



**Universidad  
Zaragoza**

## Trabajo Fin de Máster

La edad como presunción legal  
de capacidad matrimonial  
en el Derecho civil y en el Derecho canónico

Autor

Jorge Castro Trapote

Director

Prof. Dr. Javier Ferrer Ortiz

Facultad de Derecho  
2012



# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS</b> .....	7
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	9
<b>CAPTÍTULO I</b>	
<b>LA EDAD Y EL <i>IUS CONNUBII</i></b> .....	15
1. La edad en el régimen general de capacidad .....	16
1.1. La persona, la capacidad jurídica y el <i>ius connubii</i> .....	16
1.2. La capacidad de obrar y la edad .....	18
2. La capacidad de obrar matrimonial .....	24
2.1. Los fines del matrimonio .....	24
2.2. La capacidad natural .....	32
2.2.1. <i>Discretio iudicii</i> .....	32
2.2.2. <i>Capacitas corporis</i> .....	36
2.3.- La edad como presunción jurídica de capacidad natural .....	37

3. La edad y el <i>ius connubii</i> .....	41
3.1. La Constitución Española .....	41
3.2. El Código civil y el Código de Derecho canónico .....	46
3.2.1. El Código civil .....	46
3.2.2. El Código de Derecho canónico .....	47
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>LA EDAD Y LOS IMPEDIMENTOS</b> .....	49
1. La edad entre los impedimentos .....	51
1.1. La edad antes de la codificación .....	51
1.2. Naturaleza jurídica de los impedimentos en la codificación .....	54
1.2.1. El Código civil .....	64
1.2.2. El Código de Derecho canónico .....	66
2. Regulación jurídica de la edad matrimonial .....	67
2.1. El llamado <i>impedimento de edad</i> .....	68
2.1.1. El Código de Derecho canónico .....	69
2.1.2. El Código Civil .....	77
2.2. La dispensa de la edad .....	79
2.2.1. El Código civil .....	82
2.2.2. El Código de Derecho canónico .....	83
2.3. La convalidación .....	85
2.3.1. El Código civil .....	86
2.3.2. El Código de Derecho canónico .....	87
2.4. La ilicitud del matrimonio por razón de la edad .....	89
2.4.1. La licencia o el permiso de los padres .....	90
2.4.2. La ilicitud canónica .....	91
2.4.3. El <i>no bautizado</i> .....	92
3. La naturaleza jurídica de la edad legal matrimonial .....	94
3.1. Estudios doctrinales .....	95
3.2. La propuesta doctrinal de elevar la edad .....	101

### **CAPÍTULO III**

<b>LA EDAD COMO PRESUNCIÓN LEGAL DE CAPACIDAD</b> .....	105
1. La edad como presunción legal de capacidad matrimonial .....	107
1.1. Origen de la edad como presunción legal de capacidad .....	107
1.2. Noción de la edad como presunción legal de capacidad .....	111
2. La extensión de la presunción legal de capacidad matrimonial .....	115
2.1. Lo natural y lo socio-cultural .....	115
2.2. Diferencias entre el Código civil y el Código de Derecho canónico ....	122
3. Las características de la presunción legal de capacidad matrimonial .....	123
3.1. Notas generales de la edad legal matrimonial .....	123
3.2. Notas específicas de la edad legal matrimonial .....	124
<b>CONCLUSIONES</b> .....	129
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	133



## ABREVIATURAS

apdo.	apartado
art.	artículo
c.	canon
cap.	capítulo
cc.	cánones
Cc	Código Civil español
CE	Constitución Española
CEpE	Conferencia Episcopal Española
Cfr.	Cifrado
CIC	Codex Iuris Canonici de 1983
CIC 17	Codex Iuris Canonici de 1917
DGRN	Dirección General de los Registros y Notariados
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil

RC	Registro Civil
RDP	Revista de Derecho Privado
red.	Redacción
secc.	sección
tít.	título



## INTRODUCCIÓN

La edad mínima para contraer matrimonio desde Justiniano era de 14 años para los varones y de 12 para las mujeres hasta su elevación en el Código de Derecho canónico de 1917 y la Ley 30/1981 de 7 de julio.

La regulación jurídica de la edad difiere a partir de entonces en el Código civil y en el Código de Derecho canónico, y en ambos casos existe la pretensión de dar respuesta a los interrogantes que plantea la posibilidad de contraer matrimonio a una edad tan baja. ¿Por qué la tradición jurídica optó por los 14 años para el varón y 12 para la mujer cuando ni siquiera era lo habitual? ¿Qué razones pudo tener para ello el *Codex justinianeo*? Ciertamente que el contexto social de entonces ha variado con respecto al del siglo XX en que se reclama una mayor protección para el menor en todos los ámbitos de la vida humana. Pero siendo ésto así, ¿por qué se permite aún hoy contraer matrimonio a una edad notablemente inferior a la requerida para el resto de negocios jurídicos? ¿Cómo es posible que se considere prematura la edad de 18 años incluso en aquellos ámbitos en que no está tan directamente comprometida la vida humana, y en cambio la legislación actual tanto civil como canónica no se vea arrastrada a hacer lo mismo en el matrimonio con lo que implica de mayor compromiso para las personas? Abordar éstas y otras preguntas conexas es el objetivo de este trabajo.

La inauguración de la *edad legal matrimonial* se verifica en el *Derecho romano*. El antecedente es el debate entre sabinianos, partidarios de mantener la *inspectio corporis* como prueba de la pubertad, momento en que se tendría capacidad para contraer matrimonio, y proculeyanos, a favor del establecimiento de una *presunción*

*jurídica* mediante la edad, tesis que al final acaba imponiéndose; superada la edad establecida para contraer matrimonio, no hace falta ningún requisito adicional de capacidad en circunstancias normales. La edad no se configura desde el inicio como un impedimento, sino como una técnica que, basada en la experiencia, permite comprobar jurídicamente la capacidad en orden al matrimonio. La edad legal es una presunción jurídica de capacidad para contraer matrimonio, que en el *Corpus Iuris Civilis* es *iuris et de iure*, y en el Derecho canónico es *iuris tantum*.

A lo largo de la *Edad Media*, la normativa matrimonial sobre la capacidad necesaria para ejercer el *ius connubi* del que tiene la edad mínima se fue delimitando de modo negativo por medio de las circunstancias personales o situaciones en que se encontraba el sujeto, denominadas genéricamente *impedimentos*, palabra que no tenía una significación técnica como en la actualidad, pues cada situación seguía manteniendo una cierta autonomía en el modo de impedir el nacimiento o eficacia del matrimonio. Tendrían capacidad, cumplida la edad legal, quienes no estuvieran afectados por ninguna de estas circunstancias. Así pues, se reconocía el *ius connubii*, se fijaba el momento en que se podía ejercer por medio de la edad, y se señalaban unos supuestos que impedían su ejercicio. Ésta era la estructura sobre la que se fue desarrollando el Derecho matrimonial en el Medioevo.

La edad legal matrimonial, en principio ajena a la finalidad jurídica con la que se van construyendo los impedimentos, surge como criterio positivo de capacidad, no como una situación que impide el ejercicio del *ius connubii*. Será a partir del *siglo XVI*, cuando Tancredo emita unos versos con finalidad pnetotécnica en continuidad con las colecciones de los canonistas del *siglo XIII*, donde se incluye como impedimento toda circunstancia que de algún modo afecta a la capacidad para contraer matrimonio:

*Error, conditio, votum, cognatio, crimen,  
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,  
Aetas, afinitas, si clandestinus et impos,  
Raptave sit mulier, loco nec reddita tuto;  
Haec facienda vetant connubia, facta retractant.*

La estructura inicial *ius connubii-edad-impedimentos* queda difuminada por el enorme desarrollo de la categoría de estos últimos, que acapara todo lo que afecta al ejercicio de este derecho natural –también la edad–, imprimiendo así al Derecho matrimonial un carácter negativo.

