientos y sin embargo, mucho ha cambiado la situación en este y otros órdenes, entre otras cosas, como consecuencia de dos normas: la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y la ley 4/2023, de 28 de febrero, sobre igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI⁹.

2. EL NUDO

En este trabajo quiero ocuparme únicamente de la distinta consideración que legislativamente se da a los requisitos de capacidad y aptitud matrimonial, una institución que socialmente se halla claramente en crisis, como lo demuestra el hecho de que ya supera el porcentaje de nacidos de parejas no casadas. Algunos aspectos se han actualizado, como ocurre con la admisión del matrimonio igualitario, otros, sin embargo, pervive un tratamiento que es heredero de tiempos pasados

Quizá sea el momento de replantearse por qué los criterios tradicionales sobre la aptitud y requisitos para contraer matrimonio se han subvertido totalmente, mientras en otras permanecen casi inalterables y hasta qué punto se halla esto justificado: si las parejas cada vez optan menos por contraer matrimonio, quizá el legislador debería replantearse una revisión más profunda de su regulación. Voy a intentar tratar los aspectos que considero fundamentales.

2.1. *La capacidad para contraer matrimonio*

2.1.1. Algo de historia sobre la regulación del matrimonio en España

La configuración legislativa del matrimonio en la legislación civil española ha sido históricamente la de la iglesia católica, es decir, la del matrimonio canónico, ya no solo porque, durante mucho tiempo, los católicos estuvieron obligados legalmente a contraer matrimonio canónico, sino que, además, cuando por primera vez se reguló el matrimonio civil en España en la Ley Provisional¹⁰ del matrimonio civil de 18 de junio de 1870, publicada en la Gaceta de

⁹ La primera entró en vigor Finalmente, a los tres meses de su publicación en el BOE, de acuerdo con su DF 3ª, , que se produjo el día 3 de junio, según rezaba su preámbulo «atendiendo a la necesidad de que se tome conocimiento de la nueva legislación con tiempo suficiente para que puedan afrontarse los cambios introducidos», necesidad que al parecer no sintió el legislador en la segunda de las leyes mencionadas, ya que la ley 3/2023, se publicó en el BOE el día 1 de marzo y tal y como prescribe la DF 20ª entró en vigor al día siguiente, para desasosiego de algunos encargados del registro civil.

¹⁰ Tuvo una vigencia de 5 años, ya que se publicó en pleno sexenio democrático, de resultas de «La Gloriosa» y se mantuvo hasta la restauración borbónica, concretamente dejó de tener vigencia por Decreto del Ministerio-Regencia derogando el matrimonio civil en febrero de 1875.

Madrid el 21 de junio de 1870¹¹, se mantenía su carácter indisoluble (el artículo primero rezaba así «El matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble») es decir, no admitía ni regulaba el divorcio como tal, e incluso entre los impedimentos para contraerlo se hallaban algunos directamente importados del código canónico (así el artículo 5.2º prohibía el matrimonio a «los católicos que estuvieren ordenados *in sacris* o que hayan profesado en una orden religiosa canónicamente aprobada, haciendo voto solemne de castidad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente licencia canónica»). Todo esto pese a los intentos del propio legislador de justificar que se sustraía a tales principios canónicos y que en realidad se ajustaban a los del derecho natural y que precisamente por estos y no por aquellos, aunque establecían el carácter obligatorio del matrimonio civil como manifestación de la libertad religiosa propia de los principios liberales de la época, seguían manteniendo su indisolubilidad.

Pero, insisto, pese a que la exposición de motivos de la mencionada ley que realizaba verdaderos equilibrios para que la separación de la institución civil del sacramento eclesiástico, no ofendiese los sentimientos religiosos de buena parte de la población, ni a la Iglesia católica¹² porque efectivamente establecía un sistema de matrimonio civil obligatorio, lo cierto es que cuando el capítulo 7º de la norma se refiere al divorcio en realidad regula la separación, mientras que el capítulo 8º establece que «el matrimonio, que es unión perpetua e indisoluble, subsiste mientras vivan los dos esposos y solamente en el caso de fallecimiento de uno de ellos recobrará el superviviente su libertad para contraer un nuevo vínculo».

La vida de esta norma fue efímera y un Decreto de febrero de 1875 derogó el matrimonio civil obligatorio. La población era mayoritariamente católica y el matrimonio civil obligatorio necesariamente, pese a su indisolubilidad podía generar disfunciones, tales como que el matrimonio contraído en forma canónica, al no serle reconocida legitimidad civilmente, hacía que a efectos legales no fuese tal matrimonio, así como destaca GRAHIT FERRER, también corrige Ucelay otra de las críticas al proyecto: «No era, en verdad, la mente de la ley, como se ha dicho después por los defensores de los decretos del Ministerio-Regencia, posponer la mayoría de

¹¹ Puede consultarse sobre la elaboración de esta ley el trabajo de GRAHIT FERRER, Enrique. «El matrimonio civil obligatorio: ley española de 1870 los promotores del matrimonio civil en defensa de la indisolubilidad». Cuadernos doctorales. 1993, Nº 10, pág.502-559.

¹² Apéndice al Diario de Sesiones número 185, que es el de la sesión del 17 de diciembre de 1869. Tal y como destaca GRAHIT FERRER, la autoría de la exposición de motivos corresponde a Montero Ríos. Así en uno de sus pasajes dice lo siguiente: «por ellas la ley civil adquirirá esa flexibilidad racional que, oportunamente combinada en la práctica con la dispensa canónica, producirá naturalmente, y sin abdicaciones por parte del Estado ni por parte de la Iglesia, y aun sin convenciones arbitrarias que coarten su respectiva libertad, la completa armonía de las dos legislaciones, si bien sostenida exclusivamente por la libre voluntad de los contrayentes interesados. Y de este modo nunca podrá decirse con justicia que el Estado, al ejercitar sus derechos sobre la importante materia de este proyecto de ley, abre un abismo entre los deberes del ciudadano y la conciencia del católico, haciendo imposible el simultáneo cumplimiento de los preceptos de uno y de otro orden. La libertad individual no tendrá obstáculos que vencer para regular su acción según los mandatos de la Iglesia, a la vez que según las leyes del Estado, porque estas no prescribirán para su cumplimiento nada que se oponga al cumplimiento de aquellas»

los ciudadanos españoles a unos cuantos que profesaban distinto culto del católico o que no profesasen ninguno. El Gobierno autor de la reforma proclamaba, en nombre de la justicia y de la equidad, la necesidad de no tolerar que fuera relegada a la repugnante categoría de las mancebas la mujer honrada que ha contraído con el hombre que ama una perpetua unión según la ley, por más que ésta no sea la católica. No podía creer el que esto consignaba que poco tiempo después viniese casi a llamarse manceba a la creyente mujer española que contrajera sólo matrimonio canónico». Y es que, de hecho, una disposición del Gobierno negó legitimidad al matrimonio canónico en vista de que no se vivía la ley de matrimonio civil obligatorio sancionada en junio de 1870»¹³. Con todo el mismo autor defiende que el mantenimiento de la indisolubilidad del matrimonio civil no tenía origen religioso, sino que los liberales lo basaban en razones de orden natural y de orden social¹⁴, conclusión que no resulta demasiado convincente a mi modo de ver.

El régimen relativo al matrimonio que, enseguida, estableció el CC era fundamentalmente el del matrimonio canónico, pero, en cualquier caso, residual, por cuanto si cualquiera de los contrayentes era católico, es decir, estaba bautizado, debía contraer matrimonio en esta forma, la canónica y con los plenos requisitos y efectos regulados por el código canónico. El único paréntesis a esta regulación se produjo con la Ley matrimonio de la República de 28 de junio de 1932 (publicado en la Gaceta de 3 de julio) que establecía un sistema de matrimonio civil obligatorio¹⁵, y permitía el divorcio, concretamente el artículo 1 de esta ley establecía «a partir de la vigencia de la presente Ley, solo se reconoce una forma de matrimonio, el civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones primera y segunda del capítulo III del Libro primero del Código civil».

Como es sabido tal ley fue derogada por la de 12 de marzo de 1938 y la de 23 de septiembre de 1939, que reinstauran el sistema precedente, de manera que los católicos habían de contraer matrimonio en forma canónica. De hecho, tanto forzó la idea el legislador, que dio una redacción al artículo 42 del CC que, en su momento, generó no pocos comentarios sarcásticos, ya que, si se asumía su literalidad, obligaba a todos los católicos a contraer

¹³ Loc cit. P. 551

¹⁴ «Lo mismo se puede afirmar de los liberales españoles que introdujeron el matrimonio civil, añadiendo en nuestro caso que no sólo sancionaron la indisolubilidad en la ley, sino que se defendieron antes las críticas de los que afirmaban que no se debía consignar en una ley de matrimonio civil pues faltaba el motivo religioso. Defendieron, en definitiva, que la ley natural no se opone ni a la ley religiosa ni a la ley civil, siendo fundamento de ambas. El único criterio que empleó el proyecto de ley al tratar del tema de la indisolubilidad fue el del bien común, partiendo de la base de que es una institución natural y social» loc. cit. p. 554

¹⁵ No puedo resistirme a dejar por escrito una anécdota que oí relatar al recordado Profesor Don Mariano Alonso Pérez. Es la siguiente: estando en Salamanca Don Federico de Castro y Bravo, contrajo matrimonio en forma civil, de acuerdo con, a la sazón, vigente ley, en un hotel de la ciudad, para lo cual acudió un juez encargado, que, tras oficiar la ceremonia civil se dirigió a los contrayentes y a la concurrencia en los siguientes términos: «usted y usted y todos los aquí presentes están excomulgados, menos yo, por la obediencia debida»

matrimonio *velis nolis*: «La Ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, *que deben contraer todos los que profesen la religión católica...*». En la práctica esto suponía que todo el que quisiera casarse debía hacerlo en forma canónica, ya que la única manera de no hacerlo era o no estar bautizado, cosa poco frecuente en una España confesional y casi únicamente católica, haber sido excomulgado, o hacer apostasía de la fe católica, lo que desde luego era mucho menos frecuente o inexistente.

Se planteó en aquel momento la validez o no de los matrimonios celebrados en forma civil bajo la vigencia de la ley de 1932¹⁶ y lo cierto es que muchos de los que lo habían contraído en tal forma se apresuraron a hacerlo en la forma canónica a partir de 1939¹⁷, puesto que excomulgados *latae sententia* o no, lo cierto es que estaban bautizados y por tal motivo se dudaba de la validez de su previo matrimonio civil.

La demostración de tal circunstancia, la de no catolicidad de los contrayentes, no provenía del registro, sino que con arreglo a una Orden Ministerial de 10 de marzo de 1941, los jueces municipales podían autorizar «otros matrimonios de aquellos que, habiendo de contraerse por quienes no pertenezcan a la religión católica, se pruebe documentalmente la acatolicidad de los contrayentes, o en el caso de que esta prueba documental no fuere posible, presenten una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halla ligada la validez y efectos civiles de referidos matrimonios».

¹⁶ Ver sobre esta cuestión CASTÁN TOBEÑAS Cit. p. 136 y 137; DEL AMO, Los matrimonios civiles durante la República, RDP, n.447 junio 1954, p. 539 – 549 y en especial un breve en Notas críticas del ADC de GARCÍA CANTERO «Las uniones meramente civiles contraídas al amparo de la ley de 28 de junio de 1932, ¿deben disolverse?» ADC, t.7.4 1189-1196, respecto a tales matrimonios realiza una distinción entre los celebrados entre 1932 y el comienzo de la guerra civil y los que se contrajeron una vez comenzó ésta en la denominada zona roja, respecto a éstos al consentimiento, debe presumirse su existencia y suficiencia, y en cuanto a la forma, deben darse por válidos en el fuero canónico por concurrir las circunstancias en que el Codex Juris Canonici admite la forma extraordinaria (canon 1908)

¹⁷ Ver de nuevo GARCÍA CANTERO: así plantea la cuestión y la resuelve el ilustre Decano de la Pontificia Universidad de Comillas: «Claro está que para arreglar según Dios las uniones civiles el remedio mejor es que los así unidos contraigan matrimonio canónico entre sí, como aconsejó el Santo Oficio a 106 Prelados españoles, en comunicado de la Secretaría de Estado de 4 de febrero de 1942» . loc. Cit. p. 1190. Téngase en cuenta que tras la Guerra civil había un buen número de personas que, a ojos de la Iglesia, se hallaban excomulgadas *latae sententia* (a causa de haber participado durante la guerra en expolios en Iglesias o haber atentado contra el clero o sus bienes), y por tanto según el canon 2260 del Código Canónico de 1917 entonces vigente, no podían recibir sacramentos pero, precisamente ante la ausencia de un pronunciamiento expreso y si habían conseguido eludir la Causa General, normalmente tal circunstancia no impidió que contrajesen matrimonio canónicamente tal y como exigía la legislación del momento. De hecho, así fue, pese a que muchos habían incurrido previamente en comportamientos de los contemplados en los cánones 2320 y ss. Sea como sea del texto de García Cantero y de otros coetáneos se deduce claramente que la mayor preocupación de la Iglesia y del legislador, era la regularizar todos los matrimonios adaptándolos a la legislación vigente a partir de 1939 y eso pese que el canon 1065 establecía expresamente que los fieles no podrían contraer matrimonio con aquellos que notoriamente abandonaron la fe católica o dieron su nombre a asociaciones condenadas por la Iglesia, estableciéndose en su segundo párrafo que no debía el párroco asistir a tales casamientos sin consultar con el Ordinario, que podía autorizarlo solo en caso de asegurarse que toda la prole sería educada en la fe católica.

En 1958 se modificó la redacción del precepto que seguía exigiendo la forma canónica para el caso de que alguno de los contrayentes fuese católico, la prueba de tal circunstancia se había de obtener a través de las autoridades eclesiásticas¹⁸. No obstante, antes de la CE 1978, se promulgó la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política que sienta las bases para una reforma política inspirada en los principios democráticos y en lo que aquí interesa, como consecuencia de ella, un Decreto de 1 de diciembre de 1977 modificó el Reglamento del Registro civil y entre otras cosas vino a establecer que «la prueba de que no se profesa la religión católica se efectuará mediante declaración expresa del interesado ante el encargado del Registro civil», es decir, que, ya con anterioridad a la Constitución, no era preciso recabar prueba eclesiástica de no hallarse bautizado o haber hecho apostasía de la fe católica, porque bastaba la declaración ante el encargado del Registro de no ser católico para poder contraer matrimonio civil, aunque se tratase de personas bautizadas por la iglesia católica¹⁹.

Finalmente, la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, reconoció el matrimonio civil único y el divorcio, estableciendo unos únicos efectos para el matrimonio cualquiera que fuese la forma de celebración y las de 2005, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, vinieron a facilitar el acceso al divorcio y a admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

2.1.2. Los requisitos de capacidad matrimonial

El matrimonio católico a que he hecho referencia y que inspiraba la regulación previa a la del CC, así como la que estableció este hasta 1981, se basaba fundamentalmente en cuatro pilares: su indisolubilidad, la heterosexualidad, la finalidad reproductiva o de procreación, y su carácter monogámico, es decir, que se trataba de una unión de pareja.

¹⁸ Esta cuestión la estudio en la *Transexualidad...* en relación con algunas afirmaciones que se realizan en el preámbulo de la LRC de 2011. Reproduzco lo que allí digo. «Su preámbulo [el de la LRC2011] aclara, no sé si es el aclarar verbo más apropiado, lo siguiente: «la Constitución de 1978 sitúa a las personas y a sus derechos en el centro de la acción pública. Y ese inequívoco reconocimiento de la dignidad y la igualdad ha supuesto el progresivo abandono de construcciones jurídicas de épocas pasadas que configuraban el estado civil a partir del estado social, la religión, el sexo, la filiación o el matrimonio». Resultan un tanto sorprendentes estas aseveraciones ya que no se cohonestan ni con lo que establecía la normativa precedente, ni se corresponden con el contenido de la propia LRC de 2011: no sé muy bien a qué se refiere con el estado social el legislador, pero lo que sí está claro es que el artículo 1 de la LRC de 1957 no incluía la religión como una de las circunstancias con acceso al registro, salvo la referencia del artículo 80 que carecía de virtualidad desde 1981» p. 287.

¹⁹ Ver sobre estas cuestiones LOPEZ ALARCON, M. «El matrimonio canónico con efectos civiles en el derecho español», en *Raccolta di scritti in memoriam di Mario Condorelli*, p. 179 a 192, puede consultarse en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-1986-10017900192

Los requisitos personales del matrimonio se fundamentan en dos órdenes de aspectos:

- 1º. La ausencia de *impedimentos*²⁰: como se sabe éstas son reglas de capacidad relativas, es decir, no se trata de que una persona sea absolutamente incapaz para contraer matrimonio, sino que hay personas que no pueden contraer matrimonio entre sí, por determinadas circunstancias, algunas con un sustrato moral o religioso que permanece inmutable a lo largo de los siglos, como es el caso del impedimento de contraer matrimonio entre ciertos parientes.
- 2º. La aptitud personal que, como cualquier requisito de capacidad se asienta sobre dos aspectos. Uno, objetivo, que se sustenta en la fijación de una determinada edad para poder contraer matrimonio. El otro, que podríamos denominar subjetivo ya que requiere una valoración de la capacidad en concreto, por parte de una autoridad, en este caso el funcionario que tramite el expediente, que ha de comprobar *ad casum* si es suficiente para que exista consentimiento *matrimonial* efectivo y que tal consentimiento no se halle afectado por alguno de los tradicionales vicios. Como todo el régimen relativo a la capacidad de las personas se ha visto afecto primero y de manera más general por la Convención de Nueva York (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006)²¹, y después de manera más concreta a través de la modificación de todo el sistema por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, si bien es llamativo que esta norma no presta atención al artículo 56 del CC que había recibido anteriormente nueva redacción por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria en la redacción que le da su reforma por la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

A. Los impedimentos o imposibilidades para contraer matrimonio

A'. El parentesco

Algunos impedimentos para contraer, que aún subsisten y parecen intocables, en ocasiones, tienen una base religiosa y/o moral evidente, como son los impedimentos de parentesco. Naturalmente que la justificación religiosa o moral o de derecho natural, bastante común en casi todas las culturas (de ahí que siempre se mencione como algo excepcional el caso de los faraones egipcios en ciertas épocas) tenía una base científica: la constatación empírica de que la endogamia daba lugar a individuos con problemas de salud, patologías congénitas,

²⁰ Es el término procedente nuevamente del matrimonio canónico, en el artículo 47 se habla de imposibilidad, no obstante, el 48 sigue utilizando este término para referirse a su dispensa. Ver MANTECÓN, Joaquín. El impedimento matrimonial canónico de parentesco legal. Pamplona: Eunsa, 1993.

²¹ Ratificado por el estado español por Instrumento de 23 de noviembre de 2007, (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008)

discapacidades intelectuales, síndromes de Down, propensión a contraer determinadas enfermedades u otros a los que, a falta de explicación científica, se asignó ese fundamento sagrado, fenómeno que de manera tan sugerente expusiese Mircea Eliade²², los mitos suelen tener origen en una realidad a la que se dota de una explicación religiosa.

Así ROUAST, recogía este impedimento dentro de las condiciones para contraer matrimonio de orden moral o social (por ejemplo el vínculo previo, y el parentesco entre otras) y señalaba que el motivo de la prohibición era que el matrimonio entre parientes constituiría una violación de la ley natural profundamente grabada en la conciencia humana sobre todo tratándose de parientes en línea recta, recordando que la tradición greco-romana, como ponía de manifiesto el drama de Edipo, era ya claramente favorable a tal impedimento. También destaca que el derecho canónico llegó a prohibir el matrimonio hasta el séptimo grado canónico hasta el Concilio de Letrán, en que se estableció la limitación al cuarto grado canónico, que sería el octavo grado en línea colateral. Resumía los motivos de la prohibición en dos razones: fisiológica, ya que los hijos habidos entre parientes próximos fallecen pronto o tienen graves taras fisiológicas como sordera, epilepsia o locura, advirtiendo que muchos médicos desaconsejan las uniones entre primos hermanos pese a que el Code las permitía.

Los estudios en esta materia obviamente chocan con una difícil contrastación científica, si bien en España es paradigmático el caso de las casas reales, Habsburgo y Borbón, ya que, como ha advertido algún estudioso sobre el tema, los Austrias españoles son un laboratorio humano para evaluar los problemas que puede plantear, desde este punto de vista, la endogamia²³. No debe olvidarse que el matrimonio, históricamente, se liga de una manera directa a una finalidad reproductiva, finalidad que, dicho sea de paso, si ha desaparecido desde el punto de vista legislativo en la actualidad, hace que ese fundamento «fisiológico» del impedimento de parentesco pierda su sentido, ya que nótese que las razones que esgrime en favor de tal impedimento PLANIOL, no lo son tanto para el matrimonio en sí, sino para la reproducción entre parientes.

La otra razón a que hacían referencia era la moral, ya que entienden que la perspectiva de que personas que viven bajo un mismo techo puedan pensar en contraer matrimonio entre sí

²² *El mito del eterno retorno. Arquetipos y repetición*. Alianza Editorial, Madrid, 1972

²³ Ver «El potencial de la interdisciplinariedad. El caso de la endogamia y los Austrias españoles» CASANOVA CHICLANA, A. puede consultarse en <https://www.despertaferro-ediciones.com/2020/endogamia-austrias-espanoles-habsburgo/> Donde destaca que, debido a la política matrimonial de los Austrias «los niveles de consanguinidad alcanzaron, sus mayores valores con Carlos II «el Hechizado con un 25,4%, equivalente al que obtendría la descendencia de una unión entre hermanos carnales». Como se sabe, Carlos II fue un Rey enfermo, seguramente estéril, que murió sin descendencia a los 39 años, que generó un problema dinástico, que dio lugar a la Guerra de Sucesión a un cambio de dinastía y a una serie de consecuencias que perviven en la actualidad.

puede ser generador de graves desórdenes²⁴, si bien no aclara la razón de tales desórdenes, sentado que la convivencia tras el matrimonio entre personas que nunca han vivido juntas antes, tampoco es precisamente pacífica en muchos casos.

Es la del parentesco, en relación con el *ius connubii*, una cuestión que se mantiene en gran medida en los términos tradicionales, pese a que el matrimonio como institución ha perdido buena parte de ese fundamento tradicional: no es indisoluble, no tiene necesariamente una finalidad reproductiva, ni necesariamente un fundamento sexual (no existe el débito conyugal²⁵, ni la impotencia o la esterilidad son impedimentos para contraerlo²⁶), y no es heterosexual. Sin embargo, el impedimento de parentesco, al igual que el de crimen, subsisten de manera casi multiseccular²⁷.

Cabría repensar si estos impedimentos están hoy suficientemente justificados o hasta qué punto lo están o por qué el tercer grado constituye un impedimento²⁸, pero se puede dispensar, algo que resulta más bien arcaico: lo razonable sería admitirlo en todo caso o no

²⁴ En PLANIOL/RIPERT, *Traité pratique de Droit Français. T.II La Famille. Mariage, divorce, filiation*. 2ª ed. Paris, 1952, p. 100 y ss.

²⁵ Así se contempla expresamente la agresión sexual dentro del matrimonio: Artículo 180.

1. Las anteriores conductas serán castigadas, respectivamente, con las penas de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1, de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178.3, de prisión de siete a quince años para las agresiones del artículo 179.1 y de prisión de doce a quince años para las del artículo 179.2, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

[...]

4.ª Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Por su parte una reciente STS, Sentencia núm. 254/2019 de 21 mayo. RJ 2019\1954, Sal 2ª, al margen del nada desdeñable aspecto de la evidente agresión sexual que se produjo, tal y como la sentencia relata como hechos probados, destaca que «la inexistencia del débito conyugal en el matrimonio o en la relación de pareja es destacado por la doctrina, recordando que se ha afirmado que los arts. 32 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) y 66 a 68 del Código Civil (LEG 1889, 27) indican que en la actualidad semejante derecho no está regulado como tal en nuestro sistema jurídico. Por lo tanto, el matrimonio no supone, al menos hoy teóricamente, sumisión de un cónyuge al otro, ni mucho menos enajenación de voluntades ni correlativa adquisición de un derecho ejecutivo cuando se plantee un eventual incumplimiento de las obligaciones matrimoniales»

²⁶ El antiguo artículo 83 establecía la incapacidad física como una de las incapacidades para contraer matrimonio a los que adoleciesen de impotencia física absoluta o relativa para la procreación con anterioridad a la celebración del matrimonio de una manera patente, perpetua e incurable. En el matrimonio canónico la procreación es finalidad principal del matrimonio y en el civil lo era hasta 1981.

²⁷ GANDÍA BARBER, JUAN DAMIÁN, IGNACIO PÉREZ DE HEREDIA Y VALLE, «El impedimento de consanguinidad : historia y fundamentación». *Laborum, Pontificia Universitas Lateranensis* 2007

²⁸ En el código canónico el canon 1091 que es el primero de los que regulan el impedimento de parentesco, establece que existe hasta el 4º grado en línea colateral. Es más, incluso la mera duda acerca de la existencia de un parentesco en 2º grado colateral constituye un impedimento. No obstante, sensu contrario de lo que establece el canon 1078 en su párrafo 3, se puede obtener la dispensa del impedimento de tercer y cuarto grado de línea colateral.

admitirlo en ninguno²⁹. El que no se admita, pero se pueda dispensar, a mí me parece que carece totalmente de sentido hoy en día³⁰ y dada la carga de trabajo que padecen los juzgados actualmente, que tenga un Juez que ocuparse de una fruslería como esta, me parece un anacronismo.