Esta situación perdura hasta la revolución técnico-jurídica de la codificación a principios del *siglo XIX* que quiere conocer el Derecho con exactitud, no sin antes simplificarlo y ordenarlo. La codificación tuvo que habérselas con una tradición jurídico-clásica, siempre más flexible por la menor exigencia de coherencia sistemática y por eso más inestable desde el punto de vista de la seguridad jurídica, que debía canalizarse en un cuerpo legal relativamente corto, conciso, que abarcara toda la materia, y que se exigía a sí mismo una cohesión interna. Las exigencias de sistematicidad eran una oportunidad para que el Derecho matrimonial reordenara su

materia conforme a la estructura básica con la que nació: *ius connubii-edad-impedimentos*.

El *Código civil*, en la redacción originaria de los artículos sobre el matrimonio, recibe la influencia del Derecho canónico y no del Código civil francés; en el impedimento de edad, mientras el art. 144 del Código francés señala la edad de 18 años para el varón y 15 para la mujer, el Cc fija la edad en 14 años para el varón y 12 para la mujer como había hecho unos años antes la Ley provisional de Matrimonio civil de 18 de junio de 1870.

En el presente trabajo he recurrido al *método* técnico-jurídico propio de nuestra disciplina como una perspectiva legítima para examinar la realidad matrimonial. La *ratio iuris* de cada institución es una primera manifestación técnica del Derecho acorde con las exigencias de justicia, y por ello permanente, llamada a tener ulteriores desarrollos y especificaciones en los textos legales. Benedicto XVI, ha formulado, en un contexto distinto, el principio de la *hermeneútica de la continuidad*, que ha llevado mi estudio hacia esa razón jurídica de ser de la edad en el matrimonio, que es la razón más próxima a la justicia. Así, la hermeneútica de la continuidad implica, en primer lugar, una actividad dirigida a localizar el origen y permanencia que la *ratio iuris* ha tenido en la edad legal matrimonial a lo largo de la tradición jurídico-clásica; en segundo lugar, implica una valoración de los mecanismos legales que el legislador de cada época ha utilizado para expresar esa *ratio iuris*; y en tercer lugar, dado que ésta designa el aspecto técnico más próximo a las exigencias de justicia, el criterio de la hermeneútica de la continuidad inspira toda reforma legislativa posterior. Por lo tanto, tendremos en cuenta esta hermeútica para contribuir a la aclaración de la *ratio iuris* de la edad matrimonial tanto en el Código civil y como en el Código de Derecho canónico, sobre la que existe un gran debate doctrinal después de la reorganización de la materia llevada a cabo por la codificación, con propuestas a veces encontradas que se apartan de la función que la edad había desempeñado hasta el siglo XX.

Para ello, y con las inevitables referencias a las situaciones anteriores que nos ayuden a explicar su posición actual, me centraré en los textos del Código civil (y sus reformas) y del Código de Derecho canónico (de 1917 y 1983), señalando el cambio con respecto a la situación precedente, la evolución interna en cada uno de ellos y sus diferencias legislativas, con apoyo en los estudios doctrinales. Es la autoridad de los civilistas y canonistas la que ha permitido seguir el siguiente *iter* alentando cada paso. En primer lugar, con respecto al *régimen general de la edad* de acuerdo con los principios de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar presentes en el Código civil y en el Código de Derecho canónico, de aplicación a todos los negocios jurídicos incluido el matrimonio. La transcendencia jurídica que la doctrina observa en la edad legal, así como el modo en que la describen, me permitirá conocer su continuidad con la tradición jurídica así como su función actual en el Ordenamiento, para luego estar en condiciones de comprobar que una y otra encuentran seguimiento en la *edad legal matrimonial*, aunque con acentos que se remarcan en esta última. En segundo lugar examino la naturaleza jurídica de los *impedimentos*, categoría empleada por la

regulación jurídica al clasificar la edad legal matrimonial. Seguidamente, cotejaré los resultados obtenidos en el estudio del régimen general de la edad y de los impedimentos, para ver sus desajustes. En tercer lugar, describo el modo en que *de facto* funciona la edad legal matrimonial en la regulación *de lege data*, y cuál sería la hipotética regulación *de lege ferenda* más adecuada a su *ratio iuris* para que el régimen general de capacidad matrimonial tenga la claridad normativa y sistemática que impulsó la codificación desde el principio.

El presente trabajo consta de tres capítulos. En el capítulo primero, *La edad y el ius connubii*, comienzo poniendo la piedra cardinal e inspiradora de todo el Derecho matrimonial, que unifica y sistematiza el resto de textos legales que se refieren al matrimonio. Toda norma jurídica matrimonial encuentra su justificación última estando al servicio del *ius connubii*, incluida la regulación general y especial de la edad. Se trata por tanto de identificar la metanaturaleza jurídica que la codificación atribuye a la edad en el Derecho: una *presunción jurídica* que lleva consigo un modo técnico de funcionar y de servir al Derecho y al *ius connubii*. Para ello es preciso un estudio de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar, ámbito en el que la codificación sitúa la técnica de la edad como presunción jurídica, y ello en relación al *ius connubii*.

En el capítulo segundo, *La edad y los impedimentos*, doy otro paso en busca de la naturaleza jurídica. La regulación del matrimonio es un negocio jurídico especial dentro del Código civil y del Código de Derecho canónico, donde la edad desarrolla la función que le es propia en ambos ordenamientos: determinar la capacidad de obrar, en este caso matrimonial. Ambos textos codiciales se han encontrado con un progreso jurídico cuajado a lo largo de cientos de años, que comienza con el Derecho romano y su perfecciona con el Derecho canónico, y que comparten bajo la redacción originaria del Código civil (hasta la Ley 30/1981). Todo ese material bimilenario y disperso fue vertido en los códigos respectivos, no sin dificultades comprensibles, intentando que el resultado fuera preciso. Para ello se delimitaron las categorías jurídicas y se perfilaron sus efectos. La edad fue incluida dentro de los impedimentos, entrando en su nueva lógica jurídica –a partir del siglo XIII, la edad era considerada como impedimento, pero entonces no existía una precisión conceptual de esta categoría–. La *ratio iuris* de los impedimentos no es capaz de canalizar la *ratio iuris* de la edad, precisamente porque ésta ni surgió ni constituyó nunca un impedimento con las características actuales que tiene en el Código civil y en el Código de Derecho canónico. Actualmente, aquella similitud se ha roto por las reformas hechas en el ámbito civil, donde se hace más difícil encontrar una regulación jurídica clara y coherente con la *ratio iuris* de la edad, que sin embargo se encontraba en la redacción originaria de 1889.

El tercer capítulo, *La edad como presunción jurídica*, describe su *ratio iuris* que entonces estaba presente en el Derecho Romano y en la tradición jurídico-clásica, y que ahora se deduce del régimen general de capacidad aplicado al matrimonio y de su inadecuación como impedimento. En este punto, explicaré sus elementos

configuradores como presunción jurídica y su alcance, dando un argumento que aclare el cambio legislativo tanto en el Código civil como en el Código de Derecho canónico. Una vez descrita su *ratio iuris*, sabremos ya cuál sería la posición más apropiada de la edad en la regulación matrimonial.

Finalmente, acabaré con las *conclusiones* de los argumentos empleados en los tres capítulos.