Lo cierto es que los mismos términos - «impedimento» y «dispensa» - que se mantienen legislativamente (así se rubrica el Capítulo I del título III de la LJV de 2015) son conceptos tomados del Derecho canónico. Incluso la dispensa, hasta ese año 2015, al estilo de lo que establecía el Código canónico, donde, en general, los impedimentos podía dispensarlos el Ordinario del lugar, pero para dispensar el de crimen (Canon 1078) era preciso acudir a la Sede Apostólica, el civil determinaba que unos los podía dispensar el Juez de primera instancia, pero que la dispensa del de muerte dolosa del cónyuge anterior se reservaba al Ministerio de Justicia. En 2015 subsisten dos de los impedimentos, el de crimen y el de parentesco del que ahora me ocupo, y la dispensa de ambos corresponde al Juez de primera instancia del domicilio o residencia de cualquiera de los contrayentes.

El contenido del proceso de dispensa ante el Juez de primera instancia de los artículos 81 a 84 de la LJV constituye, al menos para el que esto escribe, un verdadero misterio, porque ignoro qué tipo de averiguaciones puede realizar sobre el/la tío/tía y el/la sobrino/sobrino, el Juez, sin atentar contra el honor y la intimidad de estas personas, además de establecerse una limitación a su derecho a contraer matrimonio que, por más que se mantenga la arcaica necesidad de dispensa, está claro que lo tienen potencialmente, puesto que tal dispensa existe³¹.

²⁹ Así, por ejemplo, el artículo 234-2 del CCCat determina, dentro de los requisitos personales para constituir una pareja estable, el impedimento de los colaterales en segundo grado, pero no menciona el tercer grado. En el Código civil, en su redacción originaria, al igual que lo sigue haciendo el Código Canónico, extendía hasta el 4º grado el impedimento (canon 1091§2), por tanto no siguió el CC al Code, que sí permitía el matrimonio entre primos hermanos, si bien curiosamente se planteó la prohibición entre tios-abuelos y sobrinos nietos, así RAOUST, en PLANIOL/RIPERT, destaca que aunque no hay pronunciamiento expreso al respecto en el Code, pero que se planteó que al mencionar a abuelos y nietos, la prohibición debía comprender también este caso, dentro de la del artículo 163 del Code. Una resolución del Conseil d'Etat de 23 de abril de 1808 se pronunció en contra, pero se opuso el propio Napoleón a tal parecer y el 7 de mayo de 1808 publicó una decisión prohibiendo tales matrimonios, ob. Cit. p. 104 y 105. Fue la reforma de julio de 1981 la que limitó al tercer grado colateral el impedimento.

³⁰ Un caso célebre de matrimonio entre tío y sobrina fue el de Porfirio Díaz, presidente de México durante la última parte del siglo XIX y primera del XX.

³¹ Se me dirá que, por la misma regla, también lo tienen los afectos por el impedimento de crimen, sin embargo yo no lo entiendo así: a quien ha sido condenado por sentencia firme por muerte dolosa de su cónyuge anterior se le priva expresamente de su *ius connubii*, mediante un acto de autoridad, fundamentado en una conducta reprobable y reprobada, una ulterior valoración de circunstancias concretas, superior interés de hijos menores, tiempo transcurrido, arrepentimiento constatado, etc, pueden hacer que un nuevo acto de autoridad conceda y reponga el derecho a contraer matrimonio, digamos que lo que se valora es hasta qué punto dadas las circunstancias, es posible, por causas justificadas levantar tal reprobación. No obstante, alguna autora, como es

Así el artículo 81 de la LJV³² indica que la solicitud expresará «los motivos de índole particular, familiar o social en la que se basa, y a la que se acompañarán los documentos y antecedentes necesarios que acrediten la concurrencia de la justa causa exigida por el Código Civil para que proceda la dispensa y, en su caso, la proposición de prueba, cuya práctica se acordará por el Juez». Ignoro qué es lo que se puede considerar *justa causa* y qué no lo es para contraer matrimonio y más allá de la posible existencia de un propósito de fraude de ley, aquí se está dejando la cuestión a la mera discrecionalidad del Juez³³.

Nuevamente la materia esta transida de reminiscencias del pasado, y en muchas ocasiones se ha invocado como criterio orientativo de posibles causas para otorgar la dispensa el artículo 47.3 del Reglamento del Registro civil de 1870³⁴, por más que resulten anacrónicas en buena medida, y que recogía las siguientes:

3.º Se considerarán como circunstancias favorables para conceder la dispensa:

La de convenir á los hijos de anteriores matrimonios, por la fundada esperanza de hallar en el cónyuge que pretenda entrar en la familia la protección ó el cuidado de que se vieren privados por el fallecimiento de su padre ó de su madre.

La de proporcionarse por consecuencia del matrimonio medios de subsistencia para los solicitantes, para alguno de ellos, ó para sus padres necesitados ó enfermos.

La de facilitarse arreglos de familia, que pongan término a cuestiones ó pleitos, ó produzcan otras ventajas análogas.

La de evitarse escándalo, por haber mediado largas y estrechas relaciones entre los solicitantes, con existencia de prole ó embarazo. La de haber gran dificultad de matrimonios, por escasez de población, ó por otras causas generales ó especiales de cada caso. La razón de Estado, si el matrimonio fuere entre Príncipes, de alguno de ellos.

Las demás causas que conforme á un recto criterio se estimen como de interés público ó particular de las familias de los solicitantes.

Como he indicado en nota al pie, es posible medir a posteriori hasta qué punto subsiste la reprobación del individuo en el impedimento de crimen y eso es lo que genera que se pueda tratar de manera diversa situaciones diferentes, sin embargo no veo identidad de razón en el caso del impedimento de parentesco en línea colateral de tercer grado, porque más allá de

el caso de LINACERO entiende que «dicho impedimento de muerte dolosa no debería ser dispensable y debería haberse suprimido dicha dispensa con ocasión de la reforma LJV 2015», *Tratado de Derecho de familia*, p. 101. El caso del parentesco colateral en tercer grado no parte de un hecho voluntario, ni reprobable, sino de una situación dada no imputable a los individuos, y su dispensabilidad o no, no se sabe muy bien de qué depende, como intento explicar en las siguientes líneas.

³² Es llamativo el 81.2 2. Deberá promover este expediente el contrayente en quien concurra el impedimento para el matrimonio, que naturalmente solo puede estar referido a una de las dispensas, la de muerte dolosa, pero no a la de parentesco, porque este, el parentesco, concurre como es lógico, en ambos no en uno solo

³³ Así lo entiende LASARTE, *Principios de Derecho civil V*, p. 41. La justa causa en la dispensa es una reminiscencia de otro aspecto anacrónico y abolido, que era la de la dispensa del impedimento de edad, donde se consideraba como justa causa el embarazo de la novia.

³⁴ Así CASTÁN VÁZQUEZ, en *Derecho civil español común y foral*. CASTÁN TOBEÑAS, ed. 1983, página 220, que señala su posible interés como criterios orientadores para la concesión de la dispensa.

las justificaciones, un tanto trasnochadas, antedichas, no parece muy consistente que a unos tíos/sobrinos se les permita contraer matrimonio y a otros no, sin incurrir en una flagrante discriminación (y un evidente agravio comparativo respaldado judicialmente).

Por añadidura se exige un requisito que no cabe calificar sino de pintoresco: el árbol genealógico de los contrayentes³⁵ (a los que, dicho de paso, desconozco por qué los denomina así, si aún es posible que no se les permita contraer matrimonio) y además determina el precepto que se debe expresar con claridad. Insisto: en la actualidad resulta difícilmente comprensible qué puede importarle al legislador las veleidades matrimoniales de tíos, tías, sobrinos y sobrinas y mucho menos a un Juez.

Este proceso, por la vía de comparación que aborda este trabajo, amerita contrastarse con los dos de jurisdicción voluntaria acogidos en los varios artículos 26 (desde el *bis* hasta el *nonies*) de la LJV introducidos en esta por la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI de 28 de febrero de 2023, procesos que exigen la intervención judicial: para el caso en que se quiera rectificar el sexo de un menor de entre 12 y 14 años y para cuando se quiera rectificar la tercera rectificación del sexo en el registro, de acuerdo con lo que establece su artículo 47. De acuerdo con este precepto, se puede rectificar la rectificación sin otro procedimiento que el del artículo 44, ante el encargado del Registro, no obstante, si se pretende, rectificar nuevamente ésta última modificación habrá que acudir al procedimiento al que ahora hago referencia³⁶.

Lamento que en un artículo doctrinal como este deba reseñar más dudas que certidumbres, pero, al igual que ocurre con el que acabo de mencionar – el procedimiento de dispensa - lo cierto es que desconozco qué es lo que debe o puede comprobar el juez en estos casos, cuando el artículo 44.3 de la propia Ley 4/2023 proscribiera precisamente que se realice cualquier comprobación al establecer que «el ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo en ningún caso podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole, o sea que incluso a diferencia del caso del matrimonio, no se exige «justa causa» - sea esta lo que sea - porque para el cambio de sexo, cualquier causa es susceptible de considerarse justa, en tanto nadie tiene derecho a comprobarla, ni es preciso manifestarla dado que el régimen en todo caso es de autodeterminación identitaria.

³⁵ Este requisito de la genealogía se exige en los cambios de apellidos para justificar la procedencia de un cambio de estos, en el artículo 216 del RRC, a tal efecto tal exigencia sí tiene un sentido que entiendo que no existe en este caso.

³⁶ Vid PINEDA MARCOS, Matilde. La nueva configuración del sistema matrimonial español. A Coruña: Colex, 2024.

Volviendo a las imposibilidades para contraer matrimonio, se mantiene la ausencia de impedimento en el caso de hermanos adoptados (por ejemplo, entre un hijo que lo sea por adopción y otro que lo sea biológico de los adoptantes) ya que, como se sabe, el artículo 47.2 CC al mencionar solo a los colaterales consanguíneos, a diferencia del número anterior que establece el impedimento en línea recta, tanto por consanguinidad como por adopción, reconoce la posibilidad de matrimonio entre ellos, mientras que subsiste el impedimento aun cuando sean adoptados por otra familia, porque a estos efectos no se sale de la familia de origen como *expressi verbis* declara el artículo 178.3 CC y la consanguinidad no puede deshacerse a estos efectos. Yo no sé si todo esto está suficientemente justificado, pero, como digo se trata de aspectos que permanecen inalterables de forma inveterada³⁷. Lo cierto es que

³⁷ La norma no hace distinción entre los hermanos de doble vínculo o de vínculo sencillo. Como es sabido existe la equivocada y equívoca costumbre popular en España de denominar hermanastros a los hermanos solo de padre o solo de madre, que no son hermanastros sino hermanos, costumbre asimilada por la propia RAE de forma un tanto contradictoria ya que en la entrada hermanastros, aunque la primera definición es la de «Hijo del padrastro o de la madrastra de una persona», en la segunda remite a «medio hermano», no obstante al definir hermano dice lo siguiente «Persona o animal que tiene en común con otra u otro el mismo padre y la misma madre, o solo uno de ellos» y en la entrada medio hermano «Persona que tiene en común con otra solo uno de los padres» pero no añade a tal definición «hermanastro». Incluso en algún texto académico: así leemos en LASARTE que «esta expresión de medio hermanos unos por parte de padre y otros por la de la madre, evidentemente está referida al supuesto de existencia de los que, en términos coloquiales, se denominan hermanastros» y añade «en adelante pues por concisión gramatical y persiguiendo mayor claridad expositiva, hablaremos directamente de hermanos y de hermanastros pues ni siquiera en el lenguaje culto o literario se utiliza usualmente la expresión legal de medio hermano» *Principios de Derecho civil VI Derecho de sucesiones*, p. 243 No es mi propósito frivolar sobre este tema, pero desde la más tierna infancia todo el mundo conoce lo que son las hermanastras por el cuento de «La Cenicienta» y estas no son hijas del padre de Cenicienta, o sea, no son medio hermanas. Pero prescindiendo de las anteriores consideraciones quería aquí llamar la atención sobre la legislación sueca. Naturalmente entre hermanastros (los *verdaderos*) en nuestro ordenamiento no existe impedimento: los hermanastros no tienen parentesco alguno entre ellos, seguramente ni por afinidad y aunque así fuera desde la reforma del CC de 1981 no existe impedimento alguno entre parientes afines. Anteriormente sí existía – artículo 84 CC en su redacción originaria – aunque creo que de manera no muy justificada, ya que en la mayor parte de los casos el impedimento partía de un presupuesto más que dudoso: los cuñados son afines en tanto subsiste el matrimonio que ha generado la afinidad, cuando se disuelve - entonces solo la muerte disolvía el vínculo – tal afinidad no parece que pueda considerarse que subsista, o sea que el cuñado/cuñada dejaría de serlo, y mientras lo sea, porque el matrimonio subsiste, el impedimento sería de vínculo previo, no de parentesco. Lo mismo cabría decir de la afinidad en línea recta, por ejemplo, no podrían contraer matrimonio el viudo con una hija de su mujer fallecida (no adoptada por él), lo que entiendo que también carece de justificación, ya que la afinidad no sé hasta qué punto subsiste una vez fallece la madre o en el momento en que existe la disolución del matrimonio mediante el divorcio, una vez que tal divorcio se produce: ¿cabe razonablemente decir que cuando una persona se divorcia conserva su condición de padrastro o madrastra de los hijos de su anterior consorte? O dicho de otro modo ¿Que pese al divorcio, estos conservan su condición de hijastros? A mí me parece que no. Posiblemente tales consideraciones, animaron al legislador para suprimir el impedimento de parentesco por afinidad en 1981. Ver LINACERO, p. 99 LASARTE *Principios de Derecho civil V Derecho de familia*, p. 40 y CASTÁN, T. V, vol. 1, p. 217.

En el caso de los hermanastros como he dicho considerarse existe una especie de parentesco por afinidad, aunque más que dudosamente, ya que se define éste como el que existe entre cada uno de los cónyuges y los consanguíneos del otro, estimar la afinidad aquí implica extenderla a los consanguíneos de cada cónyuge con respecto a la familia consanguínea del otro, lo que no es propiamente afinidad.

las probabilidades de que todo esto ocurra en la práctica parecen escasas, si bien no debe olvidarse que, por más que tampoco parece probable que exista una relevancia estadística (en particular en el caso de España donde el artículo 5.7 de la LRHA establece en 6 el número máximo de hijos procedentes de gametos de una misma persona)³⁸, lo cierto es que el anonimato de los donantes en la reproducción asistida puede generar un sinnúmero de hermanos biológicos que ignoran tal condición y que inadvertidamente pueden incurrir en la causa de nulidad matrimonial.

La norma regula una serie de posibilidades que resumidamente son las siguientes: inseminación artificial homóloga, inseminación artificial heteróloga, o fecundación in vitro de un preembrión que después se implanta y que puede tener el mismo carácter homólogo o heterólogo, o sea, en lo que aquí interesa, cabe la posibilidad de que tanto el ovocito utilizado, como el semen para generar un preembrión implantable, procedan ambos de donantes y no de ninguno de los miembros de la pareja o matrimonio.

En caso de utilizarse dos veces esta técnica puede usarse un embrión de origen distinto o no, esto plantea dos problemas fundamentalmente. En primer lugar, nuevamente nos encontramos ante un caso en que, a efectos del impedimento, tenemos dos hermanos que lo son a todos los efectos legales, pero en realidad no lo son genéticamente, de modo que al igual que se exige consanguinidad para que exista el impedimento y por eso mismo no existe entre adoptados, no otra cosa cabría concluir aquí.

La curiosidad de la norma sueca, afortunadamente se puede consultar en versión inglesa tanto las normas como textos explicativos de éstas, como es el caso de la Family Law, Information on the rules, en <https://www.government.se/contentassets/1e0263a0318e47b4b8515b535925941b/family-law.pdf>, concretamente en el apartado 2.1 relativo a los impedimentos del matrimonio, aclara que los hermanos o hermanas de doble vínculo (full blood) no pueden en ningún caso contraer matrimonio, sin embargo «the county administrative board may grant permission to half brothers and sisters to marry each other» es decir, que se admite la dispensa del impedimento para el caso de hermanos de vínculo sencillo o medio hermanos.

³⁸ Recientemente se ha generado una abundante literatura periodística relatando casos de donantes consuetudinarios cuyo material genético ha sido utilizado en multitud de ocasiones, dando lugar a numerosísimas proles, lo que ha podido saberse debido al levantamiento del anonimato de los donantes en muchos ordenamientos, así por ejemplo el caso del donante del que se dice proceden 1000 hijos de su esperma, <https://www.elmundo.es/loc/famosos/2024/07/12/66912c6a21efa0b37b8b45a5.html>. La utilización un número indefinido de veces no siempre es legal, por ejemplo, en el caso de Holanda se permite hasta en 25 ocasiones, pero lo cierto es que tal prohibición se pasa por alto en no pocas ocasiones. También ha sido célebre el caso del médico holandés que utilizaba su propio esperma para las inseminaciones de las mujeres que acudían a su clínica de fertilidad ver <https://www.elmundo.es/cronica/2017/06/05/5933feb0268e3e676c8b4571.html>. En los Estados Unidos es más común el fenómeno del donante prolífico, precisamente porque en muchos estados no se trata de una donación, sino que se remunera cada aportación de semen, ha sido también conocido el caso de un donante que se ha dedicado a conocer a los hijos habidos con su material genético <https://www.abc.es/xlsemanal/a-fondo/hombre-cincuenta-hijos-donante-semen-sperminator-esperma-peter-ellenstein.html>

Ahora bien, si el material de donantes anónimos utilizados es de los mismos, en tal caso sí habría tal sustrato biológico-genético y esta circunstancia debería ser conocida por los usuarios de estas técnicas. Es más, como quiera que el citado apartado 7 del artículo 5 de la LRHA permite hasta seis hijos generados con gametos de un mismo donante, nos vamos inevitablemente a ver ante la tesitura de la existencia de hermanos biológicos que no solamente ignoran tal condición, sino que ni siquiera lo serían legalmente.

Como es sabido la ley establece la regla del anonimato del donante³⁹, en el apartado 4 del mismo artículo, anonimato que solo cabe sea levantado «excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes» anteriormente se establece que «los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes *que no incluya su identidad*. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones» es decir, que no hay medio de averiguar cuando dos personas son en realidad hermanos consanguíneos, el artículo 6.5 insiste en lo relativo al anonimato del donante. Como se ve, las cuestiones aquí tratadas no pueden incardinarse en las excepciones del artículo 5.4, que se refieren a la evitación de un peligro para la vida o a leyes procesales penales.

Esto sin contar con qué categoría de hermanos constituye, a efectos del impedimento, el caso de los nacidos como consecuencia de una gestación subrogada con material genético de distinto origen pero una misma gestante (entre ellos hay comunidad relativa al parto, pero no existe consanguinidad propiamente dicha, o por utilizar la terminología actualizada, no existe comunidad de alelos de ADN, o sea, no se trata de hermanos desde el punto de vista genético) o qué clase de hermanos son 2 nacidos mediante el método ROPA (recepción del ovocito de la pareja), cuando cada una de las cónyuges es implantada con el ovocito de la otra y se

³⁹ Ver, entre otros sobre estas cuestiones: ALKORTA IDIAKEZ, I. y FARNÓS AMORÓS, E.: «Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio», Oñati Socio-legal Series, vol. 7, n.º 1, 2017, p. 168. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La filiación inducida y las clasificaciones legales», La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones, Trivium, Vitoria-Gasteiz, 1988, p. 122; CÁMARA ÁGUILA, M.ª P.: «Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. Comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999, 116)», Revista Derecho Privado y Constitución, n.º 13, enero-diciembre 1999, p. 24. ; CARBAJO GONZÁLEZ, J.: «El principio de verdad biológica y las relaciones de filiación derivadas de la inseminación artificial y la fecundación in vitro: el anonimato del dador», en VV.AA ., La filiación a finales del S. XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Madrid, 1988, p. 404. Vd también Comité de Bioética de España («Informe sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos», 2020, en <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20del%20CBE%20sobre%20el%20derecho%20de%20los%20hijos%20nacidos%20de%20las%20TRHA.pdf>

emplean gametos masculinos procedentes de distintos donantes, porque tales hermanos lo son legalmente, pero desde luego no existe entre ellos consanguinidad, como en el caso anterior, no son genéticamente hermanos ¿estarían afectos por la prohibición de contraer matrimonio entre colaterales en segundo grado?

Aún cabría plantearse si las tradicionales razones para el impedimento de parentesco en segundo o en tercer grado se sustentan para el caso de matrimonios entre personas del mismo sexo, dado que, como queda dicho, los motivos para impedir el matrimonio entre determinados parientes se fundamentaban, principalmente, en las negativas consecuencias sobre una finalidad reproductiva que el matrimonio ya no tiene necesariamente, desde el punto de vista legal. Sin embargo, en el caso de las parejas del mismo sexo está claro que tal finalidad ni siquiera puede existir, al menos por la vía de las prácticas sexuales. Otra cosa será la utilización de técnicas de reproducción asistida, pero en tal caso faltaría el fundamento fisiológico del impedimento al que se ha hecho referencia anteriormente, así que ¿por qué habría de impedirse el matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque sean parientes en la línea o grado que sea, si no es haciéndose el legislador garante de prejuicios atávicos, de los que es perfectamente capaz de sustraerse en otras materias? Piénsese, por ejemplo, en la determinación de una segunda filiación materna.

No parece, empero, que haya una previsión legislativa acerca de qué tratamiento habría que darse a las situaciones antedichas, como la filiación procedente de una gestación subrogada, es decir, si los hermanos procedentes de dos gestaciones subrogadas con material genético de distinto origen (presupuesto que, dada la exigencia de anonimato del donante, es probable que no haya forma de saberlo a ciencia cierta sin una prueba de ADN) son hermanos consanguíneos - a los efectos del impedimento del segundo grado en línea colateral - o no lo son, es decir, si se les aplica la regla de los consanguíneos o la de los adoptados. O qué ocurriría en el caso de los hijos habidos de dos gestaciones subrogadas donde la gestante es la misma, siempre que se utilice material genético de distinto origen (por ejemplo una pareja de personas del mismo sexo utilizan la misma gestante, pero para un embarazo usan material genético del uno, y para el segundo del otro) o en el caso de parejas de distinto sexo, donde también se utiliza material genético de diverso origen; o en los casos en que una pareja de mujeres utilice el método ROPA, gestando cada una el ovocito de la otra ¿serían los dos nacidos hermanos a los efectos que aquí se tratan y a todos los demás?.

Obsérvese que la misma *ratio essendi* para permitir el matrimonio entre personas que son hermanas como consecuencia de una adopción - ya porque los adoptados tienen distinto origen familiar, ya porque se trata de un hijo biológico y el otro adoptado⁴⁰ - se daría en el

⁴⁰ Hay quien, como LASARTE, entiende que a pesar del tenor literal del artículo 47.2 dada la absoluta asimilación existente en nuestro ordenamiento entre el parentesco consanguíneo y el adoptivo, «el mismo grado de

caso a que acabo de hacer referencia, porque aun admitiendo que, bajo las circunstancias que sea, se pueda inscribir la filiación a nombre de ambos miembros de la pareja, casada o no, lo cierto es que el sustrato biológico (abstracción hecha de la gestante común) la comunidad de sangre o lo que hoy se sustancia en la comunidad de alelos en el ADN, faltaría en este caso, se trataría, como en el de los adoptados, de hermanos que lo son legalmente, pero no biológicamente o, en todo caso, podrían considerarse hermanos biológicamente (con arreglo a la concepción biológica que se recoge en el Derecho civil y en concreto en el CC, basada en el hecho del parto) pero no serían hermanos genéticamente.

Lo mismo ocurriría cuando la filiación no se pudiese inscribir a nombre de los que encargan la gestación, en tal caso la madre sería a todos los efectos la gestante (la filiación materna la determina el parto) pero esto no cambiaría el hecho fundamental: ambos serían hermanos de madre, pero no lo serían desde el punto de vista genético o biológico, o mejor dicho, serían biológicamente hermanos, pero no desde el punto de vista genético, o sea, que faltaría la razón fundamental para impedir el matrimonio, cual es la característica de lo que tradicionalmente se ha denominado consanguinidad, pero que en realidad es la comunidad de alelos del ADN.

Una vez más en el problema de la gestación por sustitución la legislación española vive, en gran medida, de espaldas a la realidad, como se ha demostrado en la reciente polémica generada por la utilización de esta técnica por una conocida actriz y personaje de la prensa «del corazón». El debate político no contribuye a resolver este problema y no falta quien, queriendo «satanizar» a quienes utilizan esta vía para tener un hijo, ignoran o se olvidan del superior interés del menor a tener una filiación determinada, una vez ya se ha utilizado tal técnica en algún lugar donde sí que se permite⁴¹. Por añadidura en este caso la persona que ha utilizado este mecanismo, supuestamente, ha empleado material genético de su propio hijo, fallecido anteriormente⁴², con lo que, determinada la filiación conforme a la legislación extranjera, si resulta de aplicación, su propio hijo, biológicamente, genéticamente, sería también su nieto. Cabe resaltar que se trata de otra cuestión donde las incongruencias, en cuanto a la política legislativa a seguir, son más que evidentes, baste pensar que sectores que

prohibición del parentesco colateral debe entenderse aplicable al parentesco adoptivo», p. 39. Por más que resulte razonable la asimilación a todos los efectos, y que tal sea el propósito de la regulación de la adopción en el código, lo cierto es que como el mismo autor reconoce, el 47.2 CC es bastante claro en este punto.

⁴¹ De ahí la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE» núm. 243, de 7 de octubre de 2010)

⁴² Más del límite de los 12 meses que establece el artículo 9.2 de la Ley española, aunque para el supuesto del marido premuerto que consintió que se pueda utilizar su material genético para inseminar a su propia mujer, lo que no es precisamente este caso.

hasta hace muy poco la defendían a ultranza, ahora la denostan sin fisuras considerando que en todo caso constituye una forma de explotación de la mujer gestante⁴³.