A continuación señalo algunas *aclaraciones* para la lectura de estas páginas. Por una mayor facilidad en la elaboración del trabajo, y para una mayor claridad en la exposición, el hilo conductor no es cronológico, sino según las materias, a cuya estela se van situando la legislación civil y canónica con sus correspondientes reformas y anotaciones históricas cuando se haga necesario para el adecuado tratamiento de las cuestiones concretas. Respecto al término *matrimonio*, éste puede ser entendido en un doble sentido: referido al acto de *contraer*, también llamado matrimonio *in fieri*, o referido al pacto conyugal que nace del acto anterior, matrimonio *in facto esse*. Puesto que la edad es una circunstancia jurídica que el legislador tiene en cuenta en el momento de *contraer*, cuando hable de matrimonio me referiré al matrimonio *in fieri*. En cuanto a las citas, he preferido, como regla general, transcribir el texto de los autores consultados para reflejar con más fidelidad su pensamiento. Por último, he optado por utilizar en el texto (no cuando acompañan al número de un canon) de los tres capítulos las abreviaturas «CIC 17» y «CIC» para evitar una escritura repetitiva en la medida de lo posible.

Quiero agradecer al Sr. Arzobispo de Zaragoza, don Manuel Ureña Pastor, el estímulo recibido para tomar de nuevo el estudio del Derecho, así como a los profesores que han hecho de maestros de la ciencia jurídica en las aulas de la Facultad a lo largo de este Máster, especialmente al prof. Ferrer Ortiz que además ha impulsado y seguido los pasos de este trabajo sobre la edad en el matrimonio civil y canónico que ahora presento.



## CAPÍTULO I

### LA EDAD Y EL *IUS CONNUBII*

El principio informador de todo el Derecho matrimonial, incluida la edad legal, es el *ius connubii*. Como derecho natural que pertenece a la persona, viene referido a la capacidad jurídica, que a su vez se complementa con la capacidad de obrar, pues los derechos en la persona, no son meras declaraciones de buenas intenciones, sino aspectos en los que se manifiesta exteriormente la dignidad personal. Así, la capacidad de obrar, concretada sobre todo por medio de la edad, es la primera y más básica referencia sobre el ejercicio del *ius connubii*. Este ha sido, incluso cronológicamente, el desarrollo del Derecho matrimonial en la historia, e indica un camino a seguir en la posición sistemática: establecer la edad legal junto al reconocimiento del *ius connubii*, no como límite, sino como primera garantía positiva para su ejercicio. Una vez que ha sido reconocido el *ius connubii* y se ha identificado la capacidad para llevarlo a cabo, entonces se puede entrar en la valoración de las circunstancias que impiden su ejercicio, como serían los impedimentos.

El régimen general de la capacidad de obrar se basa en un tratamiento específico de la edad. Implica una presunción de la capacidad natural, que se alcanza a unos años determinados, y que viene exigida por la generalidad de los contratos; con este presupuesto, se incorpora a los textos legales una edad, que pasa a ser la presunción legal de capacidad natural, respecto a la cual se observa una mayor dependencia en la matrimonio a la vista de sus fines. Por ello, se señala una edad legal matrimonial

distinta de la edad legal general, conservando, no obstante, la función y utilidad que mantenía en la parte general.

Como el *ius connubii* es un derecho humano, la edad viene, como expresión más básica de la capacidad de obrar matrimonial, a facilitar su ejercicio indicando quiénes pueden acceder al matrimonio por tener la mínima capacidad natural. En este sentido, su posición sistemática más correcta sería situarla junto al reconocimiento del *ius connubii*. Examinaré cuál es la opción del Código civil y del CIC, con atención especial a los debates del proceso de elaboración de la CE.

## 1. La edad en el régimen general de capacidad

### 1.1. La persona, la capacidad jurídica y el *ius connubii*

El desarrollo doctrinal de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar encuentra su impulso en el contexto de la codificación y en el principio de igualdad de todos ante la ley, que lleva a configurar a la persona como sujeto de derechos y deberes. Esta construcción jurídica de las legislaciones estatales es asumida en la codificación canónica<sup>1</sup>, como ya había hecho antes respecto a los principios de capacidad provenientes del Derecho romano<sup>2</sup>.

El Ordenamiento civil y el Ordenamiento canónico<sup>3</sup> parten de la noción de persona<sup>4</sup> para situar la capacidad jurídica y la capacidad de obrar –si bien la noción de

---

<sup>1</sup> «In canonibus examinandis, quaestio est de statu canonico personarum et de earundem capacitate iuridica seu canonica in genere. Capacitas haec iuridica respicit tum habilitatem ad habendas obligationes et ad possidenda iura, tum capacitatem exercendi iura per semetipsum; quae quidem capacitas exercendi diminui potest aut etiam penitus tolli valet. Ex iis omnibus determinatur personae status canonicus, i. e. eius conditio relate ad obligationes canonicas et iura canonica in concreto» (Communicationes 21, 1989, pp. 35-36).

<sup>2</sup> «Ius Decretalium non habebat de iisdem praescripta, et in genere ad capacitatem personarum admisit et applicavit praescripta quae in iure romano vigeant. Unde iuris canonici antiqui monumenta pauca tantum de iisdem habuerunt praescripta, sed universa doctrina ante Codicem applicavit quae ius romanum de hac materia praescripta edixit. Codex I. C. e contra propriam habet legislationem. Ratio est quia in iure Codicis nec ius romanum nec iura civilia sunt fontes iuris canonici supplevi, et quia differunt varii ordines civiles in determinandis personarum capacitatibus. Principia Codicis I. C. sunt plerumque iuri romano et doctrinae canonicae antiquae conformia, sed in non paucis, uti v. g. quoad aetates, ordinationes canonicae sunt legibus civilibus hodiernis accomodatae» (Communicationes 21, 1989, pp. 36-37).

Una de las acomodaciones a la legislación ha sido la de prescindir de la distinción legal entre púberes e impúberes, por ser pocas las materias a las que se aplica, porque es fácil que en cada una se establezca lo oportuno, y porque dicha distinción no existe en las legislaciones civiles; por lo que se propone que «ut aboleatur distinctio inter puberes et impuberes: non habet nultos effectus et ansam praebeet hodie difficultatibus; praeterea non iam existit in Codicibus civilibus, in quibus –pro materiis in quibus momentum habere posset– statuuntur regulae speciales: ita pro matrimonio, pro subiectione legibus poenalibus, pro testamenti-factione» (Communicationes 21, 1989, p. 37).

<sup>3</sup> «Certocertius, omnibus baptizatis, quippe qui in Ecclesia Christi sint personae, semper et ubique aliqua est capacitas canonica seu habilitas obligationum et iurium, sed haec capacitas non est in omnibus eadem. Insuper non omnes baptizati in eadem sunt conditione quoad exercitium iurium quae possident», (Communicationes 21, 1989, p. 36).



persona en el Derecho canónico, con todos sus derechos y obligaciones, requiere la plena comunión con la Iglesia Católica—. Ambas capacidades están unidas,<sup>5</sup> formando una realidad jurídica que se distingue en Derecho según su consideración estática o dinámica respectivamente. Castán Tobeñas lo expresa del siguiente modo:

*La capacidad de derecho supone una posición estática del sujeto, mientras que la capacidad de ejercicio denota una idea dinámica. La primera es, como dice Ferrara, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la abstracta posibilidad de recibir los efectos del orden jurídico; la segunda, la capacidad de dar vida a los actos jurídicos*<sup>6</sup>.