En realidad lo que dice la Ley de reproducción humana asistida en su artículo 10, es que «será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero» o sea, no que la práctica sea ilegal o prohibida - no desconozco que este punto es objeto de cierta polémica doctrinal - sino que tal contrato no producirá efecto, y por tanto, como aclara el párrafo 2 «a filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto»⁴⁴, es decir, que la determinación de la filiación materna se producirá mediante la aplicación de la regla general y multisecular, y tampoco exacta hoy en día puesto que cada vez es más frecuente la utilización entre parejas femeninas, del denominado método ROPA (recepción del óvulo de la pareja) . En este caso no existe el anonimato de la donante, ya que es la otra integrante de la pareja o del matrimonio, la que dona el óvulo para que una vez realizada una FIV (fecundación in vitro) mediante la utilización de semen de donante anónimo, la gestación del embrión la lleve a cabo la otra mujer. Por tanto, una es la que aporta el material genético y la otra la gestante. Sin perjuicio de que en estos casos nuevamente se plantean problemas en relación con el parentesco y la filiación, de aplicarse la general regla de que la filiación materna viene determinada por el parto, la madre genética, no lo sería sino

⁴³ Ver DOMINGO, C., *Derecho a decidir. El mercado y el cuerpo de la mujer*, Akal, Madrid, 2020.

⁴⁴ Efectivamente existen opiniones encontradas al respecto entra la doctrina, así, por ejemplo, VAQUERO PINTO, MJ, en «¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?» Cap V de Retos actuales de la filiación. APDC, Tecnos Madrid, 2018, p. 229 y ss, asevera que la gestación por sustitución es una práctica prohibida, entiende, además, que la prohibición tiene su origen en el Informe de la Comisión especial de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas aprobado en 1986, entre cuyas recomendaciones se encontraba la de prohibir la gestación por sustitución en cualquier circunstancia y la de imponer sanciones a quienes participen o propicien o realicen tales prácticas. También lo fundamenta en la afectación de principios básicos del ordenamiento jurídico, como la dignidad de la persona que impide comerciar con el cuerpo humano y la indisponibilidad del estado civil, apela también a la ilicitud de la causa e incluso a las clásicas moral y buenas costumbres. Así mismo hace referencia a la eventual suposición de parto constitutiva de delito, y al caso de la operación princesita que en 2016 fua causa de condena a una pareja de hombres y una madre gestante. Otros autores como FARNOS AMORÓS «¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España? en De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico» Barcelona, 2016 o HEREDIA CERVANTES, «La inscripción de las relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados», en BENAVENTE MOREDA, P. FARNÓS AMORÓS, Esther (Coord.), Treinta años de reproducción asistida en España. Una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual. Monográfico Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2179, Madrid, 2015, p. 96, no lo entienden así. Por mi parte, no creo que el informe de 1986 tenga mucho que ver con el estado actual de las cosas, ni que se presuma una comercialización donde puede que exista o no, ni que tal comercialización sea, ya lo he dicho, contraria a la moral ni a las buenas costumbres, ni un contrato con causa ilícita, sino por la vía de la presunción de que la fuerza de las circunstancias obligue a una persona a realizar esto o una fuerza externa, una presunción que puede o no obedecer a la realidad. Por lo referido a la cuestión terminológica ver LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, UBA, Barcelona, 2014 A mí me parece preferible gestación subrogada, pero lo esencial es que lo que se sustituye o subroga, es la gestación, no la maternidad.

porque así lo establece la LRHA en su artículo 7.3⁴⁵. En lo que en este apartado importa, puede darse la circunstancia de que, habiendo sido madre previamente la gestante su hijo anterior y el ahora concebido mediante esta técnica, serían hermanos legalmente, pero no biológicamente, puesto que tienen orígenes genéticos distintos, así en tales casos, ¿regiría el impedimento o no?

Para terminar, la exigencia del anonimato de los donantes, por más que se establezcan limitaciones, no evita que, si en los anteriores supuestos hablaríamos de hermanos consanguíneos en virtud de una previsión legal, una *fictio iuris* de consanguinidad, porque en realidad no lo son, tal anonimato producirá inevitablemente que muchas personas que sí son consanguíneas genéticamente, no lo sean legalmente y por tanto en ellos no rija el impedimento cuyo fundamento es precisamente, aparte de cultural, biológico.

A". El impedimento de «crimen»

En cuanto al llamado impedimento de crimen se ha *modernizado* incluyendo el crimen no solo contra el cónyuge sino también contra la persona con que conviva en análoga relación de afectividad.

El origen de este impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior, aparte de la reprobación social de una conducta, se basaba en el carácter indisoluble del matrimonio. Esto quiere decir que su mantenimiento después de 1981 se debía al seguía existiendo esa reprobación, pero su otro sentido se perdió, puesto que (permítaseme expresarlo crudamente) ya no *hacía falta* matar al anterior cónyuge para poder contraer nuevo matrimonio, toda vez que mediante el, normalmente menos cruento, procedimiento del divorcio se puede conseguir el mismo resultado disolutivo. De hecho, el impedimento, tenía un origen canónico que establecía la muerte como única causa de disolución del matrimonio y como tal se contemplaba los cánones 1042 y 1075 del Código canónico de 1917 o 1090, en términos más claros el de 1983. Obviamente era el primero el que regía en la materia para los católicos, y para los que no lo fueran se recogía como impedimento a efectos del matrimonio civil en el artículo 84. 8º de la redacción originaria del CC según el cual no podían contraer matrimonio *entre sí* los que hubiesen sido condenados como autores, o como autor y cómplice, de la muerte del cónyuge de cualquiera de ellos.

La inclusión de las parejas de hecho a mi modo de ver tiene todavía menos sentido, porque tener una pareja de hecho no es impedimento para contraer matrimonio, aunque el estar casado sí lo es para constituir una pareja estable en Cataluña, como así lo establece el meritado artículo 234-2 del CCCat en su apartado c).

⁴⁵ Y nótese además que a partir de la Ley trans de 2023 y la reforma del artículo 44 de la LRC que introduce, no es necesario que la progenitora no gestante sea la cónyuge de la gestante, sino meramente la pareja de hecho, sin que sea preciso acreditar tal condición de ninguna manera con arreglo a la norma.

El procedimiento de dispensa es el indicado de los artículos 81 a 84 de la LJV y nuevamente la justa causa para su dispensa es más que cuestionable. A mi modo de ver este impedimento en tanto se mantiene como forma de reprobación, y máxime si se trata de un supuesto de violencia de género encuadrable en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género no debería ser dispensable⁴⁶. Antes la dispensa correspondía al Ministerio de Justicia y ahora se atribuye al Juez, pero, en cualquier caso parece que el impedimento tiene un carácter indefinido, o sea, que subsiste aún después de cumplida la condena por el delito lo cual, del mismo modo que entiendo que no debería ser dispensable mientras esta se cumple, el que se prolongue más allá de tal cumplimiento parece una restricción excesiva al derecho a contraer matrimonio: si ya se ha cumplido la pena, se supone que cualquier reprobación ulterior no se halla justificada: creo que el impedimento no debería ser dispensable, mientras dure la condena, pero que no debería prolongarse más allá de ésta.

Unas líneas más arriba he escrito en cursiva la mención de que el impedimento se produce para contraer matrimonio el conyugida con el que, de algún modo, como coautor o cómplice, coadyuvó a la muerte del cónyuge del uno o del otro, o sea que se trataba y se trata, de un impedimento relativo, es decir, que impide contraer matrimonio a quienes han participado en la muerte dolosa del cónyuge del otro, pero tal impedimento no afecta al ius connubii en general, o sea que cada uno de esos participantes en la muerte del cónyuge del otro sí puede contraer matrimonio con cualquier otra persona, cuestión ésta que debería objeto de reflexión: si una persona causa la muerte dolosamente a su cónyuge sin concurso de otra persona, nada le impide volver a contraer matrimonio con cualquiera.

A'''. El vínculo previo

Efectivamente el carácter monoándrico y monogínico del matrimonio no solamente se mantienen, sino que además el incumplimiento de este requisito no solamente constituye una causa de nulidad del matrimonio así contraído, sino que además es constitutivo de delito. A diferencia de los casos anteriores en los que las consecuencias son solo la nulidad, pero no se trata de matrimonios o uniones constitutivas de delito, con la salvedad de lo establecido en el artículo 218 CP, matrimonio en el que conecedor uno de la causa de nulidad celebra el matrimonio con la finalidad de perjudicar al otro, y del 219 que se refiere al funcionario que

⁴⁶ En tal sentido LINACERO, p. 101, No obstante, la norma anterior (la del art 48 CC modificado por la LJV) parece que dicho impedimento no debería ser dispensable y debería haberse suprimido dicha dispensa con ocasión de la reforma». También estimaban sorprendente la posibilidad de dispensa GARCÍA CANTERO, o CASTÁN VÁZQUEZ, en comentarios p. 89 el primero, y en Castán el segundo, p. 220, t. V, vol. I. Cita este último por cierto un análisis de GOYENA COPELLO en el que señala que siendo el impedimento de crimen una sanción complementaria a un delito perpetrado que le sirve como antecedente necesario, no se alcanza cual puede ser el motivo que justifique su remoción, máxime cuando la dispensa se sustrae al ámbito judicial». La nueva ley del matrimonio civil en España, La Ley, 19 abril de 1982, p. 2. Ciertamente este último aspecto se ha solucionado.

autorice un matrimonio a sabiendas de la existencia de un impedimento no dispensado. Sin embargo, por ejemplo, el matrimonio incestuoso no constituye delito alguno a diferencia de lo que ha ocurrido en épocas pretéritas, otra cosa es que en ciertos casos pueda subyacer algún delito contra la libertad sexual (artículos 178 y ss cuya reciente reforma ha generado no poca polémica) o un delito de los de coacción, concretamente el de matrimonio forzado del 172bis.

Efectivamente el Código penal en el Título XII, dentro de los denominados delitos contra las relaciones familiares, recoge en su primer capítulo los denominados matrimonios ilegales y el primero de sus artículos, el 217 Cp, castiga con la pena de prisión de seis meses a un año a quien contraiga matrimonio vigente uno anterior («segundo o ulterior matrimonio» dice el precepto tautológicamente) sin perjuicio de que, además pueda existir una falsedad documental para lograr el objetivo de contraer el ulterior matrimonio.

Este carácter monogámico o de pareja se produce también respecto de las uniones que han de ser de pareja necesariamente, salvedad hecha de las relaciones convivenciales de ayuda mutua que regula el artículo 240 del CCCat. una suerte de cajón de sastre donde caben 4 personas o más si éstas son parientes y que el 240-2 en su primer apartado define como relación convivencial de «personas mayores de edad unidas por vínculos de parentesco en línea colateral sin límite de grado y (de) las que tienen relaciones de simple amistad o compañerismo, siempre y cuando no estén unidas por un vínculo matrimonial o formen una pareja estable con otra persona con la que convivan». Las eventualidades son un tanto confusas y potencialmente ilimitadas por lo que no parece procedente adentrarse en ellas, ya que, de acuerdo con esto, si alguno de los integrantes de la unión convivencial contrae matrimonio con otro o es pareja estable con uno u otro de sus integrantes, habrá que pensar que la unión se disuelve como tal. La situación se contempla de manera parcial en el 240-5, pero insisto, adentrarme en estas cuestiones se aleja del objeto de este estudio. Este mismo texto legal destaca el hecho de que el matrimonio es impedimento para constituir una pareja o unión estable de hecho, aunque no si hay separación de hecho y que la unión estable queda extinguida de pleno derecho si uno de los convivientes contrae matrimonio con un tercero (artículos 234-2 y 234-4 CCCat).

Como se sabe algunas religiones admiten la poligamia, fundamentalmente en forma de poliginia, caso del Islam o de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (mormones), si bien es cierto que en alguno de los ordenamientos que la admiten como puede ser el caso de Marruecos, tiene una presencia social minoritaria.

Por tanto, no se trata de un aspecto que actualmente, al menos de momento, constituya objeto de debate, por más que podría serlo, por ejemplo, por parte de las personas

bisexuales⁴⁷ o de aquellas que se autocalifican de poliamorosos, si bien entre las posibles reivindicaciones de estos últimos no parece que se halle precisamente la de la pretendida estabilidad matrimonial.

A'''. La edad

Respecto a esta cuestión podemos encontrar uno de esos casos de disparidad en cuanto a las políticas legislativas según se trate de unas u otras instituciones. Efectivamente, si la tendencia es reconocer una cada vez mayor capacidad a los menores, tal idea contrasta con la evolución normativa en el caso del matrimonio⁴⁸.

Así originariamente el artículo 84 del CC establecía

No pueden contraer matrimonio: 1.º Los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce, también cumplidos. A lo que se añadía que «se tendrá, no obstante, por revalidado ipso facto, y sin necesidad de declaración expresa, el 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».

Tal diferenciación procedía del Derecho romano y se recogió tanto en las Partidas como en el Derecho canónico, pero se suprimió ulteriormente, y la reforma del CC de 1981 estableció que no podían contraer matrimonio los menores no emancipados, es decir, que se requería, bien mayor edad o bien 16 años una vez obtenida la emancipación. No obstante, se regulaba la emancipación por matrimonio, debido a que era posible obtener la dispensa a los 14 años cumplidos para ambos sexos, de acuerdo con el artículo 48 CC⁴⁹.

⁴⁷ Ver en *Transexualidad...*, el apartado correspondiente a las personas bisexuales. Escribía allí lo siguiente: «el matrimonio no es una institución que pueda colmar las expectativas de las personas bisexuales, dado que, en el orden afectivo, aunque contraigan matrimonio con alguien de su mismo o de otro sexo, esto no responderá a sus necesidades, como no sea negándose una parte de su orientación. Es decir, el matrimonio como unión estable, resulta insuficiente para un bisexual, como no sea que opte de manera definitiva por una sola orientación o decida contravenir la obligación de fidelidad que recoge el artículo 68 del CC. Otra posibilidad, por más que he indagado al respecto no he encontrado ninguna reivindicación en tal sentido, sería admitir matrimonios de más de dos personas» o sea, la poligamia.

⁴⁸ Por ejemplo, en el ordenamiento sueco, desde 2014 la edad requerida es la de 18 años sin excepción, desde 2014, al que he hecho anteriormente referencia. Un tratamiento prolijo de la cuestión de la edad y el eventual consentimiento de los padres y su necesidad o no, se puede encontrar en «El matrimonio de los hijos», DE CASTRO Y BRAVO, F. ADC, T. VII, fasc. 1, p. 34 a 60. Efectivamente hasta bien entrado el siglo XIX el impedimento de edad era variable dependiendo de si concurría o no el consentimiento de los padres, o, en su caso, abuelos o tutor, de manera que concurriendo este se podía contraer matrimonio a edad muy temprana, mientras que para contraer matrimonio sin concurrir tal consentimiento, todavía en un Decreto de 10 de abril 1803, se establecía una escala de edades de 25, 24, 23 y 22 años para los hijos y de 23, 22, 21 y 20 para las hijas, dependiendo del consentimiento que hubiese que recabar en cada caso. Vid. Lo. Cit. p. 45 y 46.

⁴⁹ En la actualidad la rebaja excesiva de la edad núbil se considera un atentado contra los derechos del niño, así como un medio de dejar la puerta abierta explotación y abuso de menores, de ahí la existencia de organizaciones

Por fin, en la actualidad, es preciso tener los 18 cumplidos o estar emancipado para poder contraer matrimonio, artículo 46.1 CC, ya que la LJV de 2015 suprimió la dispensa de edad para poder contraer matrimonio y correlativamente deroga el artículo 316 del CC que establecía la posibilidad de emancipación por matrimonio.

Esto contrasta con la cada vez menor edad requerida para otro tipo de actos no menos relevantes en la vida jurídica, como, por ejemplo, modificar el sexo en el registro civil desde los 12, o en materia de capacidad para contratar, donde la propia LJV modifica el artículo 1263 CC y si hasta 2015 se decía que no podían prestar consentimiento los menores no emancipados, a partir de la entrada en vigor de la modificación introducida por la meritada norma, se establece la bastante amplia salvedad de que los menores podrán realizar «aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales».

Por otra parte, la edad de 14 años sigue siendo la de emancipación en el Derecho de Aragón, como justifica su preámbulo «la idea central es que el menor que ha cumplido catorce años realiza por sí toda clase de actos y contratos. No tiene representante legal (aunque cabe que los administradores de sus bienes realicen en este ámbito actos en representación suya: artículo 26). Ahora bien, en la generalidad de los casos, la plena validez de sus actos requiere la asistencia de uno cualquiera de sus padres o, en su defecto, del tutor».

Además, se establece que el que ha contraído matrimonio es mayor de edad (artículo 4) no meramente emancipado, como señala también su preámbulo «Obviamente, no cabe en Aragón ni ha existido nunca la emancipación por matrimonio, puesto que el contraerlo constituye al sujeto en la situación de mayor de edad». El artículo 30 del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, establece como edad para la emancipación la de 14 años, a diferencia del régimen del CC y del de otros derechos civiles territoriales, como es el caso de Cataluña que mantiene la edad de 16 años para poder obtener la emancipación (artículo 211-9 CCCat). Como quiera que el vigente artículo 46 del CC establece que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados, esto quiere decir, que aquellos que tengan vecindad civil aragonesa, pueden contraer matrimonio, una vez estén emancipados a partir de los 4 años, con el

como <https://www.girlsnotbrides.org>. Algunos países como Arabia Saudí, ni siquiera establecen una edad mínima para contraer matrimonio. Los matrimonios forzados que no tenían apenas presencia en España, ahora son un problema sensible ver sobre el particular, DÍEZ PERALTA, EVA. *El matrimonio infantil y forzado en el derecho internacional: un enfoque de género y de derechos humanos*. 1a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, TRAPERO BARREALES, María A. *Matrimonios ilegales y derecho penal bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. Vid BANARES, Y BOSCH. «Consentimiento matrimonial e inmadurez afectiva : actas del VI simposio internacional del instituto Martin de Azpilcueta» (Pamplona 3-5 de noviembre de 2004). Pamplona: EUNSA, 2007.

antedicho efecto que el matrimonio produce en la capacidad de las personas en Aragón, que es el antedicho, es decir, que quedan asimilados a un mayor de edad. Esto supone virtualmente, que la mayor edad en Aragón puede alcanzarse a la temprana edad de 14⁵⁰.

No me voy a adentrar en el proceloso océano del ámbito competencial civil de las CCAA con Derecho civil propio, algo que he hecho en más de una ocasión⁵¹, pero, solo a título de apunte, sí quisiera plantear aquí como objeto de reflexión lo siguiente: por un lado sí, como parece, las comunidades autónomas con derecho civil propio pueden regular sobre la edad para alcanzar la plena capacidad de obrar (así lo hacen las dos que acabo de citar), es decir, tienen esa competencia ¿podrían establecer una mayor edad distinta de los 18 años que no solo el CC, sino la propia constitución establece?.

La contestación a priori parece que tendría que ser afirmativa – al menos a efectos civiles – dado lo que he acabado de reseñar respecto del caso de Aragón. Y siendo así las cosas qué edad podrían establecer como mayor edad ¿los 12? ¿los 14? ¿los 16? ¿y por qué no los 20 o los 23?

Otra cuestión es, para el caso de Aragón a qué efectos esa mayoría de edad «especial» que se alcanza por matrimonio, qué efectos tiene o es susceptible de tener: al parecer es *communis opinio* que no alcanza al sufragio activo, ni tampoco, aunque sea cuestión más pedestre al permiso de circulación (sé que acabo de incurrir en una suerte de *contradictio in terminis*) sino tan solo a las cuestiones reguladas por la propia normativa aragonesa. Dado que el hecho de que un menor de 14 años haya obtenido la emancipación primero y luego contraído matrimonio, adquiriendo así la mayor edad, supongo que hemos de entender, de manera definitiva e irreversible, es decir, que si se divorcia al año siguiente no perderá su mayoría de edad, es mayor de edad a todos los efectos legales en Aragón, no se entiende bien, por ejemplo, el artículo 14 de la Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón, hace abstracción de esta circunstancia y con carácter general establece sobre el consentimiento informado lo siguiente:

«1. El consentimiento informado para recibir el tratamiento, de acuerdo con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, será otorgado:

⁵⁰ Ver las interesantes consideraciones al respecto de CASAS ROJO, JUAN CARLOS EN ¿Puede el aragonés menor mayor de 14 años emancipado contraer matrimonio? 23/09/2024, en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/puede-el-aragones-menor-emancipado-mayor-de-14-anos-contraer-matrimonio/#:~:text=El%20artículo%2030%20dispone%20que,es%20un%20concepto%20jurídico%20impreciso%20C>.

⁵¹ En *Transexualidad...* o en el *Liber amicorum* Homenaje a Teodora F. Torres «Las herencias vacantes: la sucesión de la Generalitat valenciana, el Reglamento europeo 650/2012 y a vueltas con el artículo 149.1. 8.º CE», La Ley, Madrid, 2014.

[...]

d) Si la persona menor se encuentra emancipada o cuenta con catorce años cumplidos, por la propia persona menor con la mera asistencia de sus padres o guardadores legales»

No puede aplicarse este precepto a nuestro anecdótico menor recién casado, por la obvia razón de que en Aragón es mayor de edad a los efectos de las leyes aragonesas, salvo que en esta y otras leyes, el legislador aragonés olvide este supuesto y se refiera tan solo a los mayores de edad según la legislación nacional. A mí se me plantean serias dudas acerca de la competencia de estos ordenamientos jurídicos sobre la cuestión, pero dado que, de manera similar, como en el caso de Cataluña, o diversa, como en el caso de Aragón, lo han regulado sin que nadie lo haya cuestionado, habrá que entender que sí se hallan dentro del marco que permite el artículo 149.1, 8º de la CE.

Por otro lado, el otro objeto de reflexión al hilo de esto último es que, siendo así que se permite la emancipación en Aragón a los 14 años, se está implícitamente interfiriendo en la *exclusiva-exclusiva* competencia estatal «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio», porque la capacidad requerida en este territorio para contraer matrimonio sería distinta a la del resto del territorio del Estado. Pero yo creo que, en punto a esta cuestión, a ninguno de los territorios con derecho civil propio puede referirse: la regulación de la capacidad para contraer matrimonio es una competencia exclusiva estatal y la edad de 14 años aragonesa tendrá las consecuencias que tenga, pero desde luego no la de alterar la edad requerida en el ordenamiento jurídico de aplicación en todo el Estado, cuando, además, en tal ordenamiento se ha optado de manera expresa, a diferencia de lo ocurrido en otras materias, por aumentar la edad para poder contraerlo al suprimir la posibilidad de la dispensa a los 14 años. Como señala CASAS ROJO «siguiendo la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril, los artículos 149.1.8, referido a la competencia exclusiva del Estado en materia de matrimonio, y 32.2 referido a la edad, deben de conectarse y concluir que la edad para casarse es competencia estatal y la misma ley estatal, el Código civil, que regula el matrimonio dispone en su artículo 241 que para que tenga lugar la emancipación se requiere que el menor tenga 16 años».⁵²

Es evidente que en lo relativo a la edad el contraste del tratamiento legislativo de unas y otras materias es de lo más llamativo, así frente a lo que se ha indicado, en la Ley de responsabilidad penal del menor se establecen una diversidad de franjas de edad, así según su artículo 3 los menores de 14 años son inimputables; se les aplicará el régimen de la propia Ley entre los 14 y los 18 e incluso a los mayores de edad hasta los 21 años cumplidos, por lo que la propia Ley y el código penal en su artículo 69 determinan.

⁵² Loc. Cit.

Hay, en fin, quien entiende que debería permitirse contraer matrimonio a partir de los 16 años con independencia de si hay o no previa emancipación⁵³, no es esto lo que la norma establece.

Un punto dudoso puede ser el del emancipado por vida independiente que, a mi modo de ver, debe asimilarse a la emancipación a todos los efectos incluido este, en primer lugar, porque así lo dice expresamente el artículo 243 que los equipara a «todos los efectos» y en segundo lugar porque tal situación a diferencia del régimen precedente puede, desde la vigencia de la LRC 2011 inscribirse en el Registro civil, de acuerdo con lo que establece el artículo 70.4 LRC. En realidad, la única diferencia entre las otras formas de emancipación y ésta es la revocabilidad del consentimiento paterno, pero lo cierto es que en la práctica lo normal (dentro de lo escasamente habitual que es esta institución) será acudir precisamente a esta forma de emancipación «oficializándola» acudiendo al Registro civil, el menor y los progenitores para prestar su consentimiento y no al más engorroso y menos económico trámite de acudir primero al notario y luego al Registro civil.

Por último, existe otro punto que ha permanecido inmutable en la legislación del matrimonio, como es la lectura del artículo 66 del CC, tal y como prescribe el artículo 58 del CC. Efectivamente el legislador en 2005 cuando modifica el CC en orden a la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo, tal y como determina el párrafo segundo del artículo 44, se acuerda de modificar el artículo 66 que establecía que «el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes» y sustituye la expresión por la de cónyuges, por entender que así serviría tanto para los matrimonios entre personas de distinto sexo como para los del mismo, pero en apariencia, sin reparar, en un detalle sobre el que, me parece, que nadie ha reparado: la razón de ser de la lectura de este precepto, que establece que dos personas son iguales en derechos y deberes, se fundamentaba precisamente en que se trataba de personas de distinto sexo, es decir, se trataba de un precepto que proscribía la discriminación de la mujer con respecto al hombre, precisamente en un ámbito – el matrimonial - donde hasta las reformas del CC de 1975 (la Ley 14/1975, de 2 de mayo suprimió la licencia marital) y sobre todo la de 1981, la mujer se hallaba en una situación de flagrante desigualdad con respecto al marido. El artículo 66 no es sino una declaración expresa de superación de la antigua concepción machista o patriarcal del matrimonio, es una declaración de igualdad en el matrimonio del hombre y la mujer, que antes no existía. Sin embargo, en el matrimonio entre personas del mismo sexo esta circunstancia no se da, por lo que tal declaración es del todo ociosa, dado que no existe ninguna razón de base para que no se dé tal igualdad. De hecho,

⁵³ Ver LINACERO, «Tratado de Derecho de familia», Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 p. 96

aunque en España no ha triunfado excesivamente el término desde el punto de vista legal, al matrimonio entre personas del mismo sexo suele denominarse matrimonio igualitario⁵⁴.