Toda persona tiene capacidad jurídica, es decir, tiene la «aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones»<sup>7</sup>, exigencia de la dignidad humana reconocida en el art. 10 CE y en la jurisprudencia: en este sentido «dice nuestro Tribunal Constitucional que los derechos son “traducción normativa de la dignidad humana” (STC 113/ 1995, de 6 de julio), y que ésta es “un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico (de los derechos) debe asegurar” (STC 57/1994, de 28 de febrero)»<sup>8</sup>. En parecidos términos el art. 6 de la DUDH de 1948: «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica». La medida de la capacidad jurídica es la de ser persona<sup>9</sup>, y no cabe en esta sede gradación alguna. El *ius connubii* es un aspecto de la capacidad jurídica cuyo reconocimiento se basa en la dignidad humana con sus

---

<sup>4</sup> «El significado esencial del término capacidad jurídica se deriva de su relación íntima y de su interdependencia con el de persona; pero, a la vez, ha de advertirse que persona y capacidad jurídica no son conceptos sinónimos; (...); pero si se analiza el concepto de persona, para determinar su valor en el Derecho, es preciso distinguir: la persona, como concepto referido a una existencia, y la capacidad jurídica, como una de las cualidades o manifestaciones de la personalidad, la de ser susceptible de derechos y obligaciones» (F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Tomo II. Derecho de la persona. Parte primera. La persona y su estado civil*, Instituto de estudios políticos, Madrid 1952, p. 45).

<sup>5</sup> Precisa Castán Tobeñas: «La capacidad de derecho (...) reúne los caracteres de fundamental, una, indivisible, irreductible y esencialmente igual, siempre y para todos los hombres. Ahora bien: considerada en concreto, la capacidad de goce es susceptible de restricciones, a título excepcional y por virtud de disposiciones expresas de la ley» (J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral. Tomo I. Introducción y parte general. Vol. II*, Reus S. A., Madrid 2007, 15ª ed., p. 150).

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 149. Del mismo modo Hualde Sánchez: «Doctrinalmente se distingue, dentro del género capacidad, entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, que ponen de manifiesto, respectivamente, el momento estático y dinámico de la capacidad o personalidad» (J. J. HUALDE SÁNCHEZ, *La personalidad*, en L. PUIG I FERROL *et alii*, *Manual de Derecho Civil. I. Introducción y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid 2001, 3ª ed., p. 110).

<sup>7</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general Vol. II, Personas*, Dykinson, Madrid 2010, 6ª ed., p. 2.

Martínez de Aguirre Aldaz, a la hora de relacionar la capacidad jurídica con la capacidad de obrar, señala el estadio intermedio de la *titularidad*, que vendría a ser una subespecie dentro de la capacidad jurídica: «Esta aptitud genérica (se refiere a la capacidad jurídica propiamente dicha) no quiere decir, al menos desde un punto de vista teórico, que quien la tiene tenga también algún derecho o se encuentre vinculado por alguna obligación: la capacidad jurídica es, en sentido estricto, la mera posibilidad de tener derechos y deberes. A la tenencia efectiva de un concreto derecho u obligación se le denomina *titularidad*, que es, por tanto, la situación de pertenencia de un derecho o de una obligación a un concreto sujeto de derechos; la capacidad jurídica permite ser titular de derechos y obligaciones, la titularidad supone que se es sujeto, activo o pasivo, de un concreto derecho o de una obligación» (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, *La persona y el Derecho de la persona*, en DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho civil. Volumen I, Derecho privado. Derecho de la persona*, Colex, Madrid 2011, 4ª ed., p. 324).

<sup>8</sup> A. TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional español. I. Sistema de fuentes. Sistema de los derechos*, Universidad Complutense Madrid, Madrid 2004, 5ª ed., p. 291.

<sup>9</sup> Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general Vol. II, Personas*, Dykinson, Madrid 2010, 6ª ed., p. 1.

derechos de alcance universal<sup>10</sup>, fundamento de todo el ordenamiento constitucional español (art. 10 CE)<sup>11</sup>.

El *ius connubii*, término acuñado por el Derecho Romano, se reconoce en el art. 32.1 de la Constitución Española como derecho de todo ciudadano: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». Lo mismo hace el art. 44 Cc: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con arreglo a las disposiciones de este Código» –introducido con la reforma Ley 30/1981 de 7 de julio–; y el CIC en el c. 1058 CIC: «Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe» –que reproduce el c. 1035 del CIC 17–. Por su parte, la DUDH, en el art. 16.1 establece lo que sigue: «Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio, y en caso de disolución del matrimonio».

Este reconocimiento legal del *ius connubii* alcanza a la triple configuración que distingue Hervada: a la situación jurídica –es la capacidad jurídica–, al derecho fundamental –procede del ser personal– y a una libertad de la persona humana<sup>12</sup> –es un ámbito de autonomía que puede ejercer o no–.

## 1.2. La capacidad de obrar y la edad

Cuando se plantea el ejercicio del *ius connubii*, se entra en el ámbito de la capacidad de obrar, que es el poder «gobernar esos derechos y obligaciones de que se es titular»<sup>13</sup> por exigencias de la dignidad humana. Ese ejercicio es la actuación del *ius connubii* en el tiempo por una persona concreta.

Del mismo modo que la capacidad jurídica es un reconocimiento formal de un aspecto real de la dignidad humana, la capacidad de obrar es una construcción jurídica que se apoya en la capacidad natural –aptitud real y apropiada que requiere el ejercicio

---

<sup>10</sup> En palabras similares se expresa en la STC 21/1981 de 15 de junio: «Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión consitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico» (Citado en A. TORRES DEL MORAL, *Principios de derecho constitucional. I. Sistema de fuentes. Sistema de los derechos*, Universidad Complutense, Madrid 2004, 5ª ed., p. 293).

<sup>11</sup> «1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

<sup>12</sup> Cfr. J. HERVADA *et alii*, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico. III Derecho matrimonial (1)*, Ed. Universidad de Navarra, S.A., Pamplona 1973, p. 316.

<sup>13</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Vol. II, Personas*, Dykinson, Madrid 2010, 6ª ed., p. 3.

de cada derecho—. La conexión que la capacidad de obrar tiene con la capacidad natural hace que no sea igual en todas las personas humanas<sup>14</sup>, sino variable y contingente<sup>15</sup>.

*Un respeto absoluto al presupuesto en que se fundamenta la capacidad de obrar exigiría reconocerla en cada persona y para cada acto concreto que realizara en atención a su aptitud para entender y querer las consecuencias jurídicas de su actuación (capacidad natural); es decir, que la eficacia jurídica de cada acto realizado por una persona quedara supeditada a la comprobación de su concreta capacidad natural para llevarlo a cabo. Sin embargo, fácilmente se comprende que esta solución es solamente válida en el plano teórico, pero imposible de ser mantenida en la práctica. Por ello, se hace preciso establecer unos datos formales y objetivos que presupongan la capacidad natural de cada persona y, por tanto, permitan conocer, con carácter previo, cuál es su ámbito de actuación jurídicamente eficaz<sup>16</sup>.*

Insiste en la misma idea Lacruz al decir que «la capacidad de obrar real constituye la suma de la capacidad de obrar abstracta y la disposición psíquica concreta»<sup>17</sup>, o dicho de otro modo, que «la capacidad de obrar sólo mediatamente se basa en la capacidad natural o aptitud de entender y querer»<sup>18</sup>. La capacidad de obrar viene modalizada por la capacidad natural concretada en una edad; pero una vez que ha entrado la edad en el ámbito del Derecho, y es por lo tanto *edad legal*, no significa que carezca de total importancia la capacidad natural, que en todo caso habrá que demostrar siempre que se sostenga otra distinta de la que se presume en la edad fijada por la ley<sup>19</sup>. En consecuencia, la clasificación más básica de la capacidad de obrar es trimembre: plena en el mayor de edad –para todos los derechos que no exijan una capacidad especial–, limitada en el emancipado, y nula en el recién nacido; hay negocios jurídicos que exigen una concreta capacidad de obrar –por ejemplo, los 25 años para la adopción que prevé el art. 175 Cc–. Además, en el ámbito civil se ha desarrollado la figura

---

<sup>14</sup> Castán fundamenta la igual capacidad jurídica o de derecho en la persona, y la distinta capacidad de obrar o de ejercicio en las condiciones naturales del sujeto: «La capacidad de obrar es contingente y variable. No existe en todos los hombres, ni se da en ellos en el mismo grado. Así como para la capacidad de derecho basta la existencia de la persona (conciencia potencial), para la capacidad de ejercicio se requiere inteligencia y voluntad (conciencia actual), y como estas condiciones no existen en todos los hombres, ni siempre en el mismo grado, la ley niega unas veces en absoluto esa capacidad, y otras la limita y condiciona» (J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral. Tomo I. Introducción y parte general. Vol. II*, Reus S. A., Madrid 2007, 15ª ed., p. 151).

<sup>15</sup> En la misma idea insiste Hualde Sánchez: «La capacidad de obrar no es esencial, sino contingente, pues se puede carecer totalmente de capacidad de obrar; y tampoco es una e igual para todas las personas, sino que es variable en función de la aptitud de cada persona para gobernarse a sí misma» (J. J. HUALDE SÁNCHEZ, *La personalidad*, en L. PUIG I FERROL *et alii*, *Manual de Derecho Civil. I. Introducción y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid 2001, 3ª ed., p. 112).

<sup>16</sup> J. J. HUALDE SÁNCHEZ, *La personalidad*, en L. PUIG I FERROL *et alii*, *Manual de Derecho Civil. I. Introducción y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid 2001, 3ª ed., p. 112.

<sup>17</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Vol. II, Personas*, Dykinson, Madrid 2010, 6ª ed., p. 4.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>19</sup> Así explica Gete Alonso la interdependencia de la edad legal con la capacidad natural: «Esto no significa que el ordenamiento jurídico renuncie al dato de la capacidad de discernimiento o juicio (natural), que a la hora de calificar la actuación jurídica será valorado, sino que la edad, la que corresponda en cada caso, es la que marca en inicio la eficacia del acto, de modo que cuando se quiera atacar éste será necesario probar la falta de discernimiento que se tenía al realizarlo. El dato de la edad general y la concreta fija, *prima facie*, la capacidad de obrar; es decir, el tener la edad requerida presupone gozar de capacidad natural, pero ello sin perjuicio de que se pueda demostrar que, en el caso particular, no se tenía» (M. DEL C. GETE ALONSO, *La edad*, en L. PUIG I FERROL *et alii*, *Manual de Derecho Civil. I. Introducción y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid 2001, 3ª ed., p. 162).

jurídica de la *incapacitación* que también afecta a la capacidad de obrar, muestra de su conexión con la capacidad natural, tomada en consideración en este caso por una resolución judicial, y que el ordenamiento protege con la patria potestad (art. 171 Cc), la tutela (art. 222 Cc) y la curatela (artículos 288 y 289 Cc). Otro argumento a favor de esa conexión sería que el *ius connubii* es un derecho humano que no es posible ejercerlo por representación legal, ya que *contraer matrimonio* es inherente a la capacidad natural insustituible de cada persona. También Valpuesta Fernández hace notar la importancia del desarrollo vital de la persona para el Derecho:

*La edad tiene un significado específico, que es el de marcar las fases en la evolución y desarrollo de la persona, con gran transcendencia en las primeras etapas de su vida, pues ésta cuando nace no goza plenamente de todas las facultades físicas y psíquicas, sino que las mismas se desarrollan conforme se va desenvolviendo el período normal de su formación. Desde esta perspectiva está claro que para el ordenamiento jurídico no puede ser lo mismo un niño de 3 años, que una persona madura de 40 años*<sup>20</sup>.

Y debido a este fundamento de madurez, llega a decir De Castro, que la «capacidad de obrar es una condición natural de la persona»<sup>21</sup>, respecto de la cual el Derecho admite una serie de presunciones de capacidad, que tienen las siguientes características: 1) se fundamentan en la mayor probabilidad; 2) tienen un sentido positivo: declaran la existencia de la capacidad, y con el mayor alcance; 3) los preceptos que limiten la capacidad son de interpretación restrictiva; 4) son presunciones *iuris tantum*; 5) la incapacidad será una excepción, que hay que alegar y probar.

Una vez vista la conexión de la capacidad de obrar con la capacidad natural, se trata de ver cómo se incorpora ésta al ámbito jurídico. Para ello, el gran baremo utilizado por el Derecho para determinar qué capacidad de obrar se tiene es la edad adecuada a cada acto jurídico<sup>22</sup>. A la edad legal, subyace, integrándola, la idoneidad o aptitud natural<sup>23</sup> de las personas para ejercer cada uno de los derechos concretos.

---

<sup>20</sup> M. R. VAL PUESTA FERNÁNDEZ, *El Derecho civil. Codificación y Constitución*, en F. BLASCO GASCÓ (coord.), *Derecho Civil. Parte general. Derecho de la persona*, Tirant lo blanch, Valencia 2003, 4ª ed., p. 213.

<sup>21</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Tomo II. Derecho de la persona. Parte primera. La persona y su estado civil*, Instituto de estudios políticos, Madrid 1952, p. 57.

<sup>22</sup> «Estos datos (formales y objetivos que presupongan la capacidad natural de cada persona) que delimitan la capacidad de obrar de las personas son la edad (a tenor de la cual se evalúa la madurez de las personas) y la naturaleza y/o transcendencia de los actos (lo que permite la modulación del concreto actuar con eficacia jurídica a las condiciones de madurez, valoradas abstractamente por el criterio de la edad)» (J. J. HUALDE SÁNCHEZ, *La personalidad*, en L. PUIG I FERROL *et alii*, *Manual de Derecho Civil. I. Introducción y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid 2001, 3ª ed., p. 112).

En el ámbito canónico, el Coetus explica lo siguiente: «Legislator ea omnia definit in genere in cann. 88-98. Pendet quidem status personarum canonicus a variis personae conditionibus: 1) a personarum *aetate*, *sexu* et *statu mentis*, ab earum relatione ad locum *originis* et *domicilii* aut *quasi-domicilii* (en el núm. 2 menciona la consanguinidad y afinidad)», (Communicationes 21, 1989, p. 36).

<sup>23</sup> «El Derecho atiende hoy, para reconocerla en mayor o menor medida, a la aptitud de cada uno para regir su persona y bienes: nula en el recién nacido, creciente con la edad hasta el pleno juicio, disminuida o anulada por las enfermedades mentales; y trata de adaptar la capacidad de obrar (legal) a la situación concreta, es decir, a la aptitud o capacidad (natural) de entender y querer de cada uno» (J. L. LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Vol. II, Personas*, Dykinson, Madrid 2010, 6ª ed., p. 4).