En definitiva, de las características tradicionales del matrimonio, solo permanecen, en la legislación vigente, aparte de los impedimentos indicados, la de tratarse de una unión de pareja, con expresa prohibición de contraer matrimonio quienes estén ligados por vínculo matrimonial, y mantenimiento de la bigamia como delito⁵⁵.

B. Comprobación de la capacidad o aptitud matrimonial

B'. El consentimiento matrimonial

Por lo que se refiere a la valoración de la capacidad matrimonial en concreto. Voy a dejar sentada cual es la premisa básica de la que parto en lo relativo al matrimonio y sus requisitos personales, en particular, los ya analizados, es decir, ausencia de impedimentos y edad y sobre todo, los relativos a la aptitud que se analizan a continuación.

Tal premisa es la siguiente: pese a que casi todas las características tradicionales (que eran las canónicas) del matrimonio han quedado obliteradas, excepción hecha de su carácter monogámico, se sigue tratando, en buena parte de las normas relativas a la aptitud matrimonial, a la capacidad, como si tales características subsistiesen⁵⁶.

⁵⁴ Así comúnmente en el caso, por ejemplo, de Argentina, cuya ley de reforma del Código civil entonces vigente, Ley 26.618, promulgada en 2010 se denominó precisamente de matrimonio igualitario al admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, si bien contenía alguna disposición no precisamente igualitaria, como el texto del artículo 206 que establecía en caso de separación de los cónyuges que «los hijos menores de CINCO (5) años quedarán a cargo de la madre»

⁵⁵ Lo ha destacado MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «el matrimonio civil se ha convertido en una forma carente de contenido propio, unida a una inercia legal: lo que queda del modelo occidental de matrimonio, una vez se han ido perdiendo algunos de sus rasgos identificadores más importantes; y los que quedan (típicamente, la unidad: que sean solo dos), permanecen no por una decisión consciente ligada a un determinado concepto de matrimonio, sino simplemente por esa inercia de la que acabo de hablar, de modo que podrían desaparecer de la misma manera y con la misma facilidad que otros que han caído en la última reforma. p. 360 «Revisitando el matrimonio civil» en Familia y Derecho, Reus, Madrid, 2021, p. 355 a 379 Ver así mismo TRAPERO BARREALES, MARÍA A. *Matrimonios ilegales y derecho penal: bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2016 y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, LETICIA, Y AGUSTÍN MOTILLA DE LA CALLE. *Los efectos de los matrimonios polígamos en el ordenamiento español*. 1a ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.

⁵⁶ Aunque sea anecdótico, pero evidente: cuando se modifica el régimen del divorcio en el año 2005, se sigue manteniendo, no solo la regulación de la separación antes del divorcio, sino incluso la regulación de este por remisión a aquella y así el artículo 86 del CC se remite al 81 referido a la separación. Es más, se sigue manteniendo el tradicional orden de las crisis matrimoniales refiriéndose el Código por este orden a la nulidad, separación y divorcio. Lo cierto es que, prescindiendo de la ausencia del recorrido que pudo tener en su momento la nulidad por la vía civil que fue el del artículo 80 y cuya utilización precisamente desde 1981, una vez se introdujo el divorcio, pasó a ser puramente anecdótica (los que obtenían la nulidad canónica no pedían su reconocimiento civil, porque ya se habían divorciado anteriormente), el mantenimiento de la anteposición al divorcio de la separación desconoce el inmediato efecto que con toda lógica iba a tener el no tener que pasar por una separación previa para acceder al divorcio y es que las separaciones iban a pasar a ser también anecdóticas.

Lo relativo a la capacidad o aptitud para prestar consentimiento matrimonial se regula por el artículo 56 CC. Este precepto no recibe una nueva redacción por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, porque había sido ya modificado por la LJV en su reforma de 2017, aunque supeditando su entrada en vigor a la de la LRC, por lo que, hasta el 30 de abril de 2021, cuando por fin esta entró en vigor, la que seguía vigente era la siguiente:

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.

La reforma de esta ley por la 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria con el objeto de adaptar el contenido del precepto al artículo 12.3 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad cuando establece que «Los Estados Partes (sic) adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica»

Efectivamente la mera mención de las «deficiencias» era totalmente ajena al espíritu y la letra de la Convención de Nueva York y al nuevo régimen de la Ley de 2021. La nueva redacción supedita su entrada en vigor a la de la LRC, es decir el 30 de abril de 2021. La Ley 8/2021, por tanto, no tiene necesidad de modificar su contenido y redacción puesto que ya se había anticipado la Ley de 2017 a adaptarse a la mencionada Convención.

Lo que ahora determina en su segundo párrafo el artículo 56 es lo siguiente:

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

Hasta la entrada en vigor de la Ley de 8 de julio de 2005 (que se produjo el 10 de julio) el número de separaciones judiciales era enormemente superior al de divorcios (muchas personas solo se «acordaban» del divorcio una vez separadas legalmente cuando deseaban contraer nuevo matrimonio), pues bien, según datos del INE ese mismo año en que la ley estuvo vigente algo más de 5 meses ya hubo un número algo superior de divorcios con respecto a las separaciones (72.848 frente a 62.028) el año siguiente las separaciones no llegaron a 19.000, mientras que los divorcios fueron casi 129.000. El último año del que hay publicados datos es el 2021 las separaciones fueron 3.674, frente a casi 87.000 divorcios. Por cierto, las nulidades fueron 57. Con todo y con eso, nuestro código sigue regulando esta materia por orden inverso de importancia y presencia social.

a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

En materia de capacidad para contraer matrimonio hay que observar la diversa situación de aquellas personas que con arreglo a los criterios tradicionales podemos considerar tiene plena capacidad jurídica, de aquellas otras que, teniéndola, con arreglo a los actuales, padecen algún tipo de discapacidad sensorial, psíquica o intelectual que haga precisa alguna medida de apoyo y tener en cuenta que el precepto de referencia no se refiere solo a estas dos posibles situaciones, sino que además de las dos reseñadas (teniendo en cuenta, insisto, es que se redacta con anterioridad al régimen de la Ley 8/2021) el precepto se refiere a personas que presenten condiciones de salud que le impidan prestar consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo.

Voy a intentar desgranar a continuación cada una de las posibilidades y los problemas que plantean, así como las incoherencias entre algunas normas que lo regulan.

Las personas que en principio no presentan discapacidad, ni enfermedad o condición de salud que sean determinantes de algunas de las medidas de apoyo, precisan igualmente de una comprobación de su capacidad o aptitud matrimonial por parte del funcionario que instruya el expediente, sea este un Notario⁵⁷ o el Encargado del Registro.

Tal comprobación, aparte de la directamente realizada por uno u otro⁵⁸, se suele fundamentar en la cumplimentación, por separado, de los futuros contrayentes de un cuestionario, que voy a reproducir a continuación. En el caso del expediente notarial, manejan estos un mismo cuestionario (a veces introducen alguna modificación) que es el que les ha remitido el Consejo General del notariado. Algunas de las cuestiones, expresamente, son para el caso de contrayentes extranjeros o para el de que uno de ellos lo sea, su fundamento es obvio, se

⁵⁷ Por cierto, si bien el notario que haya de celebrar el matrimonio, si es que este se celebra ante notario, es electivo, en general el que deba instruir el expediente lo ha de designar el colegio notarial a instancia de los interesados, protocolo que debe de ser interno puesto que no consta en norma alguna. Si se acude a la página del Consejo General y se contrastan las dos entradas que incluyo a continuación se puede ver cómo se incurre en una contradicción más que evidente, ya que por un lado se dice lo siguiente: «Mucha gente nos pregunta qué pasos tiene que dar para tramitar el expediente matrimonial. ¿Deseáis tramitarlo ante notario? Os explicamos los pasos a seguir. En primer lugar, dirigiros a la web del colegio notarial de la comunidad autónoma en la que se encuentre el domicilio de uno de los miembros de la pareja o acudid a vuestro notario de confianza. En ambos casos se os facilitará una solicitud en la que tendréis que incluir datos básicos de identidad y adjuntar la copia de los DNI y certificados de empadronamiento. Una vez completada, tendréis que enviarla de manera online, o presentarla de forma física, en el colegio notarial de la comunidad autónoma que os corresponda. El *colegio notarial os asignará un notario* y os comunicará su nombre para que pidáis cita y comience la tramitación» La cursiva es mía. En la siguiente entrada se informa de que se puede acudir al notario «que libremente elijas». El que no se pueda elegir libremente sino el notario que ha de celebrar el matrimonio, pero no el que ha de realizar el expediente, a mi modo de ver, aparte de no tener sustento legal más allá del criterio del Consejo General, atenta contra el general principio de libre elección del notario.

⁵⁸ La audiencia de ambos contrayentes reservadamente y por separado a que hace referencia el artículo 246 del RRC

pretende evitar el fraude de ley internacional, es decir, los matrimonios de conveniencia o de complacencia entre un extranjero y un nacional español para beneficiarse del plazo de residencia de 1 año que el artículo 22 del CC establece en su apartado d) El que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho.

Es decir, se considera una misión del funcionario que tramite el expediente comprobar que existe efectivo consentimiento matrimonial (sin el cual no hay matrimonio según el artículo 45 y cuya ausencia es determinante de nulidad como establece el artículo 73.1 ambos del CC). Tal consentimiento, aparte de no hallarse viciado, tiene que versar sobre las finalidades propias del matrimonio que en definitiva son las establecidas por los artículos 66, 67 y 68, es decir, que, si los fines son otros, falta el consentimiento matrimonial⁵⁹ o como señala LINACERO, «cuando los contrayentes no tienen ningún proyecto de vida en común y solo pretenden bajo el ropaje de la institución matrimonial obtener algunas ventajas (v.gr. más fácil obtención de la nacionalidad o residencia legal ventajas de la seguridad social, subrogaciones en derechos arrendaticios...)»⁶⁰.

A mi todo esto me plantea serias dudas, por ejemplo, si el consentimiento versa sobre aquello que dicen los artículos cuya lectura han de escuchar los contrayentes, hay que replantear cuál es ese contenido, y sabemos que en ellos, por ejemplo, no se recoge la procreación como finalidad del matrimonio, entonces ¿por qué para asegurarse de las intenciones de los contrayentes se les puede preguntar por si desean o tienen intención de tenerlos, como se va a ver en los cuestionarios?; o por qué, si el mantenimiento de relaciones sexuales tampoco es

⁵⁹ LASARTE, P. 42

⁶⁰ LINACERO, p. 109. Damos por hecho que esta motivación es fraudulenta o de una conveniencia legalmente reprobable, cuando otras conveniencias, se parte de la base que pueden existir, lo indico en las siguientes líneas, de manera que, por ejemplo, el que una persona en realidad se case «por el dinero» de la otra, es algo que no puede considerarse un fraude, en todo caso sería una reserva mental, y de hecho está asumido socialmente en muchos casos, si es que no está asumido legalmente y de ahí la existencia de la pensión compensatoria o por desequilibrio económico. Otras ventajas u otras *conveniencias*, como la indicada, sí se consideran fraudulentas y no se ve por qué quienes contraen pueden legítimamente obtener algunas ventajas, pero no otras, o por qué si se constituye alguna de estas en principal, puede considerarse existe un fraude susceptible de ser causa de nulidad, porque lo cierto es que, como poco, ha de pasar por la realización del expediente (interrogatorio incluido, en ambos casos con la presencia de dos testigos), y la celebración matrimonial, es decir que ya solo con esto cumple con aquello de *qui sentit commodum, incomodum sentire debet*, algo que me recuerda, si se me permite una nueva licencia, aquellas palabras del Abad mitrado en la celeberrima obra de Muñoz Seca, La Venganza de Don Mendo:

«Pues si todos, según veo/creen lo mismo que yo creo/¿a qué más sangre verter?/¿A qué este asunto mover,/si ha de haber luego himeneo?/¿Que él al dudar la ofendió?/Pues al casarse, coligo/que su pecado purgó,/que el casamiento, creo yo,/que es suficiente castigo»

un contenido del matrimonio del Código civil, ¿por qué se hacen preguntas más o menos explícitas en tal sentido⁶¹? Véanse algunas de las contenidas en los cuestionarios que siguen.

Las verdaderas intenciones de las personas no creo que estén al alcance del conocimiento del funcionario, por eso la reserva mental (casarse excluyendo internamente algunos de los deberes inherentes al matrimonio) no es una causa de nulidad civil, como sí lo era canónica, pero lo cierto es que cualquier unidad convivencial susceptible de constituir una familia, concepto que es abierto, y no unívoco y así lo tiene reiteradamente declarado el TC y aunque tales intenciones no se correspondan con esas finalidades, en tanto antes eran muy claras y definidas, pero ahora no lo son, esto quiere decir, que poco importan los motivos por los que dos personas contraigan matrimonio, puesto que más allá del socorro mutuo o de una convivencia, que por otra parte se presume (artículo 69 CC) y el hecho de que lo hagan por convivir, por procrear, por mantener relaciones sexuales o por motivos crematísticos, no creo que afecte al consentimiento matrimonial, del mismo modo, esto motiva este trabajo, que si a una persona que acude al registro a cambiar su sexo no se le puede preguntar si lo hace porque se siente de tal sexo o porque en realidad quiere ocupar la cuota femenina en un consejo de administración.

También se indaga acerca de la estabilidad, porque se sigue definiendo como unión estable al matrimonio, la estabilidad potencial, es la de 3 meses, una pareja de hecho estable en Cataluña (artículo 234-1 CCCat) requiere más tiempo, concretamente 2 años, a no ser que se acuda al notario a formalizarla, en cuyo caso se considera estable sin necesidad de estabilidad ninguna, si se me permite la expresión (por cierto, ¿tiene en este caso, el notario que someterles a un interrogatorio al estilo del matrimonial?).

La estabilidad, nuevamente, es un mero desiderátum que el propio legislador desmiente cuando permite el divorcio en 3 meses y si con algún motivo justificado ni siquiera eso, la estabilidad era algo que también se exigía para cambiar el sexo registralmente, sin embargo la Ley de 2023 declaradamente no exige nada en tal sentido e incluso permite que libremente se rectifique el cambio de sexo registral, sin otro requisito que el transcurso de 6 meses desde que se produjo la inscripción del cambio registral del sexo.

Lo que se supone define el contenido del matrimonio, o sea, sobre aquello que versa el consentimiento matrimonial, es sobre los deberes de los cónyuges, que son aquellos que se mencionan en dos de los tres artículos cuya lectura han de escuchar los contrayentes, los 67 y 68. En realidad se trata de unos deberes cuya naturaleza ya antes de la reforma de 2005 pero definitivamente, una vez esta se produce, tienen es bastante difusa, sobre todo una vez se consagra un sistema meramente voluntarista a efectos del divorcio: el cumplimiento de estos deberes no pueden exigírselo los cónyuges más allá del posible contenido patrimonial,

⁶¹ Por ejemplo, se pregunta por los métodos anticonceptivos utilizados por la pareja.

y su incumplimiento carece de consecuencias jurídicas, ya que cualquier de los cónyuges puede pedir la disolución del matrimonio con independencia de que el otro cumpla esos deberes tengan estos el contenido que tengan. A mí esto me llevó a concluir (mucho antes del año 2005) que cuando algunos preceptos empezaron a hablar de la análoga relación de afectividad a la conyugal, no había forma de discernir entre la diversidad de posibles relaciones convivenciales⁶²

Reproduzco lo que al respecto de los deberes matrimoniales refiere MARTÍNEZ DE AGUIRRE y que suscribo: «si, al decir del Tribunal Supremo, la única consecuencia jurídica de la infracción del deber de fidelidad era la de constituir causa de separación (e, indirectamente, de divorcio), la desaparición de las causas de separación y de divorcio priva a dicha infracción de cualquier consecuencia jurídica. Esto es tanto como dejar a los deberes conyugales (salvo, una vez más, el de mutuo socorro, en su vertiente patrimonial) carentes de contenido jurídico relevante. Unos deberes incoercibles, cuyo incumplimiento carece de consecuencias personales y patrimoniales, y cuya misma subsistencia depende exclusivamente de la voluntad del «obligado» - quien puede hacerlos desaparecer mediante el libre recurso al divorcio - no son verdaderos deberes desde el punto de vista jurídico: a nada obligan, en realidad»⁶³ Y añade «si, como acabamos de ver, en realidad los cónyuges no asumen, en estrictos términos, las obligaciones derivadas de los arts. 67 y 68 CC., porque no son verdaderas obligaciones, habría que concluir que lo característico del consentimiento matrimonial no es la voluntad de asumir las obligaciones propias del matrimonio (insisto: porque jurídicamente no hay obligaciones susceptibles de ser asumidas), sino una cierta intención (un cierto *animus*) de cumplirlas voluntariamente».

Esto, con la tantas veces mencionada excepción del deber de socorro, en su vertiente patrimonial, que sí nace como verdadera obligación (y cuyo cumplimiento es susceptible de

⁶² Rescato lo que al respecto escribí en *Transexualidad...* cit «Hace ya casi 30 años con ocasión del comentario al artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, tuve ocasión (sic) de pronunciarme sobre esta cuestión y mantengo lo que sostuve en ese momento: cualquiera que conviviese con el arrendatario podía apelar a esa relación de análoga afectividad, porque lo fundamental era precisamente la convivencia, sin embargo, la afectividad análoga a la conyugal puede ser la del amor, la de la indiferencia e incluso la del desprecio, puesto que es obvio que nuestra legislación, el Código civil, no exige ni establece como finalidades del matrimonio, ni la generación de la prole, ni tampoco el que se mantengan relaciones sexuales. Tampoco se puede apelar a la necesidad de inscripción en algún registro administrativo, o a la constitución notarial de la pareja de hecho, como se hace hoy en día, o que se trate de una pareja de hecho de las reguladas, por ejemplo, hoy, en el propio CCCAt., porque no es eso lo que pide el precepto, lo que pide es convivencia y *affectio maritalis* y es más que evidente que el conviviente no tiene por qué probar si tiene o tenía relaciones con la otra persona sin estar conculcando su derecho a la intimidad, máxime si se tiene en cuenta, como acabo de indicar, que ni siquiera se halla esto entre las características o elementos esenciales del propio matrimonio civil, donde ni se mantiene entre las obligaciones de los cónyuges la reproducción, ni el débito conyugal, como recientemente ha recordado la STS 254/2019, de 21 de mayo» p. 358

⁶³ «Revisitando el matrimonio civil» p. 363

ser judicialmente exigido), aunque su continuidad esté a disposición de los obligados (ambos cónyuges) quienes pueden provocar su desaparición en cualquier momento y por su sola voluntad, mediante el recurso al divorcio. «Si por el contrario quisiera hacerse recaer el peso del consentimiento matrimonial sobre las obligaciones asumidas por los cónyuges, habría que concluir que el matrimonio es la unión entre dos personas que se obligan a socorrerse mutuamente desde el punto de vista patrimonial: porque este es el único deber que nace jurídicamente del matrimonio, como deber en sentido jurídico estricto. Pero eso no es lo suficientemente específico como para diferenciar el matrimonio de otras situaciones de unión de personas con fines patrimoniales».

Suscribo íntegramente el razonamiento y es lo que yo mismo vengo sosteniendo desde hace tiempo y acabo de reproducir en la nota anterior. No puedo hacer lo propio, sin embargo, con las propuestas que en la parte final del trabajo realiza, tales como excluir de la unión matrimonial en sentido estricto a las parejas del mismo sexo.⁶⁴

Con todo y con eso el «interrogatorio» notarial a la hora de realizar el expediente, es exhaustivo (y extenuante).

Uno de los que se utiliza:

PREGUNTAS SOBRE DATOS PERSONALES DE LOS FUTUROS CONTRAYENTES

Relativos al compareciente:

Nombre:

Primer apellido:

Segundo apellido:

Lugar de nacimiento (municipio y provincia):

Fecha de nacimiento (día, mes y año):

¿Cuál era su estado civil en el momento de contraer matrimonio?:

Nombre y apellidos del padre:

Nombre y apellidos de la madre:

Residencia de sus padres:

Nacionalidad actual:

Nacionalidad al tiempo de contraer matrimonio:

Relativos a su pareja:

Nombre:

Primer apellido:

Segundo:

Lugar de nacimiento (municipio y provincia):

Fecha de nacimiento (día, mes y año):

¿Cuál era su estado civil en el momento de contraer matrimonio?:

Nombre y apellidos del padre:

Nombre y apellidos de la madre:

Residencia de sus padres:

Residencia actual

Nacionalidad al tiempo de contraer matrimonio.

PREGUNTAS SOBRE LA RELACIÓN PREMATRIMONIAL

⁶⁴ Cit. p. 371 y 372

¿Conocía físicamente a su pareja antes de la celebración del matrimonio?:

¿Desde cuándo se conocen?:

¿Dónde y cuándo se conocieron?:

¿Cuándo iniciaron su relación sentimental?:

¿Han mantenido desde entonces comunicación continuada?:

¿A través de que medio?:

¿Con que frecuencia?:

¿Cuántas veces han viajado para verse?:

¿En qué fechas? (mes, año):

¿Cuánto tiempo estuvo en cada viaje?:

¿Cuándo decidieron contraer matrimonio?:

¿Recuerda donde lo decidieron?:

¿Han convivido ustedes antes del matrimonio?:

¿Durante cuánto tiempo?:

¿Dónde?:

¿Cuál fue el último regalo que le hizo su pareja?:

¿Con que motivo?:

Relativos al compareciente:

¿Tienen hijos en común?:

Diga sus respectivos nombres y edades:

¿Conviven con usted?:

¿Ha contraído anteriormente matrimonio?:

¿Tiene hijos de anteriores relaciones?:

Diga sus respectivos nombres y edades:

¿Con quién conviven?:

¿Tiene hermanos?:

Diga sus nombres:

Relativos a la pareja:

¿Ha contraído su pareja anteriormente matrimonio?:

¿Tiene su pareja hijos de anteriores matrimonios?:

Diga sus respectivos nombres y edades:

¿Con quién conviven?:

¿Tiene su pareja hermanos?:

¿Cuántos?:

Diga sus nombres:

PREGUNTAS SOBRE HÁBITOS, AFICIONES Y CUESTIONES DIVERSAS

Relativos al compareciente:

¿Fuma usted?:

¿Practica con regularidad algún deporte?:

¿Qué otras aficiones tiene?:

¿Cuáles son sus comidas preferidas?:

¿Ha padecido alguna enfermedad grave?:

¿Está siguiendo algún tratamiento médico?:

¿Ha sufrido alguna operación por causa grave?:

Relativos a la pareja:

¿Fuma su pareja?:

¿Practica con regularidad algún deporte?:

¿Qué otras aficiones tiene?:

¿Cuáles son sus comidas preferidas?:

¿Ha padecido alguna enfermedad grave?:

¿Está siguiendo algún tratamiento médico?:

¿Ha sufrido alguna operación por causa grave?:

PREGUNTAS SOBRE DOMICILIO Y CONVIVENCIA

Relativos al compareciente:

¿Cuál es su domicilio? (calle, número, municipio, provincia):

¿Es de su propiedad o alquilado?:

¿Convive con alguien?:

Diga su número de teléfono:

Relativos a la pareja:

¿Cuál es el domicilio de su pareja? (calle, número, municipio y provincia):

¿La vivienda es de su propiedad o alquilada?

¿Convive con alguien?:

Diga su número de teléfono

PREGUNTAS SOBRE DATOS PROFESIONALES

Relativos al compareciente:

¿Cuál es su profesión?:

¿En qué empresa?:

¿Qué estudios ha realizado?:

¿Habla algún idioma, además del propio?:

Relativos a la pareja:

¿Cuál es la profesión de su pareja?:

¿En qué actividad trabaja actualmente?:

¿En qué empresa?:

¿Qué estudios ha realizado?:

¿Habla algún idioma, además del propio?:

PREGUNTAS SOBRE DATOS ECONÓMICOS

Relativos al compareciente:

¿Qué ingresos mensuales tiene?:

¿Ayuda económicamente a su pareja?:

¿Con que regularidad?:

¿Le envía una cantidad fija?:

Relativos a la pareja:

¿Trabaja su pareja?:

¿Qué ingresos mensuales tiene?:

¿Le ayuda económicamente?:

¿Con que regularidad?:

¿Le envía una cantidad fija?:

ALGUNAS OTRAS PREGUNTAS ORALES O ESCRITAS

COMPARECIENTE:

– ¿Te gusta ir de compras?

– ¿Qué cosas te gusta comprar?

– ¿Qué te irrita particularmente?

– ¿Eres supersticioso/a?

– ¿Cuál es el último libro que has leído?

– ¿Qué emisora de radio te gusta escuchar?

– ¿Qué tipo de películas te gustan más?

– ¿Cuál fue la última película que habéis visto juntos?

– ¿Cuál es tu bebida preferida?

– ¿Cómo te gusta el café?

– ¿En qué lado de la cama duermes?

– ¿Qué alimentos no te gustan?

– ¿Cuál es el banco con el que habitualmente trabajas?

– ¿Cuál es tu color preferido?

– ¿Cuál es tu actor o actriz preferido/a?

– ¿Te afeitas a mano o con máquina?

– ¿A qué hora te levantas a diario?