Veamos esta incorporación de la edad en los textos legales a partir de la que se efectúa el reconocimiento de la plena capacidad de obrar:

CE/Cc	CIC 17	CIC
<p><b>CE</b></p> <p>Art. 12: “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”.</p> <p><b>Cc (red. Ley 11/1981)</b></p> <p>Art. 315: “§ 1. La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos”.</p> <p>Art. 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”.</p> <p>Art. 323: “La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor...”.</p>	<p>El c. 88: “§ 1. La persona que ha cumplido los veintiún años es mayor; antes de esta edad es menor. § 2. El menor, si es varón, se considera púber después de cumplidos los catorce años; si mujer, una vez cumplidos los doce. § 3. El impúber, antes de cumplir los siete años, se llama infante, o niño, o párvulo, y se considera sin uso de razón; mas cumplidos los siete años, se presume que lo tiene”.</p> <p>El c. 89: “Las personas mayores tienen el pleno ejercicio de sus derechos. Las menores están sujetas en el ejercicio de sus derechos a la potestad de sus padres o tutores, exceptuadas aquellas cosas en que el derecho exime a los menores de la patria potestad”.</p>	<p>El c. 97: “§ 1. La persona que ha cumplido dieciocho años es mayor; antes de esa edad es menor”.</p> <p>El c. 98 CIC: “§ 1. La persona mayor tiene el pleno ejercicio de sus derechos”.</p>

La codificación acude a la edad como pieza clave en el régimen general de la capacidad de obrar. Pero en otras épocas y cultura, ésta se determinaba mirando directamente a la capacidad natural de las personas, para lo que se atendía a diferentes criterios teniendo en cuenta el temperamento de los pueblos<sup>24</sup>. La mayor presencia del Derecho en la sociedad, será lo que traiga consigo acudir a la edad para calificar

<sup>24</sup> De Castro remarca que el recurso a la edad fue una solución jurídica que substituyó a otras más precarias: «Las concepciones jurídicas más realistas y en las que su estadio cultural permitía la calificación individual, para nada atienden a la edad y darán valor a condiciones con intrínseco significado, como la pubertad, la aptitud para la vida independiente o el desarrollo de la inteligencia. En todos los sistemas jurídicos se han tenido en cuenta todas estas circunstancias; en cada uno, sin embargo, ha podido señalarse una de ellas como dominante. En el Derecho romano la pubertad, aunque también se atiende a la inteligencia y a la posibilidad de vida independiente. En el Derecho germánico parece tenerse en cuenta la posibilidad de defenderse por sí mismo, manejar las armas, luchar con los enemigos, el vivir o poder vivir con independencia. Ya en la Edad Media se habla de *anni discretionis* o *anni intelligibilis*, concorde con la importancia que el Derecho canónico da al desarrollo de la inteligencia; luego fue extendida y convertida en principal criterio» (F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Tomo II. Derecho de la persona. Parte primera. La persona y su estado civil*, Instituto de estudios políticos, Madrid 1952, pp. 149-150).



jurídicamente la capacidad natural de una persona<sup>25</sup>. Surgió como un avance en el Derecho<sup>26</sup>, y así lo asumió la Iglesia<sup>27</sup>.

Así pues, la edad tiene una gran transcendencia jurídica y es el elemento básico para graduar<sup>28</sup> la capacidad de obrar en todos los actos jurídicos, con algunas reglas especiales para algunos. No es establecida la edad como un criterio negativo de determinación de capacidad, es decir, no tiene como función señalar quiénes no la tienen; sino al contrario, la edad es un mecanismo del que se sirve el ordenamiento para facilitar el ejercicio de los derechos que conforman la capacidad jurídica de la persona; en el caso del matrimonio se corre el riesgo de malinterpretar la función de la edad al ser considerada como un *impedimento* –de carácter negativo por tanto–, lo que explica parte de la confusión que existe sobre el tema después de la codificación.

Con el recurso a la edad legal se gana seguridad y fluidez en el tráfico jurídico, al marcar una línea precisa: antes no hay capacidad, después sí. Por eso los ordenamientos han fijado también el modo de computar la edad, que se aplicará, como todo lo demás dicho hasta ahora, al matrimonio:

---

<sup>25</sup> «El cambio del vivir social, al exigir reglas fijas que den seguridad al tráfico y permitan decisiones rápidas, hace que en todas las civilizaciones se agregue, a una determinada edad, la presunción de que con ella se alcanzan unas determinadas condiciones psicofísicas, con lo que se da paso a que, al fin, el requisito de una edad fijada sustituya totalmente al antiguo supuesto del desarrollo corporal o mental de la persona», (*Ibidem*, p. 150).

<sup>26</sup> «Cabría optar por atender a las circunstancias personales de cada uno, para determinar cuándo ha llegado a la madurez, o cuál es el grado de madurez al que ha llegado. Pero esta es una solución impracticable por las dificultades de comprobación que plantea. De ahí, que el Derecho –al menos en nuestro ámbito cultural y jurídico– tienda a adoptar como criterio externo, fácilmente comprobable, el de la edad, a la que se vincula tanto la capacidad de obrar como, en general, el sometimiento a un régimen especial de protección. Se produce así el paso de una cualidad (la capacidad natural) a una cantidad (la edad o años cumplidos), a la que se liga el reconocimiento de la capacidad de obrar, por su mayor simplicidad» (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La edad*, en P. DE PABLO CONTRERAS (coord.), *Curso de derecho civil. Volumen I, Derecho privado. Derecho de la persona*, Colex, Madrid 2011, 4ª ed., p. 399).

<sup>27</sup> De los trabajos de preparación del CIC de 1983: «Codex I. C. primo quidem legislationem proprie canonicam de aetatibus, sicut de statu mentis et de sexu, stabilivit. Ius Decretalium non habebat de iisdem praescripta, et in genere ad capacitatem personarum admisit et applicavit praescripta quae in iure romano vigeant. Unde iuris canonici antiqui monumenta pauca tantum de iisdem habuerunt praescripta, sed universa doctrina ante Codicem applicavit quae ius romanum de hac materia praescripta edixit» (Communicationes 21, 1989, p. 36).

<sup>28</sup> De Castro apunta la consideración que el Derecho hace en orden a la capacidad de los momentos más representativos en el desarrollo vital, y que se dan normalmente a una edad determinada en una misma cultura: «Las edades señaladas por el Derecho, por su carácter necesariamente arbitrario, son distintas en los diversos sistemas jurídicos y respecto de cada acto; no han sido, sin embargo, elegidas de un modo caprichoso, sino que se ha señalado la edad que en cada país y momento se ha creído más representativa o la más general o probable de uno de los momentos esenciales del desarrollo físico o mental de la persona: el momento en que el niño habla y se da cuenta de sus actos; el momento de la pubertad; el momento del pleno discernimiento; el de la vejez o declinar de las facultades físicas y mentales» (F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Tomo II. Derecho de la persona. Parte primera. La persona y su estado civil*, Instituto de estudios políticos, Madrid 1952, p. 151).

Cc	CIC 17	CIC
<b>Cc (red. originaria)</b>		
No establece nada al respecto.		
<b>Cc (red. Ley de 13 de diciembre de 1943)</b>		
Art. 2: “Para el cómputo de los años se incluirá completo el día de nacimiento, sea cual fuere la hora de éste”.		
<b>Cc (red. Ley 3/1973 de 17 de marzo y Decreto 1836/1974)</b>		
Art. 5: “§ 1. Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes”.	C. 34: “§ 3. Si el tiempo consta de uno o varios meses o años, de una o varias semanas o, finalmente, de varios días, y el término <i>a quo</i> está explícito o implícitamente señalado: 3.º Si el término <i>a quo</i> no coincide con el principio del día, v. gr. <i>el año décimocuarto de edad, un año de noviciado, ocho días desde la vacante de la sede episcopal, diez días para apelar</i> , etc, el primer día no ha de contarse, y el tiempo terminará al cumplirse el último día del mismo número”.	C. 203: “§ 1. El día <i>a quo</i> no se cuenta en el plazo, a no ser que su inicio coincida con el principio del día o que el derecho disponga otra cosa. § 2. Si no se establece lo contrario, el día <i>ad quem</i> se incluye en el plazo, el cual, si consta de uno o más meses o años, o de una o más semanas, termina al cumplirse el último día del mismo número o, si el mes carece de día del mismo número, al acabar el último día del mes”.
<b>Cc (red. Ley 11/1981; antiguo art. 321 según red. de Ley 31/1972)</b>		
Art. 315: “§ 2. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento”.		

El cómputo lleva consigo la exactitud que la seguridad jurídica exige cuando está en juego la validez de los actos jurídicos. En el Código civil antes de la Ley de 1943 se discutía si el cómputo se hacía de *momento a momento*, o si se computaba íntegro el día del nacimiento con independencia de la hora. Actualmente, el Código civil y el CIC optan por la computación *civiliter*, con la diferencia de incluir o no el día del nacimiento —día *a quo*—. Así, en el ámbito civil, el varón emancipado que haya nacido el 13 de mayo de 1990, podrá contraer matrimonio el 13 de mayo de 2006, y según el CIC (también con el CIC 17), el 14 de mayo del 2006, a no ser que hubiera nacido en las 00.00 horas. Una hora antes, el matrimonio es nulo.

Hemos de tener en cuenta este régimen general de capacidad del ámbito civil y del ámbito canónico para el ejercicio del *ius connubii*, el cual tendrá lugar en el momento del establecimiento del pacto conyugal, acto jurídico formado por las voluntades de los cónyuges manifestando su consentimiento. Dicho pacto requiere de los contrayentes una capacidad natural adecuada que el ordenamiento civil y el ordenamiento canónico presumen en la edad fijada por la ley.

Todos los derechos humanos tienen un sentido de justicia por exigencias de la dignidad de la persona: reclaman la realización de unos fines que perfeccionan al individuo, que en el caso del *ius connubii* son el bien de los cónyuges y de la familia; consecuentemente, se exigirá la capacidad correspondiente para llevarlos a cabo y llegar

así a un desarrollo real de la personalidad humana (art. 10.2 CE). Hace así referencia a la edad la consideración de los fines del matrimonio como indicadores de la capacidad natural adecuada. La relación entre capacidad de obrar, capacidad natural y fines es evidente en todos los contratos, y no lo debemos de perder de vista en el matrimonio, por muy *sui generis*<sup>29</sup> que sea desde la perspectiva contractual.

## 2. La capacidad de obrar matrimonial

La edad es una solución jurídica para designar el momento inicial de la capacidad de obrar, basada en la capacidad natural. Un estudio de la naturaleza jurídica de la edad exige previamente determinar qué fines subyacen al negocio jurídico matrimonial, qué capacidad natural reclaman, y cómo se determina jurídicamente mediante la edad. Ver cómo funciona la edad, nos permitirá conocer su *ratio iuris*, y estar en condiciones de fijar su naturaleza jurídica.

Para ello, consideraré los recíprocos derechos y deberes de los contrayentes que emergen de los fines propios del matrimonio, para pasar luego al estudio de la capacidad natural adecuada a los mismos y que se presume con la edad legal.

### 2.1. Los fines del matrimonio

El ejercicio del *ius connubii* permite el desarrollo de la personalidad a través del logro de los fines del matrimonio. Hay coincidencias en este punto en el Código civil y en el CIC, señal del mismo fundamento natural que subyace a ambos ordenamientos.

Como todo contrato, tiene unos fines que le son propios:

*La expresión fines del matrimonio no indica cualquier finalidad que pudieran proponerse una mujer y un varón que deciden unir sus vidas, sino aquellas a las que está ordenada la unión marital entre varón y mujer por su propia naturaleza. Los fines pertenecen a la esencia del matrimonio como su dinámica operativa natural, no se le añade desde fuera, ni son realmente distintos de la esencia, sino su propia estructura teleológica*<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> «Desde la premisa inequívoca de que el consentimiento de los contrayentes es la causa eficiente del matrimonio, la doctrina canónica medieval calificó ese acto consensual como un contrato, destacando con ello que la relación jurídica subsiguiente no tenía su origen en la ley, sino en el intercambio de dos voluntades privadas, pero sin que ello supusiera olvidar su carácter normado y la consiguiente imposibilidad de modificar por pacto su contenido legal. La doctrina más moderna hace notar la insuficiencia de la noción de contrato para explicar el acto jurídico matrimonial, tanto por la progresiva patrimonialización de aquel concepto, cuanto porque lo característico del mismo es conciliar intereses que pueden ser divergentes y crear preceptos de autonomía privada, y por eso ha hecho fortuna su calificación de cómo negocio jurídico, que, por más amplia, permite acoger con mayor facilidad su condición de acto consensual que da acceso a una relación o estado que delimita por completo el Derecho positivo» (P. DE PABLO CONTRERAS, *El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio*, en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.), *Curso de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia*, Colex, Madrid 2011, 3ª ed., p. 104).

<sup>30</sup> D. CENALMOR *et alii*, *El derecho de la Iglesia*, Eunsa, Pamplona 2005, 2ªed., p. 446.



La doctrina civil señala la indisponibilidad de las partes sobre el contenido del matrimonio y los derechos y obligaciones de los cónyuges<sup>31</sup> al hablar de la naturaleza del mismo como una *relación jurídica*<sup>32</sup>.

Igualmente la doctrina canónica, que después de reconocer un elemento constitutivo y más básico en el matrimonio (unión de dos personas), considera que los derechos y deberes de los cónyuges «siempre están contenidos potencialmente en el vínculo y en este sentido todos ellos son esenciales (...) por ser la expresión de justicia del desenvolvimiento de la vida conyugal –que a su vez representa el dinamismo del matrimonio–, siempre surgen del vínculo, en tanto la vida matrimonial es capaz de desarrollarse».<sup>33</sup> En consecuencia, una de las notas de estos derechos es su carácter irrenunciable<sup>34</sup> por parte de los cónyuges en tanto que representan situaciones jurídicas que se reflejan en el Derecho por su relevancia.

Así pues, paso a exponer el reconocimiento legal de estos derechos y deberes en el Código civil y en el Código de Derecho canónico, entendiéndolos, no en el sentido de total identidad con la esencia del matrimonio, sino como contenido de la relación jurídica que implica el matrimonio, y como indicadores de la estructura jurídica más profunda del matrimonio. En tanto que se desenvuelven en la vida conyugal, reclaman una capacidad adecuada a su ejercicio, que también viene a ser un indicador de la esencia del matrimonio y de las condiciones básicas para su ejercicio. Son éstos:

---

<sup>31</sup> Precisa Martínez de Aguirre Aldaz el grado de indisponibilidad: «Los deberes conyugales son indisponibles por los cónyuges, aunque sí pueden, de común acuerdo, concretar o modular su contenido, siempre que esa modulación no afecte al contenido esencial de ese deber (es decir, que siga siendo reconocible como el concreto deber de que se trata)» (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *El matrimonio como estado*, en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.), *Curso de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia*, Colex, Madrid 2011, 3ª ed., p. 140).

<sup>32</sup> L. DÍEZ PICAZO *et alii*, *Sistema de derecho civil. Vol.. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid 1982, 2ª ed., p. 71.

Castán Tobeñas, después de un análisis de las posturas doctrinales sobre la naturaleza jurídica, concluye del siguiente modo: «Se trata pues de una convención o negocio jurídico bilateral, pero que no excluye la idea de institución» (J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral. Tomo I. Introducción y parte general. Vol. II*, Reus S. A., Madrid 2007, 15ª ed., p. 129).