- ¿Y los fines de semana?
- ¿Con qué mano escribes?
- Nombrar algunos compromisos que se adquieren por el matrimonio
- ¿Te gustan las plantas?
- ¿Qué prefieres hacer los viernes por la noche?
- ¿Qué lugar te gustaría visitar?
- ¿Cuál es el restaurante al que soléis ir juntos?
- ¿Qué perfume usas?
- ¿Cuál es la canción favorita de ambos?
- ¿Qué apodosos os tenéis?
- ¿Te gusta el fútbol?
- ¿En dónde queréis tener vuestra residencia?
- ¿Qué es lo primero que haces al levantarte?
- ¿Cuál es tu programa favorito de televisión?
- ¿Dónde has trabajado antes del empleo que tienes actualmente?
- ¿Dónde has vivido antes?
- ¿Os conocisteis en algún sitio de Internet? ¿En cuál?
- ¿Te gustaría tener niños? ¿Cuántos? ¿Qué nombre les pondrías?

PAREJA:

- ¿Le gusta ir de compras?
- ¿Qué cosas le gusta comprar?
- ¿Qué le irrita particularmente?
- ¿Es supersticioso/a?
- ¿Cuál es el último libro que ha leído?
- ¿Qué emisora de radio le gusta escuchar?
- ¿Qué tipo de películas le gustan más?
- ¿Cuál es su bebida preferida?
- ¿Cómo le gusta el café?
- ¿Qué alimentos no le gustan?
- ¿Cuál es el banco con el que habitualmente trabaja?
- ¿Cuál es su color preferido?
- ¿Cuál es su actor o actriz preferido/a?
- ¿Se afeita a mano o con máquina?
- ¿A qué hora se levanta a diario?
- ¿Y los fines de semana?
- ¿Con qué mano escribe?
- ¿Le gustan las plantas?
- ¿Qué prefiere hacer los viernes por la noche?
- ¿Qué lugar le gustaría visitar?
- ¿Qué perfume usa?
- ¿Le gusta el fútbol?
- ¿Qué es lo primero que hace al levantarse?
- ¿Cuál es su programa favorito de televisión?
- ¿Dónde ha trabajado antes del empleo que tiene actualmente?
- ¿Dónde ha vivido antes?⁶⁵

Como puede verse, se trata de una serie de preguntas cuya finalidad es determinar si los cónyuges quieren prestar un consentimiento matrimonial, sobre la base de asumir que el matrimonio se halla aún caracterizado por una serie de efectos y deberes considerados en su

⁶⁵ Tomado de «Expediente Matrimonial: Preguntas a los novios», VÁZQUEZ LÓPEZ, JC en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/expediente-matrimonial-preguntas-a-los-novios/#posibles-preguntas-cuestionario>, 2017. Recoge otro de los posibles cuestionarios.

sentido más tradicional, para garantizar que se quiere prestar un efectivo consentimiento *matrimonial* que verse sobre esos deberes. Pero cabe preguntarse por qué.

El que el matrimonio a partir de 1981 se pudiese disolver mediante el divorcio no afectaba en realidad a su característica de estabilidad, porque seguía siendo, de propósito - me refiero al propósito del legislador – estable, o debía seguir teniendo esta característica, por eso para acudir al divorcio existían unos requisitos previos materiales y temporales y de ahí que siguiese estando justificado, al realizar el expediente si existía esa voluntad de estabilidad por parte de los contrayentes.

Estos requisitos previos materiales y temporales desaparecen en 2005, salvo el brevísimo plazo de los 3 meses para instar el divorcio, requisito temporal que puede soslayarse en ciertos casos. Sentado esto, las comprobaciones tendentes a asegurarse de la estabilidad de la decisión carecen de sentido, una suerte de ejercicio de hipocresía, en virtud del cual los contrayentes tienen que convencer al instructor del expediente de que, aunque puedan, no van a divorciarse al poco de contraer matrimonio, es más, tienen que actuar como si ignorasen que tal posibilidad existe. Podría decirse que las circunstancias que consten en el registro deben tener una cierta vocación de estabilidad, pero esto también sabemos que ha dejado de ser cierto, y la prueba más clara es la regulación de la rectificación del sexo en el registro.

Pero todavía puede añadirse algo más: actualmente el matrimonio, no deja de ser una forma de consolidar o dar forma jurídica a una situación preestablecida o que puede venir preestablecida, es decir, frente a la antigua idea de matrimonio como paso de los contrayentes hacia la convivencia, está claro que, en la actualidad nadie podría impedir a dos personas, aunque tuvieran alguna de las misteriosas deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales vigentes hasta 2021 (por qué las intelectuales, ¿caso era preciso tener un coeficiente intelectual por encima de 100 para contraer matrimonio?) que convivan, que formen una unidad familiar, que tengan hijos, etc. Es más, es posible incluso que quienes acudan al funcionario competente a tal fin, ya estén en tal situación, puesto que, como puede leerse, por ejemplo, en el Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia «predomina la modalidad que la concibe como un matrimonio a prueba, bien porque la pareja se rompe o bien porque se transforma en matrimonio». De hecho muchas de las preguntas que se realizan a los contrayentes, parten de la base de que ya conviven (¿En qué lado de la cama duerme su pareja? ¿Tienen televisión en el dormitorio? ¿Cómo es el pijama preferido de su pareja? ¿Quién de los dos se levanta antes, generalmente? ¿Quién hace la comida y la cena?).

Del mismo modo, de atenernos a la redacción actual del artículo 56 CC cabe decir que ni la discapacidad, ni las condiciones de salud, pueden impedir a dos personas que hagan lo propio. Es decir, el matrimonio, socialmente, no es un paso necesario hacia la convivencia, de hecho, en la mayor parte de los casos ya existe antes de contraerlo y casi en el 50% ni siquiera se

acude al matrimonio en ningún momento y desde luego no es un paso necesario para constituir una familia. De tal modo que el matrimonio, como ha señalado MARTÍNEZ DE AGUIRRE, solo obedece a lo que denomina una «inercia legal».

Sin embargo, si dos personas un día deciden, *oficializar* o *formalizar* su situación, es decir, contraer matrimonio, con arreglo al artículo 56, puede darse la circunstancia de que un notario o un LAJ, les diga, con o sin un dictamen médico, que no pueden hacer todo lo que llevan haciendo durante los últimos años, en la conocida como análoga relación de afectividad a la conyugal, lo que resulta una verdadera paradoja, máxime si se tiene en cuenta que tampoco el matrimonio es el único sustrato posible de la familia, queda dicho que casi la mitad de las existentes hoy en España no tienen tal sustrato, por lo que, no veo el menor sentido a las innumerables cautelas que se adoptan para formalizarlo, como son el procedimiento de autorización matrimonial del artículo 58 de la LRC previo, acto de celebración e inscripción en el registro civil, un proceso que implica la potencial intervención de un número no inferior a 4 personas, además de los contrayentes, pero que puede involucrar a muchas más:

Piénsese, por ejemplo, que en un matrimonio notarial pueden intervenir los siguientes sujetos: el notario que instruye el expediente, el que ulteriormente celebra el matrimonio si se elige otro distinto, dos testigos para el expediente, dos testigos distintos para la celebración (por la propia voluntad de los contrayentes o porque a los primeros no les es posible acudir al acto de celebración) y finalmente el encargado del registro civil que inscribe el matrimonio, es decir, ¡7 personas, además de los contrayentes! Un «despliegue» que puede dar lugar a que el proceso tenga una duración superior a la del matrimonio una vez celebrado.

Naturalmente, esto sin contar con las posibles medidas de apoyo (provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes) amén de los dictámenes médicos a que a continuación voy a hacer referencia.

B''. El consentimiento matrimonial y las personas con alguna discapacidad o aquellas otras (o las mismas) que presenten una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestarlo, pese a las medidas de apoyo.

B''.1. Las personas con discapacidad y el matrimonio

Cuando se trata de alguna persona que padezca algún tipo de discapacidad o bien alguna enfermedad o como dice el artículo 56, alguna condición de salud, que pueda considerarse impeditiva para prestar consentimiento matrimonial, porque cuanto se ha dicho hasta ahora se ha referido más bien las exigencias de una aptitud para prestar un consentimiento con el «apellido» matrimonial, cuando es más que cuestionable que, una vez desprovisto el matrimonio de buena parte de sus notas características tradicionales, el que se mantengan

tales exigencias obedece más que nada a la mencionada inercia legal pero no a la realidad de una institución que es perfectamente sustituible por otras fórmulas no menos legítimas en las que tales requerimientos no existen. Lo mismo cabe decir de las personas que se hallen en alguna de las situaciones que se analizan a continuación.

Como se ha visto anteriormente, el artículo 56 fue modificado antes de la reforma en materia de capacidad del año 2021, concretamente por la disposición final 1.9 de la Ley 15/2015, de 2 de julio. Tanto esta redacción, como su precedente desvinculaban la capacidad matrimonial de la posible incapacitación, si bien es cierto que su contenido era similar al del artículo 200 que establecía las causas de incapacitación: «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Es decir, que se refería también a *deficiencias* psíquicas. Pero en cualquier caso la capacidad matrimonial debía comprobarse *ad casum*⁶⁶.

Esto se coonestaba mal con la, entonces ya suscrita, Convención de Nueva York (más adelante me referiré al amplio reconocimiento que en ella se realiza del *ius connubii* de las personas con discapacidad) sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 ya que como indica VERDA Y BEAMONTE «se obligaba a 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

⁶⁶ Así CAMPUZANO TOMÉ, H. describe el estado de la cuestión en aquel momento: «El consentimiento matrimonial de los deficientes mentales será un dato a comprobar en el expediente previo que legitimará a su instructor para recabar los informes periciales oportunos ante la duda acerca de su capacidad para prestarlo válidamente. Ello supone que no puede considerarse inicialmente como incapaz para prestar el consentimiento a una persona simplemente por el hecho de estar afectado de una deficiencia mental ya que, en sí misma, la deficiencia o anomalía psíquica no constituye, a priori, ningún impedimento o prohibición para contraer matrimonio» (STS1 8-9-1989 (RJ1 989\6318), SAP Burgos 8-1-2002 (AC 2002\787)1. Tal postura parece defendible ya que el Código Civil no recoge prohibición expresa en este sentido, sino que, al contrario, presume la capacidad y proporciona un procedimiento para evitar posibles nulidades en caso de duda positiva. Por consiguiente, no será el deficiente el que tenga que probar que es capaz para contraer matrimonio, sino que será quien lo niegue el que tenga que probarlo a través del correspondiente proceso judicial. Deberá ser considerado válido su matrimonio siempre que quede constancia de que comprendió y asumió el contenido natural y la esencia de la relación matrimonial [SAP Álava 31-12-2001 (AC 2002\1320)], pudiendo ser suficiente para emitir válidamente el consentimiento una aptitud intelectual superior a la de un niño de 14 años

«El matrimonio entre disminuidos o deficientes psíquicos ha sido autorizado en diversas ocasiones en las que resultaba que ambos contrayentes mostraban un conocimiento aceptable, sobre lo que supone el matrimonio y sus consecuencias, y se podía apreciar un grado «aceptable» de voluntad como para prestar el consentimiento válido. Fue autorizado el matrimonio entre un varón de treinta y cinco años y mujer de diecinueve, embarazada como resultado de su convivencia, afectados ambos de una oligofrenia leve mediando informe favorable del médico de RC[RDGRN1 -12-198(7R J1 987/9716) padeciendo la contrayente una oligofrenia crónica y con una edad mental de 14 años mediando dictamen médico que estimó el matrimonio conveniente desde el punto de vista clínico ya que «si a partir de la edad física de los catorce años hay capacidad natural para contraer matrimonio, como se deduce de la posible dispensa prevista por el art. 48 CC, no hay motivo para negar totalmente tal capacidad, por esa sola razón, a quien tiene una edad mental equiparable a la de los catorce años» (cfr. RDGRN de 12-3-1994R J1 994/2295). *Comentarios al Código civil* Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 165

querer (por ejemplo un invidente), lo que, además de absurdo, era contrario al art. 23.1.a de la Convención 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». Cita así mismo 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 impeditiva, 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 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»⁶⁷

Así pues, la capacidad debía apreciarla el funcionario competente. Tal desvinculación, de la incapacitación, existía, solo parcialmente para otra materia no exenta de importancia, cuál era la capacidad para realizar testamento y así el artículo 665 CC vinculaba la necesidad de recabar dictamen facultativo del hecho de hallarse la persona judicialmente incapacitada. Este precepto sí ha sido modificado por la Ley 8/2021.

Efectivamente el artículo 665 CC⁶⁸ estableció a partir de 1992 (venía a sustituir aquello del intervalo lúcido del *demente*)

Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar, pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.

Es decir, desvinculaba, parcialmente, la incapacitación de la capacidad para testar, salvo que la sentencia incapacitase a la persona también para esto.

Lo que ahora prescribe 665 es lo siguiente

La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y

⁶⁷ <https://idibe.org/tribuna/discapacidad-y-matrimonio/> VERDA Y BEAMONTE, 2021

⁶⁸ Ver el detallado análisis en Derecho de sucesiones y discapacidad, por DIAZ ALABART, S. en «El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica». APDC, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, p. 191 y ss. Ver así mismo COBACHO GÓMEZ, JA, *La evolución legislativa y jurisprudencial sobre la capacidad de testar. Notas sobre la interpretación del testamento*, Real Academia de legislación y jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2022

razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias

En otros términos, que, aunque exista sentencia determinando medidas de apoyo, en principio el notario debe procurar que se realice el testamento y en ningún caso se previene que deba recabar asesoría, informe, dictamen ni nada que se le parezca a facultativo alguno. Por cierto, que se modifica el 663 para referirse a las medidas de apoyo y el 665, pero el 664 sigue hablando de la *enajenación mental*.

Por lo que se refiere al expediente matrimonial el artículo 56 no mencionaba en ningún momento la posible incapacitación, porque el hecho de que una persona pudiese estar incapacitada no tenía por qué tener relación alguna con su aptitud y capacidad para contraer matrimonio. Así el TS en su Sentencia 145/2018 de 15 marzo⁶⁹, se pronuncia por la validez de un matrimonio de una persona que fue incapacitada poco después de contraerlo, si bien en virtud de una causa preexistente (desde 4 años antes padecía la persona en cuestión Alzheimer). y entiende que ni el estar incapacitado ni el padecer discapacidad intelectual, son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio, la sentencia recurrida restringe injustificadamente el derecho a contraer matrimonio, derecho reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁷⁰.

Efectivamente en relación con el *ius connubii* confluye una doble circunstancia, por un lado la presunción general de capacidad de las personas mayores de edad que establecía el artículo 322 - el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código – que casi literalmente reproduce el actual 246 (en lugar de «es capaz» ahora dice «puede realizar»); por otro lado se trata de un derecho fundamental que expresamente el art. 23.1.a) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce y ampara: «los Estados partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar 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».

La STS 91/2024, de 24 enero 2024⁷¹, refiriéndose a la STS 148/2018, concluye que no había quedado acreditada la falta de aptitud para contraer matrimonio del esposo atendiendo al conjunto de circunstancias y realiza una apreciación sobre la ya vigente Ley 8/2021, que, no

⁶⁹ RJ 2018\1478

⁷⁰ Critica negativamente VERDA Y BEAMONTE, loc. Cit. esta sentencia

⁷¹ JUR\2024\32898; ECLI:ES:TS:2024:241

es aplicable al caso, dado que el asunto del que se trata es previo a su vigencia, pero señala que ni siquiera en el sistema derogado por la Ley 8/2021, vigente cuando se celebró el matrimonio sometido a nuestra consideración, ni estar incapacitado ni padecer discapacidad intelectual eran hechos que excluyeran por sí mismos la aptitud para celebrar matrimonio. Es más, en el asunto que se enjuicia, el contrayente padecía Alzheimer, pero la sentencia de instancia cuyo criterio confirma el TS entiende que esto tampoco es motivo suficiente para apreciar la nulidad del matrimonio, sino «que a la vista de toda la prueba practicada llegó a la conclusión de que había quedado acreditado que la enfermedad le afectaba de tal manera que no pudo emitir un válido consentimiento matrimonial.» Tal prueba se basó entre otras cosas en el dictamen médico realizado por la médico forense del Instituto Vasco de Medicina Legal y fechado a 20 de mayo de 2014 (tres meses después de la celebración del matrimonio) cuyas conclusiones fueron las que presentaba un deterioro cognitivo moderado, que tal deterioro cognitivo, lo incapacita para el autocuidado, para las habilidades de la vida independiente, para el cuidado de su salud, para las actividades económico jurídico-administrativas, para las disposiciones contractuales y para entender adecuadamente este proceso y que necesitaba la supervisión de terceras personas de forma continuada para asegurar su integridad física y mental. Así se considera desde el punto de vista médico-legal que D. Valentín está incapacitado para gobernarse por sí mismo, por causas psíquicas. Dos informes ulteriores son algo más «benévolos» con la persona de la cual se cuestiona la validez de su matrimonio y en los que se entiende que su discapacidad tiene un carácter moderado, pese a esto la sentencia recalca que resulta paradójico que no los alegase a la hora de fijar el grado de modificación de la capacidad de este.

En la sentencia se llama la atención sobre el hecho de que «una vez instada la modificación judicial de la capacidad por sus hijos el 19 de noviembre de 2013, contrae matrimonio con la Sra. Jacinta el 7 de febrero de 2014 y otorga testamento a su favor, con sustitución en caso de premoriencia a favor de los hijos de ella, en fecha de 12 de febrero de 2014. Este testamento ha sido declarado nulo por sentencia del juzgado, confirmada por la Audiencia Provincial que quedó firme al inadmitir esta sala el recurso de casación interpuesto por la Sra. Jacinta» es decir se relaciona la capacidad para realizar testamento como un indicio para determinar si se tiene o no para contraer matrimonio y que por los mismos motivos «no pudo emitir consentimiento matrimonial, pues su falta de independencia personal y de conciencia sobre sus relaciones afectivas nos coloca ante un caso evidente de falta de capacidad natural para comprender el sentido del compromiso matrimonial y sus consecuencias»⁷².

⁷² Ver en parecido sentido, resolviendo asuntos anteriores a la vigencia de la Ley 8/2021, SAP de Alicante, Sección 9ª, Sentencia 189/2018 de 24 abril 2018, Rec. 850/2017 JUR\2018\171016; SAP de Murcia, Sección 4ª, Sentencia 923/2021 de 9 septiembre 2021, Rec. 523/2020, JUR\2021\354428; SAP de Guipúzcoa, Sección 3ª, Sentencia 79/2017 de 2 mayo 2017, Rec. 3047/2017; JUR\2018\36454

Pero, enlazando con cuanto indiqué en el epígrafe anterior, cualquier valoración sobre la capacidad para contraer matrimonio, necesariamente está cargada de apreciación de valor de la institución matrimonial misma y para realizar determinados contratos se puede optar por un sistema u otro de capacidad jurídica, impidiéndolos o facultando a la persona afecta por alguna de las antiguas posibles causas de incapacitación, pero a efectos del matrimonio la existencia de alguna de esas causas o de las *deficiencias* físicas, o psíquicas e intelectuales como después se dijo en el artículo 56, si pueden autorizar al funcionario instructor del expediente a impedir el matrimonio, lo que no pueden hacer es impedir a estas personas constituir una pareja, así que impedirles contraer matrimonio es algo así como «ponerle puertas al campo».

Como se ha visto el artículo 56 recoge las pautas de la Convención de Nueva York, pero no se ajusta en realidad al sistema instaurado por la Ley 8/2021, porque la redacción de este precepto es anterior a esta ley y por tanto las medidas de apoyo a las que se refiere no son evidentemente las fijadas judicialmente, puesto que cuando se redacta aún subsistía el previo sistema de incapacitación.

Así pues, las medidas de apoyo serán las que se insten a los efectos de que los contrayentes manifiesten su voluntad. Siendo así las cosas y, una vez entra en vigor la redacción del artículo 56 dada por la reforma de la LJV de 2017, el 30 de abril de 2021 y entra, así mismo, en vigor, la Ley 8/2021, las posibles situaciones antes las que se puede encontrar un funcionario que este realizando el expediente son fundamentalmente tres:

- Que se trate de una persona con algún tipo de discapacidad, pero sin medidas de apoyo judicialmente establecidas.
- Que se trate de una persona para la que se hayan determinado medidas de apoyo judicialmente (aunque puede que tenga algún guardador de hecho)
- Por fin, que se trate de una persona que presente condiciones de salud que categórica, etc., etc. condición que no es excluyente de alguna de las anteriores

He dicho el funcionario que realice el expediente, en el aparente entendido de que en todo caso se puede tratar de un LAJ o de un Notario ya que todos los preceptos de referencia hacen indistinta referencia a ambos (no muy coherentemente, porque tales preceptos enuncian, según los casos, a las mismas personas o a distintas, pero a las que sí mencionan siempre, esto lo subrayo, es al encargado del registro y al notario).

La DGSJFP no parece entenderlo así y es inevitable la referencia a lo que la DG entiende acerca de estas posibles situaciones y que ha puesto de manifiesto prolijamente en la Instrucción de

3 de junio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre la tramitación del procedimiento de autorización de matrimonio ante notarios.

Concretamente en su disposición 4ª, que, a mí me parece, hace decir al precepto cosas que no dice: Así se rubrica como «personas con discapacidad», pero como se ha visto el artículo 56 no se refiere a las personas con discapacidad, o no solo se refiere a ellas, porque este precepto simplemente da cauce a la declaración de Nueva York, pero no está integrada en el nuevo sistema instaurado por la reforma de 2021, así que se puede referirse a discapacitados cuya discapacidad esté administrativamente reconocida (o sea a los de la ya casi antigua Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad de 2003, es decir, personas que tengan un grado de discapacidad reconocido por el correspondiente Centro de atención y valoración de las personas con discapacidad, que es a la que se remite la DA 4ª del CC), a discapacitados que, con arreglo al nuevo sistema (tenemos que entenderlo así, porque ahora existen, no cuando se redactó el precepto, ya que en aquel momento, lo que existía era incapacitados o personas con la capacidad judicialmente modificada) haya recaído una sentencia fijando medidas de apoyo, las que sean, y finalmente discapacitados de hecho, es decir, que no tengan reconocida administrativamente la discapacidad, ni existan medidas de apoyo establecidas judicialmente. Sentado que la redacción del artículo 56 es muy anterior a la existencia del actual régimen establecido por la Ley 8/2021 podemos caer en el error de tratar de una misma manera cuestiones distintas.

La consideración como discapacitada de una persona venía determinada por la primera parte de la DA 4ª que introdujo en el CC la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad de 2003, es decir, aquellas que tengan reconocido un grado de discapacidad por el correspondiente centro base o centro de atención y reconocimiento de personas con discapacidad.

A partir de la Ley 8/2021, que añade un segundo párrafo a la mencionada DA «toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica». Es evidente la aporía que supone tal definición, puesto que lo que describe es las medidas a tomar cuando se da una situación que en realidad no define: ¿cuándo se precisan medidas de apoyo?, cuando hay una discapacidad, ¿Qué es la discapacidad? Precisar medidas de apoyo. Se trata de una evidente definición circular y por tanto falaz o carente de significado o, en cualquier caso, elusiva, algo desde luego impropio de un texto legal⁷³.

⁷³ DE CASTRO en relación con la tradicional definición de persona, señalaba que definir persona fundamentándose en la posibilidad de tener derechos incurre en un círculo vicioso. Derecho civil de España. T. II, vol. 1 p. 29 aquí ocurre algo parecido.

Ahora bien, con el régimen que se establece en 2021, algunas de estas personas pueden requerir medidas de apoyo que se pueden de instar judicialmente y establecerse en la correspondiente resolución, lo que desde el punto de vista jurídico puede implicar establecer un defensor judicial, o bien un curador representativo o no, o el reconocimiento de determinadas funciones a los guardadores de hecho, eso sin contar con la posible existencia de medidas de origen voluntario.

Pero a nada de esto, pese a la similar terminología puede responder el artículo 56.2, puesto que su redacción procede de la reforma de 2017 de la LJV: no se refiere por tanto al discapacitado al que se hayan dado medidas de apoyo judicialmente, sino que tratándose de una persona discapacitada el letrado de la AJ o el notario pueden recabar tales medidas de apoyo, no al juez, que es el competente para dictarlas, sino a las «Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad». O sea que las medidas de apoyo pueden ser también el establecimiento de algún facilitador de la comunicación en ciertos casos⁷⁴, por ejemplo, un logopeda, con la finalidad de que pueda expresar su consentimiento de una manera adecuada y comprensible una persona que padece, por ejemplo, algún tipo de afasia o disfasia⁷⁵. Naturalmente este

⁷⁴ Se regula esta cuestión por la Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación.

⁷⁵ En estos casos y otros similares, ha de tomarse en consideración dos aspectos: por un lado que se trata de personas que, por más que hayan podido padecer un accidente cerebro vascular (ictus) o un tumor o algún tipo de lesión en la cabeza, no tienen problema alguno de aptitud ni para contraer matrimonio ni para realizar actos jurídicamente válidos, su problema es meramente de comunicación y lenguaje, ya que la mencionada etiología les afecta precisamente a la parte del cerebro que controla el lenguaje. Naturalmente hay distintos grados, pero en general no se trata de una patología que le impida saber y querer al afectado como cualquier otra persona (a salvo de los casos en que venga provocada por una enfermedad neurodegenerativa que pueda afectar ulteriormente a su aptitud) así se suelen distinguir entre los siguientes tipos : expresiva, cuando se sabe lo que se quiere decir, pero se tienen problemas para decir o escribir los pensamientos, también se denomina Afasia fluente o expresiva o de Wernicke, afectando el habla y la lecto-escritura, la personas que lo padecen, no suelen ser conscientes de sus errores y les cuesta comprender lo que dicen los demás (esto generaría el que se conoce jurídicamente como error obstativo); la receptiva que afecta a la habilidad de leer y entender el lenguaje en estos casos se puede escuchar lo que dicen las personas o ver las palabras en un impreso, pero no se le encuentra sentido a lo que se lee o escucha (temo que poner ante alguno de los test a los que se somete a los futuros contrayentes a una persona en esta situación puede suponer hacerle pasar un verdadero quinario) Otro posible tipo es la afasia global que supone la pérdida de casi toda habilidad lingüística. No se puede hablar, entender el lenguaje, leer o escribir. Por último, la afasia anómica en la que una persona tiene problemas para utilizar las palabras correctas para ciertas cosas, personas, lugares o eventos (nuevamente podría incardinarse dentro del denominado error obstativo). Ver en el CIE-11 código MA80.0, Afasia, <https://icd.who.int/browse/2024-01/mms/es#1167055901> y en el manual MSD entrada afasia actualizada a 2023, puede consultarse en <https://www.msmanuals.com/es/professional/trastornos-neurológicos/función-y-disfunción-de-los-lóbulos-cerebrales/afasia?ruleredirectid=756>

El segundo aspecto al que quería hacer referencia es que, en ocasiones, es posible, en casos no especialmente complejos, que la mera presencia de un logopeda, ya sea con los instrumentos tradicionales, ya mediante la utilización de los más actuales sistemas alternativos y/o aumentativos de comunicación (SAAC, puede verse

precepto, aunque ya se había reformado y parece acorde con el nuevo régimen, debería haber sido «retocado» por la Ley 8/2021. Máxime si se analiza lo que a continuación dispone.

Así, si uno de los contrayentes presenta una «condición de salud» que de manera «evidente, categórica y sustancial» pueda impedirle prestar consentimiento pese a las medidas de apoyo, en ese caso se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento: a mi modo de ver este precepto constituye desde el punto de vista retórico un monumento al pleonasma, y desde el filosófico una paradoja, casi al estilo de aquella de Epiménides el cretense que afirmaba que todos los cretenses eran mentirosos, porque si una persona y atención, que no se refiere a discapacitada, sino *cuyas condiciones de salud*, de manera evidente, categórica y sustancial, no puede prestar consentimiento, ni siquiera con las medidas de apoyo, ¿qué es lo que puede decir el médico? Si el dictamen concluye que sí puede prestar consentimiento, es no era tan evidente, categórica, ni sustancial la condición de salud, como para recabar su opinión, en otro caso no hace sino confirmar lo evidente, luego tampoco habría necesidad de su dictamen.

Sea como sea, este segundo párrafo se refiere tanto a discapacitados cuya discapacidad está reconocida por el centro competente, como a quienes no tengan reconocida tal condición, ya que habla de las *condiciones de salud*, pero no a los discapacitados que más tarde define el segundo párrafo de la DA 4ª del CC, puesto que estos los define como aquellos que requieran medidas de apoyo y si las tienen, se entiende que estas son suficientes, por lo que no habría necesidad de dictamen médico alguno.

Pero volviendo a lo que la disposición 4ª de la Instrucción establece y transcribo:

«Cuando exista sentencia de modificación judicial de la capacidad o resolución judicial que acuerde medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. En estos supuestos, el Notario deberá indicar a los interesados que el procedimiento debe ser resuelto por el Encargado de Registro Civil del domicilio de los promotores ante quien deberán formular la solicitud con la finalidad de recabar la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en vía de informe» (¡!)

«Fuera del supuesto anterior y para 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, por los promotores se aportarán inicialmente acompañando a su solicitud o por requerimiento del Notario autorizante en trámite de subsanación, el informe o los informes, en relación con su

ampliamente en <https://arasaac.org/aac/es>) baste como medida de apoyo para obtener resultados, pero en otras la mera concurrencia del logopeda en el acto, puede no bastar, siendo precisa alguna sesión previa con este, para que la persona, si no ha sido sometida a ningún tratamiento previo mejore sus habilidades de comunicación o se familiarice con los mencionados SAAC. En casos como este sería también deseable que el que realice el expediente, encargado del registro o notario, esté familiarizado con estos medios, por lo que deberían recabar la previa asistencia de un logopeda a tal efecto.

aptitud, realizados por su médico de cabecera o médico especialista que le esté tratando y en los que se manifiesten las circunstancias en relación con la aptitud o no para prestar el consentimiento.

«Si tras ser requeridos para su subsanación, no aportasen estos documentos, el Notario dictará resolución de inadmisión del procedimiento en el acta por no subsanar la falta de elemento imprescindible para fundar su juicio de capacidad.

«En caso de aportarse, el Notario iniciará o continuará el acta de autorización y, en trámite de prueba, hará una valoración de la capacidad de los contrayentes. Si lo estima necesario para corroborar cualquier dato dudoso o paliar la insuficiencia de los informes inicialmente aportados, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 56 párrafo 2.º del Código Civil, solicitará informe pericial médico dirimente sobre la capacidad. Y, en función de los informes recabados resolverá la autorización o no del matrimonio.

«El Notario puede elegir libremente el facultativo que emita el dictamen dirimente sin perjuicio de que los Colegios Notariales elaboren una lista de peritos a tal fin por si el Notario considerase oportuno su intervención. Con carácter previo a la elaboración del informe, habrá de consignarse en la oficina notarial el importe de los honorarios del perito designado, presupuestados por éste de forma prudencial y justificada. Los promotores estarán obligados solidariamente a su consignación en el plazo de cinco días desde la comunicación que les dirija el Notario indicándoles que procedan a abonar la cantidad fijada; agotado este plazo sin verificarlo, el Notario les comunicará que transcurridos tres meses se entenderá caducado el procedimiento. En caso de que los promotores no consignasen el importe del dictamen finalizado el mencionado plazo de tres meses, el Notario dictará resolución declarando la caducidad del procedimiento y el archivo del acta; sin perjuicio del derecho de volver a formular solicitud ante cualquiera de las autoridades legalmente habilitadas para la autorización del matrimonio. El importe consignado para los honorarios del informe será abonado por el Notario al perito designado una vez finalice su encargo».

Como puede verse, la DGSJFP viene a asimilar la referencia del primer párrafo del artículo 56, referido a las personas con discapacidad a las personas respecto de las cuales exista una resolución judicial dictando medidas de apoyo: no se puede referir a tal cosa el precepto, porque ese régimen aún no existía cuando se redactó.

Pero, por algún motivo que no se aclara, en esta situación el notario puede y debe, desembarazarse de la tramitación del expediente, y pasarle la *patata caliente* al encargado del RC. No se comprende porque es precisamente en este caso en el que no hay problema puesto que la persona en cuestión tiene fijadas judicialmente ya las medidas de apoyo para realizar este u otros actos.

De no existir resolución, entonces sí resuelve el notario, cuando precisamente estos van a ser los casos problemáticos y se entretiene la Instrucción en interpretar la expresión *dictamen médico* del artículo 56 y puede darse la circunstancia con arreglo a lo que la Instrucción determina, que intervenga el médico de cabecera, un médico especialista, y un médico designado por el propio notario para determinar si la persona en cuestión puede o no casarse.

Creo que todo esto está absolutamente fuera de lugar a la luz del tratamiento actual de estas cuestiones, máxime si se tiene en cuenta que del *dictum* «se requerirá dictamen médico», la DG deduce la posible intervención de ¡hasta tres facultativos!

Ya he referido anteriormente que a la hora de contraer matrimonio la cantidad de personas que pueden intervenir en el proceso es ya, en condiciones normales, potencialmente elevadísima, si además existen medidas de apoyo establecidas mediante resolución judicial, además de los medios técnicos que puedan requerirse para facilitar la emisión de la voluntad de la persona o personas de los contrayentes y, en fin, atendemos al criterio de la DG que permite la reclamación de tres dictámenes médicos, se comprobará que el número de personas que van a concurrir para poder contraer matrimonio es ya legión.

Pero además esto contrasta con otras materias como la ya mencionada del testamento con arreglo al nuevo artículo 665 antes transcrito lo que me sugiere algunas reflexiones⁷⁶:

En primer lugar, ¿por qué se mantiene la necesidad de recabar el dictamen médico para poder contraer matrimonio, cuando en otras materias, quizá de más calado jurídico, no se precisa, como la testamentifacción activa a la que antes he hecho referencia? Ya se ha visto además la tendencia jurisprudencial hacia el favor matrimonii incluso en casos de personas con patologías particularmente graves.

En segundo lugar, creo que es mucho más trascendente, desde el punto de vista jurídico, la realización de un testamento que contraer matrimonio⁷⁷, por lo que no se entiende muy bien que parezca que el legislador es más estricto en la apreciación de la capacidad de los futuros contrayentes, que en la del testador: ni la discapacidad, ni las condiciones de salud pueden impedir a dos personas que convivan, ni que hayan constituido una familia, no obstante, un funcionario, lo he dicho antes, puede impedirles que formalicen una situación familiar, ya constituida con un dictamen médico: ¿qué interés tiene el legislador en impedir esto?. No lo entienden así GÓMEZ LAPLAZA/DÍAZ ALABART⁷⁸ ya que llamaban la atención sobre que en aras de

⁷⁶ Como destaca en «La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual», CORVO LÓPEZ, F.M, Revista de Derecho Civil, vol. VI, núm. 4 (octubre-diciembre, 2019) pp. 135-170, en concreto p. 149 que en algunas sentencias de incapacitación se «extienda a otros actos de la esfera personal como el ejercicio del derecho de sufragio y la capacidad para contraer matrimonio». Como señala esta autora «tales pronunciamientos –como ha resaltado la doctrina– resultan inadmisibles hoy dada su incompatibilidad con la CDPD e, incluso, con la Constitución. Y es que, si –a tenor del artículo 666 del Código civil– la capacidad ha de apreciarse en el momento mismo en que se produce el otorgamiento del testamento, no debe privarse de tal posibilidad ex ante en el preciso momento en que se dicta la sentencia de modificación de la capacidad sin contemplar la posibilidad de que el sujeto en cuestión pueda recobrar la lucidez pues, con tales pronunciamientos, si el sujeto se encontrara en un intervalo de lucidez mental, no cabría acudir a la regla contenida en el artículo 665 del Código civil», p.150. Efectivamente la normativa vigente ha venido a confirmarlo.

⁷⁷ Recuérdense algunas sentencias citadas ut supra, en particular la STS 91/2024, de 24 enero 2024

⁷⁸ GÓMEZ LAPLAZA, M^a del Carmen y DÍAZ ALABART, Silvia, «La capacidad testamentaria de los incapacitados», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y GARCÍA RUBIO, M^a Paz. (dir.), Estudios de Derecho de Sucesiones, La Ley, Madrid,

la protección del incapacitado se le pueda prohibir disponer para después de su muerte y en cambio se le permita contraer matrimonio o reconocer un hijo extramatrimonial, cuando estos dos actos, decían, tienen mucha mayor incidencia en la vida personal del incapacitado y en su patrimonio que otorgar testamento. Lo cual puede ser cierto en cuanto al matrimonio como institución, pero no en su sustancia, ya que, con él o sin él, estas personas pueden hacer lo mismo.

Sin embargo, el testamento es una disposición netamente jurídica, es necesario tener o poder asumir una serie de conocimientos que trascienden lo meramente personal, es necesario comprender la institución y en qué consiste y cuáles son sus consecuencias, consecuencias que, a diferencia del matrimonio, van a ser irremisibles e irreversibles⁷⁹, sin embargo, para esto la mano del legislador se ha abierto totalmente a la luz del nuevo 665 CC y por otra parte, la Ley dispone qué se ha de hacer si no existe testamento.

En tercer lugar, porque no aclara el precepto el alcance de tal dictamen: ¿es vinculante para el notario o no? ¿Quién responde de la capacidad del o de los contrayentes? ¿El notario, el facultativo o ambos?

Como es sabido en el caso del anterior 665 CC, se suele decir que no solo los facultativos sino también el notario autorizante responde de la capacidad del testador, pero este artículo 56 no nos aclara nada. Da la sensación de que en estos casos es quien da paso el expediente es el médico⁸⁰.

2014, pp. 529-546. Vid así mismo COBACHO GÓMEZ, J.A. *La evolución legislativa y jurisprudencial sobre la capacidad de testar. Notas sobre la interpretación del testamento* Murcia, 2022

⁷⁹ Obviamente dado que su autor no va a vivir para conocerlas, no obstante, no es probable que al menos que mientras vive no le importe lo que ocurra después de su muerte, de otro modo no redactaría testamento y haría suya la célebre y premonitoria frase de Luis XV, «après moi, le deluge», después de mí, el diluvio.

⁸⁰ Bajo el régimen precedente existió disparidad de criterios en este punto, así DIEZ DEL CORRAL, el instructor del expediente, en aquel momento el encargado del Registro civil, es el que tiene que apreciar la capacidad de los contrayentes, puede discrepar del dictamen médico dijese este lo que dijese, *Lecciones prácticas sobre Registro civil*, Madrid, 1993; sin embargo DÍAZ AMBRONA BARDAJI entiende que es vinculante y Lacruz señalaba que si el dictamen era favorable el instructor debía autorizar el matrimonio, *Lecciones de Derecho de familia*, Centro estudios ramón areces, Madrid, 1999; más recientemente LINACERO considera que el dictamen no es vinculante, p. 103. Para CAMPUZANO TOMÉ, el dictamen emitido por el médico forense (cuando el expediente solo se podía instruir ante el encargado del registro el competente de acuerdo con el artículo 245 RRC era únicamente el médico del RC o su sustituto) no es vinculante pero sí aquel ha entendido como conclusión de un estudio razonado que en la entrevista exploratoria ambos mostraron un conocimiento aceptable sobre lo que supone el matrimonio y sus consecuencias y se podía apreciar un grado aceptable de voluntad como para prestar consentimiento válido, es obvio que la discrepancia del encargado para ser legítima ha de estar fundada sobre su convicción sobre la falta de capacidad de los contrayentes deducida de su apreciación y examen directo de estos, cita en este punto la RDGRN de 1 de diciembre de 1987 RJ 1987/9716. *Comentarios...* p.165

Como señala VERDA Y BEAMONTE, destaca, acertadamente, en primer lugar, que la «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».

En segundo lugar, entiende, que «se requiere certeza respecto a la falta de capacidad natural del contrayente, faltando la cual no deberá pedirse el dictamen», algo paradójico puesto que si el que instruye tal expediente tiene tal certeza, ¿para qué necesita dictamen médico alguno? Nótese que en el sistema precedente, el instructor del expediente podía solicitar el dictamen al existir alguna «deficiencia» que le indujese a pensar que el contrayente carecía de la necesaria aptitud matrimonial⁸¹, de manera que el dictamen constituía un instrumento para despejar las dudas del notario o del Letrado de la Administración de Justicia, sin embargo ahora la mera presencia de una discapacidad psíquica, no es bastante para recabar tal dictamen, de hecho la norma entiende que en caso de existir, es preferible que se opte por la posibilidad de contraerlo, sino que a lo que hace referencia es a unas condiciones de salud que incuestionablemente llevan a concluir al funcionario que esa persona no puede contraer matrimonio por carecer de aptitud para hacerlo, aunque la redacción del precepto no es desde luego muy coherente, baste contrastar lo *categórico y sustancial* con el *pueda* impedirle. Esto contrasta nuevamente con la capacidad testamentaria, en la que es el propio notario quien, en toda circunstancia debe apreciar si existe o no capacidad y no puede recabar dictamen facultativo, en el sistema precedente tampoco, salvo que existiese incapacitación o modificación de la capacidad previa (sin pronunciamiento acerca de la posibilidad de realizar testamento), por lo que es él mismo quien responde de tal aptitud para la testamentifacción.

En tercer lugar, destaca que puede tratarse de discapacidades tanto transitorias, por ejemplo, drogodependencias (aunque la transitoriedad en estos casos puede ser relativa y realmente

⁸¹ Bajo el presupuesto que la mera presencia de una «deficiencia» psíquica no tenía por qué constituir a priori ningún impedimento para contraer matrimonio, así la STS 18 de septiembre de 1989 entre otras cosas por la general presunción de capacidad de todas las personas mayores de edad para todos los actos de la vida civil, ex 322 CC, en aquel momento, desde 2021, artículo 246. Vid. CAMPUZANO TOMÉ, p 165.

no sé si el hecho de ser toxicómano es causa suficiente para impedir a una persona contraer matrimonio⁸²), como duraderas⁸³.

Lo cierto es que de lo que se habla ahora en el precepto no es estrictamente de discapacidad, porque en realidad, con arreglo al nuevo sistema, la discapacidad no puede ser determinante, *per se*, de una falta de aptitud matrimonial, es más podemos hallarnos ante casos de matrimonios celebrados en peligro de muerte o *in articulo mortis*, donde precisamente tal situación lo que determina es la no necesidad de realización de expediente, aunque sí la intervención de un facultativo.

Los preceptos que lo regulan son el 52 tanto del CC como de la Ley del Notariado, dos artículos cuya numeración es coincidente pero su contenido no lo es tanto. Para comenzar el del CC realiza una atinada distinción, que no hace de una manera tan clara la Ley del notariado y es que el peligro de muerte no siempre deriva de una enfermedad o condición de salud previsiblemente terminal con carácter más o menos inmediato (piénsese que la tramitación del expediente ante el registro civil y ulterior celebración del matrimonio, en la práctica es un proceso que puede durar meses, ante notario el trámite se agiliza, pero aun así serán precisos unos días) sino que puede ser debido a otras circunstancias, que no es preciso ser imaginativo para saber cuáles son, puesto que derivan de los propios autorizantes a que se refiere el

⁸² En algunos casos en los que se ha apreciado como causa de nulidad matrimonial en realidad no era tanto por el hecho de la drogodependencia, toxicomanía o alcoholismo más o menos transitorias, sino porque a causa de estas se habían producido patología de carácter irreversible, así por ejemplo la STSJ Cataluña 5 de abril de 2001 RJ 202/1400 o el caso de un matrimonio también declarado nulo por haber sido 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 autodomínio» (SAP Sevilla 28 junio 2000, ROJ: SAP SE 3046/2000); por su parte la STS 14/07/2004, STS 5150/2004 - ECLI:ES:TS:2004:5150, lo menciona como posible casusa de nulidad sin perjuicio de que no era en el caso por lo que declara la nulidad.

⁸³ Menciona algunos casos que son particularmente interesantes en orden a comparar la situación actual con la de hace algunos años, porque si se analizan las resoluciones en cuestión, seguramente hoy no habrían llegado a la misma conclusión en buena parte de los casos: por ejemplo en la primera de ellas, referida a una persona que padecía una hemiplejía con afasia, que le imposibilitaba para hablar, por lo que sólo podía comunicarse apretando la mano izquierda (RDGRN 29 octubre 2014, JUR 2015, 266357) se denegó la autorización, cosa que parece poco probable que en el estado actual de la cuestión ocurriese, he dedicado una amplia nota precisamente a la afasia *ut supra*; se denegó también en el caso de una persona 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 actos (RDGRN 29 enero 2004, RAJ 2004, 2790); o de otra 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 abstractos (RDGRN 18 octubre 1999, RAJ 1999, 10145); o el caso de una persona 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 asuntos (RDGRN 23 octubre 2004, RAJ 2005, 1079), en este último caso, como se ha visto hay cierta disparidad de criterios en los casos de nulidades matrimoniales que han llegado al TS, ya que tiene este declarado que la mera presencia de Alzheimer, pese al carácter degenerativo de la enfermedad, no es bastante para invalidar un matrimonio.

precepto: militares que van a entrar en campaña, naves o aeronaves en situación de peligro. Establece en fin que «el matrimonio en peligro de muerte no requerirá para su celebración la previa tramitación del acta o expediente matrimonial, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad y, 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».

El artículo 52.3 de la Ley del Notariado realmente solo regula el peligro de muerte derivado de enfermedad (o haber sufrido graves heridas o lesiones), pero no de otras posibles circunstancias de las que, *sensu contrario*, cabe deducir que no es preciso el dictamen del facultativo. Tampoco es preciso si existe imposibilidad acreditada para que este concurra, lo que obviamente no ocurrirá en los casos más habituales, de enfermos que se hallen en un hospital, donde la intervención del facultativo es posible y por tanto necesaria. No obstante, cabe plantearse que valor tiene la intervención del facultativo a la que ambos preceptos hacen referencia, es decir, médico parece que ha de responder acerca de, *expresi verbis*, de la capacidad para prestar consentimiento del enfermo, según el CC, y de la aptitud para prestar consentimiento matrimonial con referencia en ambos casos a la valoración de la gravedad de la situación. Esto último plantea pocas dudas: el médico debe acreditar que con arreglo a sus conocimientos de la *lex artis* existen unas elevadas probabilidades de que el paciente no va a superar su enfermedad (o las lesiones) y no va a sobrevivir demasiado tiempo.

Otra cosa es la capacidad para prestar consentimiento a cuya valoración el código civil no le da *apellido*, pero sí la Ley del notariado que dice que el médico ha de valorar si tiene aptitud para prestar consentimiento *matrimonial*: en realidad de lo que puede responder el facultativo creo que debe ser de si la persona en cuestión está en condiciones de prestar un consentimiento consciente y libre, pero no de la aptitud matrimonial, cuestión que creo que es el notario el que debe valorar. Llama la atención VERDA Y BEAMONTE sobre la diferencia del régimen que se establece en el artículo 56.2 para cualquier matrimonio y el que se establece para estos casos: en el primero, destaca, la intervención del facultativo es excepcional y la mera existencia de una enfermedad psíquica no basta para que se recabe (aunque ya se ha visto que la Instrucción de 3 de junio de 2021 de la DGSJFP para ce abrir la puerta a la intervención de unos cuantos facultativos en ocasiones), mientras que en el matrimonio en peligro de muerte, parece que «se es más riguroso, pues ha de pedirse dictamen médico siempre que sea posible». Entiende, en fin, que tal discordancia no es razonable ni respetuosa con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad⁸⁴.

⁸⁴ Loc. Cit. p. 6

En estos casos se tramitará el expediente a posteriori en el que, dice el precepto, se comprobará si concurren los requisitos legales para la validez del matrimonio. Lo fundamental en este punto, es a qué requisitos se hace referencia, si solo a los relativos a no concurrencia de impedimentos que puede que por la premura de tiempo no se hayan podido constatar de manera fehaciente – ausencia de vínculo previo, ausencia de parentesco, etc. – o también el relativo a la capacidad o aptitud matrimonial en el momento de celebrarse el matrimonio. Porque lo cierto es que tal aptitud parece que ya ha sido debidamente comprobada y acreditada mediante la intervención de un facultativo, cuya intervención normalmente es excepcional. Es decir, si el médico no pudo intervenir en su momento, se deberá comprobar a posteriori la aptitud matrimonial, incluso recabando la intervención de un médico, pese a que el 56.2 determina la excepcionalidad su concurrencia, ahora bien, si tal intervención sí se produjo antes de la celebración del matrimonio en peligro de muerte ¿será precisa la nueva intervención de otro facultativo? Porque si, declaradamente, el dictamen médico ha de ser excepcional, ¿con qué fundamento se puede exigir en los casos de matrimonio en peligro de muerte donde ya concurrió un facultativo, que se compruebe nuevamente la aptitud para prestar consentimiento matrimonial? ¿no quedó ya suficientemente acreditada tal o aptitud para prestar consentimiento en el momento de la celebración con el respaldo del notario autorizante y el dictamen del facultativo?

El problema se plantea bajo varios posibles presupuestos: uno que quien instruya a posteriori el expediente no quede convencido de la aptitud para prestar consentimiento por parte de la persona que lo prestó y que ésta, como en el momento de la celebración se presumió como probable, ya haya fallecido cuando tal cosa se haga; dos, que puede que no sea así, pese al peligro de muerte bajo el que se contrajo el matrimonio, la persona en cuestión no falleciese finalmente; el otro que sea una persona interesada la inste la nulidad del matrimonio ulteriormente por falta de consentimiento con fundamento en el artículo 73.1 CC. Como señala VERDA, si no se recabó el dictamen médico cabe la posibilidad de que se recabe a posteriori, ahora bien, en los casos a los que se está haciendo referencia, se da la circunstancia de que tal dictamen médico sí se recabó, por tanto, resulta que el carácter excepcionalísimo de la intervención médica para dictaminar sobre la aptitud matrimonial que declara el artículo 56 en condiciones normales, para estos casos se transforma, nuevamente, como ocurre con la interpretación dada por la Instrucción de la DG, en una posible intervención de varios facultativos: el que lo hizo para dictaminar sobre la aptitud de la persona en el momento de la celebración y aquel de quien se recaba al instruir el expediente, supuesto que se recurre a uno distinto al que lo hizo en principio. No obstante el contenido de esta eventual segunda intervención, bajo el pretexto de que la persona de quien se trata se hallaba en las condiciones de salud que al encargado de instruir el expediente le hacen pensar que se hallaba impedido de manera categórica y sustancial para prestar consentimiento, pese a que un notario, un médico y dos testigos han respondido previamente de que sí podía prestarlo no es ni puede

ser uniforme: para comenzar he distinguido dos posibilidades, la una que la persona de quien se trata ya no viva; la segunda que todavía viva. En el primer caso el segundo dictamen médico habrá de cuestionar o confirmar el contenido del primero, en el segundo, sin embargo, pasará por el examen de la persona en cuestión, sin perder de vista de que su estado actual, pese a no existir en materia de capacidad matrimonial un precepto al estilo del 666 que establece que «se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento», se supone que no es el determinante para apreciar la validez o no del matrimonio celebrado en peligro de muerte, sino el estado en que se hallaba cuando tal matrimonio se contrajo que puede ser peor, pero también puede ser mejor, por ejemplo: imaginemos el caso de una persona que debido a un accidente se halla prácticamente inconsciente, se mantiene vivo gracias a apoyos vitales, apenas conserva movilidad y se comunica con dificultad, y se autoriza su matrimonio con el dictamen favorable del facultativo, si posteriormente continúa así o incluso pasa a un estado vegetativo el posible cuestionamiento de la validez del matrimonio se deberá tanto al estado en que se hallaba, como a la situación actual; sin embargo, si en la actualidad se ha recuperado y se halla en plenas facultades físicas y mentales, sin que se haya cuestionado por los contrayentes ni interesado alguno la validez del matrimonio, ¿podría el instructor del expediente a posteriori entender que el matrimonio no fue válido por falta de consentimiento, de acuerdo con el artículo 73.1? No tendría demasiada lógica ni parece probable, pero no es imposible. Todo esto lleva a pensar que, ni en el artículo 52, ni en el 56 la intervención de un facultativo está debidamente acotada y que debería ser objeto de algún tipo de revisión en uno de dos posibles sentidos: o bien se determina más claramente en qué casos es precisa tal intervención, o bien, al igual que se ha hecho en materia testamentaria, se deja al criterio del instructor del expediente quien tiene y quien no tiene aptitud matrimonial.

Ya he mencionado que, frente a lo que ocurre con el testamento, no creo que, dado la actual visión del matrimonio en el orden jurídico y social, tenga demasiado sentido fiscalizar la aptitud *matrimonial* en absoluto, despojado este de casi todas sus características tradicionales, sino todo lo más, la mera aptitud para prestar un consentimiento consciente y libre. A esto debe añadirse la consideración de la existencia de un posible fraude (los llamados matrimonios de conveniencia o de complacencia).

B''.2. El matrimonio de una persona con discapacidad con quien ejerce las medidas de apoyo y relación con las reglas de incapacidad relativa para suceder: influencia indebida y captación de la voluntad

Por otra parte, es posible que una persona discapacitada pretenda contraer matrimonio precisamente con quien desempeña las medidas de apoyo, ya sea un guardador de hecho, ya un defensor judicial, ya un curador.

En estos casos y dado que no existe disposición alguna que impida a estas personas contraer matrimonio entre sí y sentado que dispone de las debidas medidas de apoyo la persona del discapacitado, sobre todo en los casos en las que ha sido designado judicialmente, no parece probable que pueda limitarse la posibilidad de contraer matrimonio recabando dictamen médico alguno. Téngase en cuenta que esta situación puede no ser infrecuente en la práctica. La redacción originaria del artículo 45 del CC procedente de la reforma de 1958 establecía en su apartado tercero, la prohibición de contraer matrimonio «al tutor con las personas que tenga o haya tenido en guarda hasta que, cesado en su cargo se aprueben las cuentas del mismo, salvo el caso de que el padre de la persona sujeta a tutela hubiese autorizado el matrimonio en testamento o escritura pública», manteniéndose de ese modo la prohibición que se contenía también en la redacción originaria y que se mantuvo hasta la reforma de 1981. A partir de ese momento el legislador deja de contemplar la posibilidad y por tanto habría que entender que tutor y pupilo podrían contraer matrimonio entre sí sin otras limitaciones que las generales que pueden afectar a cualesquiera personas.

Mientras existió esta prohibición se justificaba sobre la base de la posible influencia que podía tener el tutor sobre el pupilo, además de que siendo el tutor representante del pupilo estaríamos ante una suerte de autocontratación. Así pues, se estableció un supuesto de incapacidad para contraer objetivada, si bien temporal, supeditada a la duración de la tutela y la consiguiente rendición de cuentas. Es decir, que se prohibía para evitar lo que en materia sucesoria se denomina la captación de la voluntad o lo que se ha dado en denominar la influencia indebida por parte del tutor sobre el pupilo.

A esta prohibición dedican escasa atención la mayor parte de tratadistas limitándose a recogerla hasta 1981. Los más antiguos sí se refieren a ella más detalladamente, así MUCIUS SCAEVOLA decía lo siguiente: «obedeciendo al justo temor de que guiados por un fin interesado los tutores tratasen de celebrar uniones que pudieran favorecer en su día la rendición de cuentas a sus pupilos en detrimento de la fortuna de éstos, la ley prohíbe el matrimonio entre unos y otros»⁸⁵ como quiera que, como el propio autor señalaba «la ley no se contenta con que la persona sujeta a tutela salga de tal estado, sino que se requiere además que se hayan aprobado las cuentas por las personas a las que está conferida tal facultad»⁸⁶, es evidente que el sentido de la prohibición era fundamentalmente preservar los intereses económicos del pupilo⁸⁷. Destacaba así mismo que la prohibición afectaba a todos los tutores (fueran testamentarios, legítimos o dativos) puesto que el artículo 281 imponía a todos ellos la misma

⁸⁵ *Código civil concordado y comentado extensamente* T. II, (arts. 42 a 107). Imprenta Ibérica. Madrid, 1907, p. 141

⁸⁶ p. 142

⁸⁷ Por cierto, que la prohibición originariamente se refería al matrimonio del tutor con la pupila, así el artículo 9 de la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870.

obligación de rendir cuentas. Por su parte SÁNCHEZ ROMÁN⁸⁸ señalaba que este impedimento era puramente civil sin que se encontrase entre los establecidos por la Iglesia para el matrimonio canónico, «siendo bien raro que, no obstante los orígenes romanos de esta doctrina, no ofrezca precedentes en nuestro Derecho hasta el Código penal de 1848 y el vigente de 1870 que coincidió con la expresión de igual doctrina sancionada en la ley de matrimonio civil», pero en lo que a la justificación de la prohibición decía el mismo autor que «tiende a evitar que la codicia o mala fe de los tutores pueda eludir la responsabilidad de su gestión en daño de los pupilos»⁸⁹. Tal prohibición era redimible por el padre del pupilo o pupila en testamento o escritura pública, pareciendo común opinión en aquel momento que no podía hacer lo propio la madre⁹⁰.

En resumidas cuentas, el fundamento de la prohibición parece evidente que era puramente económico, es decir, se trataba de evitar un perjuicio al patrimonio del pupilo, amén de evitar que el tutor, por esta vía, pudiese eludir la rendición de cuentas. Como queda dicho la prohibición desaparece en 1981, sin embargo, tanto bajo el régimen precedente desde ese año, como bajo el vigente a partir de 2021, creo que se debería haber prestado alguna atención a esta situación.

Bajo el precedente en tanto el tutor era necesariamente un representante legal, condición que actualmente conserva respecto del menor no emancipado. Como se sabe para determinados actos se requería autorización judicial, fundamentalmente los referidos en los artículos 271 y 272, cuyo contenido era referido sobre todo a actos de contenido patrimonial, salvo el referido al internamiento del pupilo que se contenía en el primer número del artículo 271. Por tanto, no para contraer matrimonio, salvo que en las capitulaciones matrimoniales se incorporasen cuestiones que pudieran subsumirse en alguno de los aspectos contemplados en el resto de los apartados de estos preceptos hay que atenerse a las reglas generales de capacidad para contraerlo con cualquier otra persona. Desde 1981, las posibilidades de tutela eran bien la de un menor o bien la de una persona incapacitada por sentencia. En el primer caso para poder contraer matrimonio el menor debería estar emancipado u obtener la dispensa de edad, desde los 14 años, no obstante, en tales supuestos la capacidad matrimonial pasaba por la extinción de la tutela mediante la habilitación de edad o por la emancipación producida por el matrimonio si se obtenía la dispensa, es decir, el tutor pasaría a ser el curador del menor. Para el caso del incapacitado la capacidad para contraer matrimonio había de

⁸⁸ *Estudios de Derecho civil* t. V, Vol 1º Derecho de familia, Madrid, 1912

⁸⁹ Ob. Cit. P. 484 y 485

⁹⁰ MUCIUS SCAEVOLA se refería a esta cuestión en los siguientes términos, «aun entendiendo que debería tener la misma potestad que el padre, refiere que el legislador la circunscribe al padre por el temor de que la mujer por su carácter más débil y bondadoso que el hombre, pudiera conceder la autorización con alguna prodigalidad», ob. Cit. p. 142

valorarse *ad casum*, y el hecho de estar incapacitado quedaba desvinculado, ya se ha dicho, de su eventual *ius connubii*.

A partir de 2021 las posibles situaciones son las siguientes: el menor puede estar sujeto a tutela, por tanto, amén de cumplir los requisitos de capacidad matrimonial, ha de hallarse emancipado, lo que quiere decir que la posibilidad de contraer matrimonio con el tutor no es factible, dado que, presupuesto para poder contraer matrimonio (extinta la dispensa de edad desde la modificación de la materia que supuso la entrada en vigor de la Ley 15/2015 de Jurisdicción voluntaria) es haber obtenido previamente el beneficio de la mayor edad o habilitación de edad, de acuerdo con el artículo 245 CC, y una persona en esta situación no puede estar sujeto a tutela sino en todo caso a la intervención de un defensor judicial. En el particular caso de Aragón me remito a las consideraciones que realicé anteriormente.

La otra posible situación es la de la persona con discapacidad la cual, no puede estar en ningún caso sujeta a tutela, sino que tendrá algún guardador de hecho o bien un defensor judicial o bien estará sujeto a curatela.

Lo cierto es que, suprimida la prohibición, quizá podría replantearse un control de autoridad, en relación con aquel antiguo fundamento de evitar perjuicios patrimoniales a las personas en esta situación, sin detrimento del respeto a sus deseos, voluntades y preferencias⁹¹, sobre la eventual presencia de una influencia indebida por interés propio ya sea del guardador de hecho, ya del defensor judicial, ya del curador, tenga este o no funciones representativas y sobre todo en este caso. Evidentemente el matrimonio puede ser, para la persona que ejerza tales funciones, un mecanismo de obtención de ventajas que de otro modo no tendría, amén de un medio para evitar la rendición de cuentas en ciertos casos, y por esta vía eludir la incapacidad para suceder del artículo 753 que afecta a los tutores o curadores, cuestión a la que enseguida voy a hacer referencia.

Piénsese que precisamente la curatela, a falta de propuesta por el propio interesado, recaerá por designación judicial de acuerdo con el 276.1 en el cónyuge, o en quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo. Pero lo sustancial aquí es saber si cabe la posibilidad de valorar hasta qué punto puede, quien desempeñe alguna de estas funciones, prevalerse de su situación para influir en la persona con discapacidad y ejercer una posible influencia indebida sobre ésta. Con carácter muy genérico se refiere a esta cuestión el artículo 250 cuyo párrafo séptimo establece que «al

⁹¹ Presta la Convención de Nueva York atención particular a que se garantice el no establecimiento de limitaciones al *ius connubii* de las personas con discapacidad, así el artículo 23.1. «Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) 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»

determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida». El siguiente artículo refiere en forma de prohibiciones algunos supuestos donde puede producirse tal conflicto de intereses o una influencia indebida, y en lo que aquí puede resultar más relevante, prohíbe en su apartado 2º prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio, es decir, en caso de contraer matrimonio el curador no podría prestarlas, con lo que sería necesaria la intervención de un defensor judicial.

No obstante no existe una regulación específica sobre la influencia indebida en el Código civil a la cual solo se vuelven a hacer referencia genéricas en el artículo 255, en el 258 y el 270 que, también de manera un tanto indefinida establece que «la autoridad judicial establecerá en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida».

En general las referencias que se suelen hacer a la influencia indebida se refieren a la celebración de contratos que puedan ser perjudiciales para la persona, así por ejemplo GUILARTE MARTÍN CALERO, después de advertir la ausencia de sustantividad propia en el Cc de la influencia indebida, señala lo siguiente «frente a la generalidad de los sistemas europeos que sí dan respuesta las situaciones en las que un contratante no crea las condiciones de abuso, pero sí las aprovecha para obtener la perfección de un contrato en condiciones ventajosas»⁹². El artículo 621-45.1 del CCCat. también hace referencia a la ventaja injusta en materia de compraventa, cuyo definición no difiere mucho de los viejos contratos de préstamo leoninos que constituían aquellos que se realizasen en condiciones tales que hubiese «motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales», aunque sí varía la consecuencia, ya que la Ley Azcárate declaraba la nulidad de estos contratos mientras que el CCCat la recoge como uno de los posibles supuestos de rescisión de los contratos de compraventa junto a la clásica rescisión por lesión *ultradimidium*.

Es llamativo que aquella norma prestaba especial atención a los contratos celebrados con personas con discapacidad y así su artículo 11 se refería expresamente a esta situación: «el que no pudiendo tratar con persona incapacitada legalmente para contraer obligaciones intente ligarlo al cumplimiento de una, mediante un compromiso de honor u otro procedimiento análogo, incurrirá en la pena que marca el art. 5.º, de la presente ley, impuesta

⁹² «Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulados en el Código civil español», en El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica», APDC, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 76

siempre, según los casos, en su grado máximo». En la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, concretamente en su ley 21 se regula expresamente la influencia indebida:

«La influencia indebida. Son anulables las declaraciones de voluntad realizadas en beneficio de quien, teniendo bajo su dependencia al otorgante, aprovecha esa situación para conseguir, para él u otros, una ventaja que de otro modo no hubiera obtenido».

«Abuso de influencia. Asimismo, son anulables las realizadas por la influencia abusiva de otro que aprovecha la confianza en él depositada, la debilidad mental⁹³ o la angustia del declarante, con obtención de un beneficio».

La norma navarra opta pues por la anulabilidad, al estilo de los vicios del consentimiento, disciplina que se halla vinculada a la idea de influencia indebida, por la vía del dolo o la intimidación⁹⁴ Pero en todo caso, la posible valoración de la *undue influence*, tanto en las normas citadas, como en su tratamiento doctrinal, se remite generalmente al derecho de la contratación, pero nada se dice de la posible existencia de tal influencia por parte de quienes ejerzan las medidas de apoyo en orden a contraer matrimonio con una persona con discapacidad, ya sea con ellos mismos o con un tercero. Todo lo más se hace referencia a la cuestión de las capitulaciones matrimoniales⁹⁵. Efectivamente concluye INFANTE RUIZ que «lo que verdaderamente pretende el derecho mediante la concesión de este remedio equitativo es la protección de los contratantes en situación de vulnerabilidad, entiéndase esta como una situación especial cualificada por una relación de confianza o fiducia. Persigue evitar la victimización de estos contratantes. Los instrumentos de modernización del derecho de contratos (PICC, PECL y DCFR) y la Propuesta de Modernización del Código Civil español de la Comisión General de Codificación, así como su replicante en la Propuesta de Código Civil de la APDC, guiados por un excesivo afán constructivo de una única figura que permita la

⁹³ El término debilidad mental no parece muy acorde con el signo de los tiempos, como no se incurra en la paradoja de que puede referirse a personas que no tengan discapacidad alguna, pero en ningún caso a personas con discapacidad.

⁹⁴ GUILARTE MARTÍN CALERO, ct. P. 76; INFANTE RUIZ por su parte se refiere con cierto detenimiento a la cuestión relacionándolo bien con un concepto amplio de dolo o bien con un concepto amplio de intimidación, si bien es dudoso sobre todo en este último caso ya que como anteriormente señala «la undue influence, sin embargo, va más allá y se extiende a casos menos evidentes de presión para contratar. La undue influence no requiere que exista una presión o una amenaza explícita, ni siquiera que la presión provenga del contratante beneficiado, sino que puede verificarse perfectamente en los casos de ausencia de presión o amenazas y tomarse en consideración allí donde el grado de influencia o ascendencia de una persona sobre otra es de tal magnitud que una puede marcar la línea de actuación de la otra. 2º) Incluso cuando existe un acto de presión o persuasión explícito de parte del contratante beneficiado no se requiere como requisito para la aplicación de la unde influence que la presión sea antijurídica, como en la duress, sino que su actuación sea intolerable o desproporcionada» Preguntas y respuestas sobre la virtualidad de de la undue influence como vicio del consentimiento RDC, Vol VII, nº 2, 2021

⁹⁵ Así INFANTE RUIZ se refiere al caso de la STS de 15 de enero de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:68) en que se declaró la invalidez de unas capitulaciones matrimoniales consentidas por la esposa en una situación de absoluta sumisión hacia su marido con previos episodios constantes de malos tratos y violencia, hasta el punto de que tenía totalmente anulada la capacidad de decisión de su esposa. P. 28, aunque no se trata de una situación de discapacidad y el matrimonio ya existía.

reestructuración de las asimetrías contractuales, incurren en este olvido. Sin embargo, lo importante y fundamental, en el derecho inglés, en cualquier tipo de undue influence, de acuerdo con los principios de la equity, es que el remedio jurídico concede protección frente a una prevalencia o presión injustificada de una parte sobre la otra, con independencia de su manifestación, porque el negocio jurídico celebrado no puede ser considerado «como una expresión de la libre voluntad del contratante presionado. Es un vicio del consentimiento genuino»⁹⁶.

La situación frente al matrimonio, no ya de cualquier persona, que también puede sufrir una influencia indebida, sino en particular en el caso que estoy tratando de la relación persona con discapacidad con quien ejerza las medidas de apoyo, es una cuestión que no se ha tratado y que, por un lado necesita un análisis de su etiología, aunque respecto de su consecuencia no caben las dudas que respecto de los contratos, puesto que no puede ser otra que la nulidad de tal matrimonio, porque, aparte del eventual vicio del consentimiento, se valore como se valore, tales matrimonios encajarían en el concepto de matrimonio contraído en fraude de ley, por más que yo tenga serias dudas acerca del alcance de este concepto como intento acreditar aquí.

Pero en relación con las posibles causas, nótese, que el *ius connubii* de las personas con discapacidad puede chocar con esa posible influencia indebida que, si en el caso de la contratación puede tener unos perfiles dudosos, en el caso del matrimonio que, al margen de constituir una convención de naturaleza *sui generis* y prescindiendo de sus finalidades, sean estas cuales sean, o de las obligaciones recíprocas de los cónyuges, lo cierto es que se fundamenta en una relación interpersonal, cuyos matices, motivaciones, aristas, contenido y relaciones de dependencia emocional, son de una complejidad que difícilmente pueden darse en un contrato de compraventa, por ejemplo, donde evidentemente no intervienen los sentimientos o éstos carecen de relevancia jurídica⁹⁷.

En tales relaciones existen una serie de interinfluencias que, dejando de lado los casos de violencia o intimidación, son de difícil valoración jurídica. Sea como sea, los eventuales mecanismos de control para evitar la influencia indebida y el posible conflicto de intereses pueden ser la designación de un defensor judicial en cada caso en que una persona con discapacidad pretenda contraer matrimonio con el que ya tiene o con el curador, e incluso recabar la autorización judicial a que se refiere el artículo 287 cuando se trate de un curador con funciones representativas, con base en el primer apartado de este precepto.

⁹⁶ Loc. Cit. p. 31

⁹⁷ Y donde el consabido temor reverencial no anula el contrato como determina el último párrafo del artículo 1267 CC. Sobre esta cuestión ver VIDAL GALLARDO, Mercedes. *La violencia y el miedo que anulan la libertad del consentimiento matrimonial y su relevancia en el sistema matrimonial español*. Pamplona: Aranzadi, 2024.

Por otra parte, ya se han tratado anteriormente las dudas bajo el sistema precedente acerca del carácter vinculante o no del dictamen médico, tales dudas persisten bajo el vigente⁹⁸, sea cual sea la eventual intervención del médico y sus presupuestos.

En el sistema anterior era el forense de acuerdo con el RRC art. 245, o sea, que no tenía que tratarse de un psiquiatra, por más que el problema generalmente se plantea en el caso de discapacidades psíquicas (el precepto se refiere precisa y únicamente a tal cuestión: «si el instructor estima que alguno de los contrayentes está afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, recabará del Médico del Registro Civil o de su sustituto el dictamen facultativo oportuno»).

En el vigente régimen del artículo 52 ¿qué médico es aquel cuya intervención se requiere? Hay que suponer que, dado que, aunque la LRC 1957 se halla formalmente derogada, no ocurre lo propio con el Reglamento, por lo que ha de entenderse que, de instruirse el expediente ante el encargado del RC, sigue estando concernido por lo dispuesto en el mencionado artículo 245 RRC.

Ahora bien, en el caso de instruirse notarialmente, como se ha visto, la Instrucción de 3 de junio de 2021, establece que se aporten por los solicitantes, si así lo considera oportuno el notario, el informe o *los informes*, en relación con su aptitud, realizados por su médico de cabecera o médico especialista (el hecho de que se hable de informes permite pensar que el de uno y el del otro no son necesariamente excluyentes) añadiéndose más adelante que el Notario una vez aportado o aportados tales informes, hará una valoración de la capacidad de los contrayentes y que, si lo estima necesario para corroborar cualquier dato dudoso o paliar la insuficiencia de *los informes*⁹⁹ inicialmente aportados, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 56 párrafo 2.º del Código Civil, solicitará informe pericial médico dirimente sobre la capacidad. Y, en función de los informes recabados resolverá la autorización o no del matrimonio.

Desde luego no se habla de un psiquiatra, pero en lo que ahora interesa, hay que destacar la diferencia de régimen en estos casos cuando el expediente se instruye ante el registro civil, o ante notario, donde según la Instrucción, como se ha visto, pueden intervenir varios facultativos.

Cabe preguntarse qué es lo que se debe valorar, sentado que las personas con discapacidad por principio, y porque así se establece el Convenio de Nueva York y una jurisprudencia

⁹⁸ Un problema que no es nuevo, así GARCÍA CANTERO/CASTÁN VÁZQUEZ, se referían a este particular: el dictamen médico negativo ¿vincula al funcionario autorizante del matrimonio? Díez del Corral se inclina a creer que no porque «si así lo fuera quedaría sustituida por otra persona su función calificadora personal y se vulneraría la recomendación de la Comisión Internacional del Estado civil», CASTÁN, p. 211

⁹⁹ La cursiva es mía: como se ve a partir de un determinado momento, ya no se habla del informe sino de los informes, en plural.

abundante ya citada, lo que ha de tenerse en cuenta son esas condiciones de salud, que la Instrucción parece seguir interpretando, aunque no lo diga expresamente, como las deficiencias o anomalías psíquicas que mencionaba la redacción precedente.

Además, en el caso del matrimonio puede plantearse si lo que se ha de valorar es la aptitud para prestar consentimiento en el acto mismo o la capacidad potencial para asumir las consecuencias futuras de tal acto, cosa que en el testamento no se plantea y por eso mismo el artículo 666 establece que la capacidad requerida que se ha de valorar es «únicamente» aquella que se tenga en el momento de otorgarlo. Parece evidente que los cuestionarios transcritos parecen dar a entender que el instructor no solo valora tal capacidad actual, sino que también valora circunstancias pasadas y futuras, si es que tal cosa es posible, pero lo cierto es que las condiciones de salud que han de valorarse son las que impiden prestar el consentimiento en el acto de celebración del matrimonio.

Pero volviendo a la antigua prohibición del artículo 45 que tal y como se ha indicado constituía un mecanismo objetivo para impedir que debido a su posición influyese el tutor en la voluntad del pupilo llevándole a un matrimonio que quizá motu proprio no contraería, con el fin de obtener ventajas que de otro modo no tendría y que la norma que exige la rendición de cuentas precisamente vela porque no obtenga, es decir, para evitar el ejercicio de una influencia indebida. Tal prohibición hoy subsiste en otro ámbito que, nuevamente, es el sucesorio.

Efectivamente, el artículo 753 cuya redacción procede también de la Ley 8/2021 mantiene la prohibición de disponer por testamento en favor de determinadas personas, prohibición que, tradicionalmente, se justificaba en la finalidad de evitar la captación de la voluntad del testador por la particular posición que el tutor y esas otras personas ocupan respecto del testador que pueden sugestionar o condicionar a éste para que dispongan en su favor. Esto no es, en definitiva, otra cosa que la influencia indebida¹⁰⁰ a la que acabo de hacer referencia y no es otra cosa que una objetivación de la prohibición: no se entra en si ha existido o no tal captación o influencia indebida, sino que, sencillamente, se establece una prohibición de disponer en favor de estas personas, lo que se denomina una incapacidad relativa¹⁰¹.

¹⁰⁰ Como señalan GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO, en realidad la figura que nos ocupa (las incapacidades relativas) puede considerarse parte esencial de la solución dada por algunos ordenamientos... para impedir las situaciones de influencia indebida o de captación de la voluntad del testador», García Rubio/Otero Crespo, *Tratado de Derecho de sucesiones* t.I Dir GETE-ALONSO Y CALERA, Coord. SOLÉ RESINA, J. C; Cap. 5 «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», Civitas/Thomson/Reuters, Pamplona, 2011, p. 230

¹⁰¹ Sobre estas cuestiones ver GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO, *Tratado de Derecho de sucesiones* t.I Dir GETE-ALONSO Y CALERA, Coord. Solé Resina, J. C; Cap. 5 «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», Civitas/Thomson/Reuters, Pamplona, 2011, p. 225 a 273.

Antes de continuar con el fundamento de ésta y su mantenimiento, creo que es preciso llamar la atención sobre la inadecuada redacción recibida por el artículo 753 por la Ley 8/2021. En primer lugar, es preciso contrastarla con lo que establecía su redacción precedente que era la prohibición de suceder al causante a su tutor o a su curador, salvo si ya habían rendido cuentas o no siendo necesaria ésta, extinguidos sus cargos. Como se sabe la figura del tutor, antes de 2021, era en todo caso representativa, bien de un menor (no se olvide que el menor puede realizar testamento notarial desde los 14 años), bien de una persona con la capacidad modificada judicialmente¹⁰², en tanto, el cargo de curador, que se reservaba para incapacitados en mínimo grado, para el caso de los declarados pródigos o para los menores emancipados en ciertos casos o quienes obtuviesen el beneficio de mayor edad (antiguos artículos 286 y 287 CC), en ningún caso era representativo. La incorporación del curador al precepto procede de la Ley 1/1996, de enero ya que anteriormente solo se refería al tutor debido a que procedía de la redacción originaria del CC donde no existía la curatela, que se introduce por la reforma de la Ley de 24 de octubre de 1983. Esto fue debido a que la causa de la prohibición en uno y otro caso era la misma y tal causa no dependía de si la persona en cuestión era o no representante, sino a la influencia indebida que por su especial relación con el sujeto a la tutela o curatela podía ejercer sobre su pupilo, captando su voluntad y haciéndole disponer a su favor.

La reforma de que supone la Ley 8/2021, en lo que aquí interesa, limita las funciones representativas al tutor respecto del menor y al curador en ciertos casos, pero en punto a la incapacidad relativa para suceder, el que no la establezca también para el curador tenga o no tenga funciones representativas carece totalmente de sentido y yo creo que se debe sencillamente a un error del legislador, como lo prueban dos circunstancias: que establece la prohibición también para, «los cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas», personas que evidentemente no ostentan representación alguna y que en el último párrafo se refiere a los curadores en general, no solo a los representativos para establecer la excepción a la prohibición de suceder. Llamaban la atención GARCÍA RUBIO Y OTERO CRESPO, bajo el régimen anterior a la Ley 8/2021, sobre que no se incorporaban al precepto a otros cargos tutelares similares distintos del tutor o el curador, por ejemplo, al administrador del patrimonio protegido de las personas con discapacidad que introdujo la Ley 41/2003, tampoco se hacía referencia al defensor judicial - por cierto, que tampoco se hace ahora, lo que tendría todavía mayor fundamento, siendo así que es el que desempeña las funciones de complemento de capacidad de los menores emancipados para los casos previstos en los artículos 247 y 248 CC – por lo que, entienden, las autoras que hace preciso repensar las causas de inhabilidad sucesoria en relación con situaciones de influencia indebida que en la actualidad se dan y que

¹⁰² Obsérvese, como destacan GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO que se presupone la capacidad de testar del sometido a tutela, CIT. P. 238

eran extrañas en el momento de redactarse el CC. Precisamente se refieren a la posible violación de la integridad de la voluntad testamentaria que puede sufrir una persona que por sus condiciones de enfermedad y, más frecuentemente, de edad, presenta cierto grado de discapacidad y está siendo cuidada de manera formal o informal dentro de una institución o de modo estrictamente individual por otra, quien a la postre resulta sospechosamente favorecida en el testamento de aquella es el caso STS 10 junio de 2005¹⁰³». Es decir, el guardador de hecho regulado a partir de 2021 en los artículos 263 a 267 CC. Recuerdan estas autoras que en el CCCat. se establece lo que califican no como inhabilidad sucesoria, como parece pretender el art. 412-5.2 sino una serie de cautelas formales destinadas a preservar la libertad e integridad de la voluntad sucesoria de la persona sujeta a cuidados, ya que se permite se instituya a los cuidadores si se ordena la sucesión en testamento abierto o en pacto sucesorio, por lo que se deja en manos del notario la salvaguarda de la libertad testamentaria¹⁰⁴. No obstante, añaden, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia admite estas disposiciones *tout court*, en particular el 203.2 que establece que «será válida la disposición a favor de quien cuide al testador. Salvo que se disponga otra cosa, si el testador hubiera designado testamentero, será este quien determine en escritura pública la persona o personas que cuidaron al testador». La ocasión de ese replanteamiento de las causas de inhabilidad sucesoria parece que se ha perdido y lejos de contemplar la cuestión detenidamente se incurre en las incongruencias mencionadas y se deja fuera de su contenido a otras personas que pueden estar en idéntica posición para ejercer una influencia indebida: defensor judicial, guardadores de hecho, los que ejercen las medidas de apoyo por determinación voluntaria, ex artículos 254 y ss.

Pero lo esencial en este punto es que, siquiera sea con escasa fortuna, el legislador de 2021 no ha dudado en mantener una prohibición que en materia matrimonial se suprimió hace ya muchos años, pese a que la influencia indebida tendría el mismo sustento en uno y otro caso. Como consecuencia, el matrimonio, puede ser el primer paso para eludir las prohibiciones del 753 CC: es la consecuencia de regular dos aspectos tan esenciales como *iūs connubii* y la *testamentifactio* con criterios diversos e incoherentes entre sí. Al permitir sin más contraer matrimonio a estas personas con aquellas a quienes prestan medidas de apoyo se permite eludir fácilmente la prohibición del artículo 753 y siendo así las cosas, no se entiende para qué mantener ésta prohibición o incapacidad relativa: si la persona con discapacidad puede contraer sin limitación alguna matrimonio con el curador, por qué razón no va a poder instituirlo heredero sin cortapisas, eso sin contar con que en este caso se recogen a unos sí y a otros no de manera difícilmente explicable.

¹⁰³ RJ 2005;4365

¹⁰⁴ Loc. Cit. p. 240 y 241

2.2. Referencia a la ley orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia. El contenido de las reformas introducidas por la ley en el cc, ley del notariado y en la LRC

Cuando esto se escribe esta ley aún no ha entrado en vigor, ya que su DF 38ª la fija a los tres meses de su publicación en el BOE, que se produjo el 3 de enero de 2025. Más allá de la lógica supresión de la referencia a los jueces de paz en algunos artículos del CC o de la LRC el resto de las reformas constituyen, si se me permite la expresión, un verdadero aquelarre de lenguaje tan inclusivo, como incoherente, del que voy a dejar constancia aquí, por más que, en realidad, las modificaciones introducidas en los preceptos aquí tratados, no afectan a la sustancia de proceso matrimonial, expediente y celebración, sino simplemente a una serie de contradictorios intentos de introducir el mencionado lenguaje pretendidamente no sexista en algunos textos legales: contradictorios entre sí y contradictorios con otros textos que no son modificados consecuentemente.

La Disposición final primera modifica el artículo 52 de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado. La DF 2ª afecta a los siguientes artículos del CC: al 51, 52, 53, 57, 58 y 73. Por fin la Disposición final decimoctava modifica el artículo 58 la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, relativo al procedimiento de autorización matrimonial.

Todos los preceptos mencionados enumeran el funcionariado o cargos competentes para realizar el expediente matrimonial y celebrar el matrimonio.

Todos ellos tienen en común la supresión de la referencia a los jueces de paz que dejan de tener competencia en estas materias ya que como se indica en el preámbulo de la norma «se va a crear la Oficina de Justicia en el municipio, que es una estructura administrativa que se nutre de las actuales secretarías de los Juzgados de Paz». Por tanto, todos los preceptos indicados suprimen tal referencia. Sin embargo, al enumerar a las posibles personas competentes para el procedimiento matrimonial introduce, el lenguaje inclusivo de una manera aleatoria en el mejor de los casos.

Comenzando por el CC: en el artículo 51 se limita a suprimir la referencia al Juez de paz del ordinal 1º del apartado segundo, sin embargo el artículo 52 sufre un retoque más detallado y además de hacer lo propio, enuncia a «El Alcalde o Concejal en quien delegue, letrado o letrada de la Administración de Justicia, notario o notaria, o personal funcionario¹⁰⁵ a que se refiere el artículo 51» Antes de continuar llamo la atención sobre una primera incoherencia ajena a la cuestión del lenguaje inclusivo: el 52 sustituye la referencia a los secretarios judiciales, por la de letrado de la administración de justicia, pero el legislador no se molesta

¹⁰⁵ Se siguen aquí específicamente las Recomendaciones para un uso no sexista del lenguaje en la Administración parlamentaria aprobado en la Reunión de la Mesa de 5 de diciembre de 2023 donde precisamente se propone la sustitución de funcionarios por la expresión «personal funcionario» o «funcionariado».

en hacer lo propio con el artículo precedente del mismo modo que tampoco se molesta en mencionar a los funcionarios de ambos sexos. El 52 sí lo hace, pero de una manera un tanto irregular: letrado y letrada, notario y notaria, pero no alcaldesa ni concejala ¿por qué? El 53 incorpora una novedad y menciona los siguientes sujetos «Alcalde, Concejal/a, letrado o letrada de la Administración de Justicia, notario o notaria». Además del lenguaje inclusivo y esto no es novedad, el uso de las mayúsculas también resulta un tanto aleatorio y en este precepto los notarios y las notarias pierden la mayúscula inicial, a diferencia de los ediles. Por otra parte, el legislador sí se acuerda aquí de las concejalas (el expediente de la utilización de la barra es bastante cuestionable y creo que no se hace en ningún otro precepto) pero, llamativamente, no de las alcaldesas.

El nuevo artículo 57, amén de incurrir nuevamente en incoherencias en cuanto a la mención del funcionariado competente, unas veces citando a los de ambos sexos y otras no, resulta un verdadero homenaje al solecismo. En primer lugar sí se acuerda en este caso el legislador de sustituir la mención del Secretario por la de letrado o letrada de la AJ; en segundo lugar para utilizar el lenguaje inclusivo, sustituye la referencia al funcionario consular por la de «personal funcionario consular», cosa que no se hace anteriormente con el 51.2.3º que mantiene su redacción; nuevamente los ediles solo se mencionan en género masculino y por fin, se incurre en la falta de concordancia que no constituye ya un hecho aislado en otros textos legales: *el* letrado o letrada; *el* Encargado o Encargada del Registro Civil y aunque en el párrafo siguiente dice el notario o la notaria, acto seguido vuelve a incurrir en una nueva sintaxis inadecuada encadenando anacolutos: *el mismo* notario o notaria *u otro distinto*¹⁰⁶.

El 58 también suprime la referencia los jueces de paz y nuevamente distingue el género en todos los sujetos, menos en los ediles. Para concluir, el artículo 73 referido a la nulidad del matrimonio relaciona de la misma manera al posible «personal funcionario» o cargos competentes (si bien siempre se dijo que el cargo es carga, no es este el caso).

La Disposición final decimoctava modifica el artículo 58 de la LRC de parecido modo, aunque en lo referente a los ediles utiliza la siguiente expresión «el o la Alcalde o Concejal en quien este delegue», admitiendo en este caso el uso de alcalde y concejal como femenino en lugar de alcaldesa y concejala, pero generando una nueva falta de concordancia. Por un lado, la RAE no parece estar de acuerdo con el uso de la alcalde, aunque sí de la concejal, por otra parte el «este delegue» no es concordante con la alcalde, debería decirse este o esta. Debo añadir que el «este delegue» siempre ha resultado un tanto extraño, lo normal habría sido decir *aquel*

¹⁰⁶ A lo largo de todo el texto de la Ley 2/2025 encontramos constantes referencias a *los* jueces y juezas, generando una inconsistencia gramatical más que evidente: como señala en la entrada género del diccionario panhispánico de dudas, «el afán por evitar esa supuesta discriminación lingüística, unido al deseo de mitigar la pesadez en la expresión provocada por tales repeticiones, ha suscitado la creación de soluciones artificiosas que contravienen las normas de la gramática: las y los ciudadanos»

delegue, o en quien delegue como hace el 52 del CC. Como digo el uso de *la* alcalde no parece del gusto de la RAE¹⁰⁷, si bien en la entrada *género* del diccionario panhispánico de dudas abunda en este punto y señala en el apartado sobre formación del femenino en profesiones, cargos, títulos o actividades humanas indica en relación con los que acaban en -e que aunque tienden a funcionar como comunes «algunos tienen formas femeninas específicas a través de los sufijos -esa, -isa o -ina: alcalde/alcaldesa, conde/condesa, duque/duquesa, héroe/heroína, sacerdote/sacerdotisa (aunque sacerdote también se usa como común: la sacerdote)»

Empero el legislador se explaya en la modificación del apartado 2º de la DF 2 en la que relaciona todos los posibles sujetos en ambos sexos, si bien de una manera innecesaria en su primera parte, porque los preceptos a que se refiere no utilizaban los términos jueza, ni alcaldesa.

Por último, la DF primera modifica el artículo 52 de la Ley del notariado y ya sea por olvido, ya deliberadamente o por cualquier otra razón arcana, al menos para quien esto escribe, mantiene la tradicional referencia a todas las personas mencionadas en su género (desde el punto de vista gramatical) masculino: aquí ya no hay ni notarias, ni letradas de la administración de justicia, ni encargadas del Registro civil, ni alcaldesas ni concejales (o concejal/a)

Debo añadir que ningún precepto se molesta en hablar de *las* contrayentes, siendo así que al menos uno puede ser mujer, pero teniendo en cuenta que las dos pueden serlo, resulta un tanto excluyente que no se contemple; por fin, tampoco se habla de *las* testigos.

3. EL DESENLACE

La regulación del matrimonio presenta una doble cara: buena parte de ella sigue asumiendo conceptos o ideas que proceden de una concepción del matrimonio más bien trasnochada, mientras que en otras cuestiones se ha modificado sustancialmente de manera no siempre coherente.

3.1. Subversión

Como se ha visto, el matrimonio desde finales del siglo XX se ha visto despojado de buena parte de sus características tradicionales, estas eran su carácter monogámico, indisoluble y estable, heterosexual, fundamento básico de la familia y por eso mismo, con una finalidad reproductiva. De entre tales notas, tan solo subsiste la primera: evidentemente no es indisoluble desde que la ley de reforma del CC de 1981 introduce, siquiera de una manera un

¹⁰⁷ Dice en la entrada correspondiente a alcalde/alcaldesa lo siguiente: Primera autoridad de un municipio'. El femenino es alcaldesa: «Le interesaba tomar el poder y ser alcaldesa» (Tiempos [Bol.] 19.1.1997). No debe usarse como común en cuanto al género: la alcalde.

tanto tímida, el divorcio, timidez que desaparece con la reforma introducida en el año 2005, con el consignado efecto de dejar a la separación legal un papel socialmente anecdótico. Las ulteriores reformas admitiendo el matrimonio notarial y también el divorcio, siempre que no existen hijos comunes abundan en tales planteamientos.

En 2005 también se suprime la característica de la necesidad de que los contrayentes tengan distinto sexo, se admite el matrimonio igualitario.

El que ya existan más parejas de hecho que matrimonios, es más, el que ya nazcan un mayor número de hijos extramatrimoniales que matrimoniales, concretamente según datos del INE, desde 2021 el número de hijos habidos de madre no casada española, supera el 50% lo que desdice el carácter fundamental del matrimonio como medio de constitución de una familia.

Desde luego el matrimonio ha perdido su finalidad reproductiva y aún sexual: entre los deberes de los cónyuges de los artículos 66, 67 y 68, no se halla la generación de la progenie, ni tampoco el que se mantengan relaciones sexuales, no existe el débito conyugal.

Se ha modificado sustancialmente lo relativo a la capacidad para contraer matrimonio, generando un sistema que, en su afán de garantizar el respeto de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, da como resultado que se facilite el matrimonio a cualquier persona con cualquier tipo de discapacidad psíquica – es de suponer que a una persona en esta situación no se le puede someter a alguno de los exhaustivos cuestionarios que se han transcrito, ni aún con la concurrencia de un facilitador de la comunicación o las medidas de apoyo que se consideren necesarias – mientras que al resto se le pongan trabas sometiéndole a un exhaustivo cuestionario.

De la subversión parcial del leguaje, al confundir el lenguaje sexista con los géneros gramaticales, se acaba de dar cuenta, no obstante, con el mismo motivo se podría haber incluido en el apartado reacción el hecho de que en unos casos se utiliza el leguaje pretendidamente no sexista o inclusivo y en otros no, al punto que incluso en uno, el artículo 58 de la Ley del notariado, se mantiene el uso del género masculino para referirse a las personas de ambos sexos, como venía siendo tradicional y a diferencia de los demás preceptos reformados.

3.2. Reacción

Precisamente la fiscalización de todas las personas que van a contraer matrimonio a través de la realización de este cuestionario es una manifestación de que ciertos aspectos en el matrimonio, pese a lo anteriormente indicado no cambian: si la unión no tiene propósito de estabilidad y se puede disolver casi de inmediato, si las personas que van a contraer pueden

vivir de facto como matrimonio y de hecho lo han hecho ya, constituido una familia, tenido hijos comunes ¿cómo entender la fiscalización que tal cuestionario supone?

El mencionado cuestionario parece tener un propósito de perseguir el matrimonio en fraude de ley, en especial el internacional, a la luz de alguna de las preguntas que se efectúan. Ya he expresado mis dudas acerca de la existencia de fraude de ley, sean cuales sean las motivaciones del matrimonio, tan plausibles son unas como otras si atendemos a la consideración actual de la institución, no obstante, se sigue proscribiendo conceptualmente, si bien en la práctica no parece que tal cosa ocurra en demasía si atendemos al escasísimo número anual de nulidades matrimoniales, presupuesto que no todas ellas se producen por este motivo.

Los impedimentos y su dispensa: la terminología sigue siendo la tradicional de origen canónico. De entre ellos el mantenimiento del de vínculo previo es inevitable, sentado que la característica de la monogamia se mantiene.

Respecto a los demás, tiene su sentido el de crimen o muerte dolosa del cónyuge anterior, aunque quedan consignadas las dudas sobre la asimilación de la pareja de hecho.

Sin embargo, en lo relativo al parentesco quedan abiertas dudas sobre alguna cuestión. Por ejemplo, el mantenimiento del impedimento de los colaterales en tercer grado con la posibilidad de dispensarlo es un atavismo: prueba de esto es que los textos legales como el artículo 234 del CCCat. que regulan las parejas de hecho solo las limitan al segundo grado, pero no mencionan el tercero.

Por otra parte el concepto de colaterales consanguíneos plantea muchas dudas en algunos ámbitos: los hijos habidos por cada una de las madres con el ovocito de la otra (método ROPA), son colaterales en segundo grado a efectos legales, no obstante, el mismo fundamento que permite tradicionalmente el matrimonio de los hermanos por adopción que no lo son biológicamente (consanguíneos) existiría en este caso, pero que estas dos personas no son hermanas genética ni biológicamente (la madre es biológica y genéticamente distinta la del uno y la del otro).

Sin embargo, no se contempla la posibilidad de que el impedimento biológico realmente exista, pero se desconozca, precisamente dado el anonimato de los donantes en las reproducciones asistidas heterólogas, esta cuestión posiblemente requiera alguna atención.

BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA IDIAKEZ, I. Y FARNÓS AMORÓS, E.: «Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio», Oñati Socio-legal Series , vol. 7, n.º 1, 2017, p. 168.

- BANARES, Y BOSCH. «Consentimiento matrimonial e inmadurez afectiva: actas del VI simposio internacional del instituto Martin de Azpilcueta» (Pamplona 3-5 de noviembre de 2004). Pamplona: EUNSA, 2007.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «La filiación inducida y las clasificaciones legales», *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones*, Trivium, Vitoria-Gasteiz, 1988, p. 122.
- CAMPUZANO TOMÉ, H. *Comentarios al Código civil*. Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 165.
- CASANOVA CHICLANA, A «El potencial de la interdisciplinariedad. El caso de la endogamia y los Austrias españoles». puede consultarse en <https://www.despertaferro-ediciones.com/2020/endogamia-austrias-espanoles-habsburgo/>
- CASAS ROJO, JC ¿Puede el aragonés menor mayor de 14 años emancipado contraer matrimonio? S 23/09/2024, EN <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/puede-el-aragones-menor-emancipado-mayor-de-14-anos-contraer-matrimonio/#:~:text=el%20artículo%2030%20dispone%20que,es%20un%20concepto%20jurídico%20impreciso%2c>
- CASTÁN TOBEÑAS, CASTÁN VÁZQUEZ, *Derecho civil español común y foral.*, ed. 1983, página 220
- COBACHO GÓMEZ, J.A. *La evolución legislativa y jurisprudencial sobre la capacidad de testar. Notas sobre la interpretación del testamento* Murcia, 2022
- CORVO LÓPEZ FELISA MARÍA La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> vol. VI, núm. 4 (octubre-diciembre, 2019) Ensayos, pp. 135-170
- CUERVO NIETO, Cecilia «Aproximación al delito de bigamia en el derecho penal español: evolución y tipificación actual de un delito contra las relaciones familiares» *Revista Derecho Penal y Criminología*, volumen xlv – número 118 – enero-junio de 2024, pp. 145-174
- DE CASTRO Y BRAVO, F. «El matrimonio de los hijos», *F. ADC*, T. VII, fasc. 1, p. 34 a 60
- DEL AMO, «Los matrimonios civiles durante la República», *RDP*, n.447 junio 1954, p. 539 – 549
- DÍEZ PERALTA, EVA. *El matrimonio infantil y forzado en el derecho internacional: un enfoque de género y de derechos humanos*. 1a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019
- ELIADE, MIRCEA, *El mito del eterno retorno. Arquetipos y repetición*. Alianza Editorial, Madrid, 1972
- FARNOS AMORÓS «¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España?» en *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*. Barcelona, 2016
- GAMELLA, Juan F. Núñez Negrillo, Ana María Carrasco-Muñoz, Elisa Martín *Entre marido y mujer. «Discursos eclesíasticos en las causas de dispensa de los matrimonios consanguíneos celebrados en la diócesis de Granada (1892-1963)»* *Gazeta de Antropología*, 2010, 26 (2), artículo 39 · <http://hdl.handle.net/10481/6741>
- GANDÍA BARBER, JUAN DAMIÁN, IGNACIO PÉREZ DE HEREDIA Y VALLE, «El impedimento de consanguinidad: historia y fundamentación». *Laborum*, Pontificia Universitas Lateranensis 2007
- GARCÍA CANTERO «Las uniones meramente civiles contraídas al amparo de la ley de 28 de junio de 1932, ¿deben disolverse?» *ADC*, t.7.4 1189-1196

- GARCÍA RUBIO/OTERO CRESPO, Cap. 5 «Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder», *Tratado de Derecho de sucesiones* t.I Dir GETE-ALONSO Y CALERA, Coord. Solé Resina, J. C., Civitas/Thomson/Reuters, Pamplona, 2011,
- GÓMEZ LAPLAZA, M^a del Carmen y DÍAZ ALABART, Silvia, «La capacidad testamentaria de los incapacitados», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y GARCÍA RUBIO, M^a Paz. (dir.), *Estudios de Derecho de Sucesiones*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 529-546.
- GRAHIT FERRER, Enrique. «El matrimonio civil obligatorio: ley española de 1870 los promotores del matrimonio civil en defensa de la indisolubilidad». Cuadernos doctorales. 1993, Nº 10, pág.502-559.
- GUILARTE MARTÍN CALERO, C. «Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulados en el Código civil español», en *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, APDC, Thomson Reuters Aranzadi, 2022
- HERRERO OVIEDO, Margarita, «La ley trans y la modificación de la mención del sexo: menores y mayores ¿transexuales?» *Revista de Derecho Civil*, vol. XI, núm. 1 (enero-marzo, 2014) Estudios, pp. 117-147
- HIDALGO GARCÍA, S.
- «Notas sobre la vigencia, o no, de las modificaciones en materia de celebración de matrimonio introducidas por la Ley de Jurisdicción Voluntaria: la dudosa legalidad, de momento, de los matrimonios celebrados ante notario» RDC, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2 (abril-junio, 2019) pp. 207-233
 - «Las herencias vacantes: la sucesión de la Generalitat valenciana, el reglamento europeo 650/2012 y a vueltas con el artículo149.1.8.º CE», La Ley, Madrid, 2014.
 - *Transexualidad: sexo género e identidad jurídica*, Aranzadi, Navarra, 2023.
- INFANTE RUIZ, «Preguntas y respuestas sobre la virtualidad de la undue influence como vicio del consentimiento» RDC, Vol VII, nº 2, 2021
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: «La Constitución y los hijos artificiales», *Actualidad Civil*, n.º 2, 1987, p. 2035.
- LASARTE, *Principios de Derecho civil V*, Marcial Pons, Madrid, 2021
- LINACERO, *Tratado de Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016
- LLEDÓ YAGÜE, F.: *Fecundación artificial y derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, p.
- LOPEZ ALARCON, M. «El matrimonio canónico con efectos civiles en el derecho español», en *Raccolta di scritti in memoriam di Mario Condorelli*, p. 179 a 192, puede consultarse en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-1986-10017900192
- MANTECÓN, Joaquín. *El impedimento matrimonial canónico de parentesco legal*. Pamplona: Eunsa, 1993.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Revisitando el matrimonio civil» en *Familia y Derecho*, Reus, Madrid, Reus, Madrid, 2021, p. 355 a 379
- MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil concordado y comentado extensamente* T. II, (arts. 42 a 107). Imprenta Ibérica. Madrid, 1907,
- PINEDA Marcos, Matilde. *La nueva configuración del sistema matrimonial español*. A Coruña: Colex, 2024.
- PLANIOL/RIPERT, *Traité pratique de Droit Français. T.II La Famille. Mariage, divorce, filiation*. 2ª ed. Paris, 1952

- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, LETICIA, Y AGUSTÍN MOTILLA DE LA CALLE. *Los efectos de los matrimonios polígamos en el ordenamiento español*. 1a ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.
- RUANO ESPINA, L. (Coord.) y Peña García, C. (Coord.) (2019). «Verdad, justicia y caridad: volumen conmemorativo del 50º aniversario de la Asociación Española de Canonistas». Madrid, Dykinson. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/uva/128490?page=330>.
- SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*. t. V, Vol 1º Derecho de familia, Madrid, 1912
- SMART, C.: «Law and the regulation of family secrets», *International Journal of Law, Policy and the Family*, n.º 24, vol. 3, 2010, p. 400.
- TORRELLES TORREA, ESTHER «De la Sagrada Familia de Murillo a la Gay Family on Dinner de Raphael Pérez: Nuevos modelos de familia en el ámbito jurídico», *ADC*, tomo LXXVI, 2023, fasc. IV (octubre-diciembre), pp. 1421-1488
- TRAPERO BARREALES, María Anunciación. *Matrimonios ilegales y derecho penal: bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016
- VAQUERO PINTO, MJ, «¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?» Cap V de Retos actuales de la filiación. APDC, Tecnos Madrid, 2018,
- VARGAS TOLEDO, Cintya Berenice, Discursos en torno a la secularización del incesto en el distrito judicial de Morelia, 1850-1881 *Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México*, n. 67 (enero-junio 2024): 227-255 doi: <https://doi.org/10.22201/iih.24485004e.2024.67.77852>
- VÁZQUEZ LÓPEZ, JC, «Expediente Matrimonial: Preguntas a los novios», en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/expediente-matrimonial-preguntas-a-los-novios/#posibles-preguntas-cuestionario> , 2017
- VIDAL GALLARDO, MERCEDES. *La violencia y el miedo que anulan la libertad del consentimiento matrimonial y su relevancia en el sistema matrimonial español*. Aranzadi, Pamplona, 2024.

Fecha de recepción: 17.01.2025

Fecha de aceptación: 15.06.2025