También De Pablo Contreras: «Esta calificación del acto matrimonial como negocio jurídico se mantiene a pesar de la presencia en él, como requisito de validez, del elemento *forma* –se trata, pues, de un negocio jurídico formal o solemne–, y es compatible, desde luego, con el hecho de que el contenido de la relación, al que los contrayentes consienten, esté sustraído de la autonomía privada y quede fijado de forma imperativa por el Derecho positivo. Es más, es precisamente la adhesión de la voluntad de los cónyuges al modelo que les ofrece el ordenamiento, y que ellos no pueden cambiar –por eso termina diciendo el art. 45 Cc que «la condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta»–, lo que determina que su consentimiento sea matrimonial» (P. DE PABLO CONTRERAS, *El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio*, en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.), *Curso de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia*, Colex, Madrid 2011, 3ª ed., pp. 103-104).

<sup>33</sup> HERVADA *et alii*, J., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico. III Derecho matrimonial (I)*, Ed. Universidad de Navarra, S.A., Pamplona 1973, p. 226.

<sup>34</sup> HERVADA *et alii*, J., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico. III Derecho matrimonial (I)*, Ed. Universidad de Navarra, S.A., Pamplona 1973, p. 228.

Art. 67: “El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”.

Art. 68: “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

Art. 69: “Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos”.

Art. 70: “Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia”.

C. 1055: “§ 1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizado”.

C. 1135: “Ambos cónyuges tienen igual obligación y derecho respecto a todo aquello que pertenece al consorcio de la vida conyugal”.

C. 1151: “Los cónyuges tienen el deber y el derecho de mantener la convivencia conyugal a no ser que les excuse una causa legítima”.

C. 104: “Tengan los cónyuges un domicilio o cuasidomicilio común; en caso de separación legítima o por otra causa justa, cada uno puede tener un domicilio o cuasidomicilio propio”.

El primer canon del título VII *Del matrimonio* del CIC recoge la esencia del matrimonio –*totius vitae consortium*– manifestada en los fines –*bonum coniugum y ad proles generationem et educationem*–, y que se especifica en los otros cánones.

En cambio, en el Código civil, que configura el matrimonio como una *relación jurídica especial* donde el contenido viene señalado por el Derecho, los fines subyacen a los derechos y deberes mutuos del marido y de la mujer (art. 67 a 70 Cc): deber de colaboración y auxilio, deber de respeto recíproco, actuación en interés de la familia, deber de guardarse fidelidad y obligación de vivir juntos<sup>35</sup>. Esa reciprocidad, implica, entre otras cosas, el principio de igualdad reconocido en el art. 66 Cc<sup>36</sup>. De estos derechos y deberes mutuos, la doctrina mayoritaria concluye la existencia de los fines del matrimonio: formar una comunidad en todos los aspectos de la vida, físicos y espirituales<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> «Normalmente significa unidad de techo, de lecho y de mesa (thorum et mensa et cohabitatio), pues sólo de este modo la función que el matrimonio cumple se puede realizar» (L. DÍEZ PICAZO *et alii*, *Sistema de derecho civil. Vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid 1982, 2ª ed., p. 113).

<sup>36</sup> «El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes».

<sup>37</sup> Así lo recoge Albadalejo: «En cuanto a los fines que se aspira (son, en principio, la aspiración objetiva del matrimonio como figura abstracta, y normalmente la aspiración subjetiva de los que se casan) a llenar con la plena comunidad de vida que el movimiento instaura entre los casados, son los de ayudarse y complementarse espiritual y corporalmente, y posiblemente a tener hijos y educarlos» (M. ALBADALEJO, *Curso de derecho civil. IV. Derecho de familia*, Bosch, Barcelona 1982, p. 32).

Con otros términos, pero reflejando la misma idea O’Callaghan: «La finalidad de una plena comunidad de vida en todos los sentidos, físicos y espirituales. Tal finalidad se puede desdoblar en diversos fines que no son sino aspectos de la misma: 1º) unión física y espiritual; 2º) convivencia estable; y 3º) fundación de una nueva familia, en sentido restringido, integrada de momento por los cónyuges y quizá más tarde por los hijos procreados en dicha relación estable» (X. O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil. Tomo IV. Derecho de familia*, Edersa, Madrid 1983, p. 23).

También Díez Picazo: «Tiene por finalidad realizar entre los consortes una comunidad plena de existencia. No se refiere a aspectos parciales de la vida, sino a la vida entera» (L. DÍEZ PICAZO *et alii*,

## 2.2. La capacidad natural

La validez del matrimonio, que se valora en el momento de contraer, cuando se da el consentimiento, no depende del éxito del matrimonio, es decir, del efectivo cumplimiento de los fines a los que el negocio jurídico matrimonial está ordenado. No se trata de señalar la capacidad que correspondería a un estado matrimonial ideal, resultado de estadísticas basadas en la experiencia de la vida conyugal. Esto no interesa al Derecho en orden a la validez del matrimonio, sino a otros efectos que nada tienen que ver con nuestro tema. Es decir, los fines presuponen una capacidad, pero la capacidad no presupone el cumplimiento de los fines, aunque con ellos y la capacidad natural que reclaman, el matrimonio tendrá éxito.

La decisión de Justiniano de sustituir la comprobación de hecho de la capacidad natural por una comprobación jurídica mediante el establecimiento de una edad como presunción legal pertenece al patrimonio jurídico occidental, presente también en el Ordenamiento civil y en el Ordenamiento canónico. En el Derecho romano, la capacidad natural presumida era la de la pubertad:

*Durante casi veinte siglos, la pubertad natural fue tenida en cuenta como un criterio unitario de capacidad. Lo que equivaldría a decir que en el derecho de la Iglesia se consideraba que las personas normales, en esta etapa de la vida, adquieren todos los elementos esenciales necesarios físicos y psíquicos, como para poder ser estimadas natural y jurídicamente capaces para el matrimonio*<sup>38</sup>.

La pubertad, junto al *connubium*<sup>39</sup> —suprimido después en el período postclásico<sup>40</sup>— y al consentimiento prestado por los cónyuges conformaban los requisitos del pacto conyugal regulado por el Derecho romano clásico<sup>41</sup>. La Iglesia asumió esta regulación matrimonial<sup>42</sup>.

---

*Sistema de derecho civil. Vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid 1982, 2ª ed., p. 70).

<sup>38</sup> F. J. AMERISIO, *El fundamento del impedimento de edad. Evolución histórica y doctrinal*, Ateneo Romano Santa Cruz, Roma 1985, pp. 137-138.

<sup>39</sup> Sólo para el Derecho de la época clásica se exigía «que el hombre y la mujer, uno en relación con el otro, tuvieran la capacidad de constituir entre ellos una relación conyugal jurídicamente válida» (E. VOLTERRA, *Instituciones de derecho romano*, Civitas, Madrid 1996, p. 642).

<sup>40</sup> Volterra resalta el cambio dado por el Derecho romano en este punto: «Ya no se menciona más, en cambio, el requisito positivo del *connubium*, propio del Derecho clásico probablemente porque la nueva concepción social de la igualdad entre los hombres, aunque todavía no traducida en normas de Derecho positivo, lleva a pensar que cada ser humano tiene una capacidad general de constituir una unión legítima con una persona del otro sexo, a menos que exista un impedimento» (*Ibidem*, p. 649).

<sup>41</sup> De Francisci especifica el estrecho contenido del *ius connubii* en el período clásico: «Las bodas legítimas se denominaban por los romanos *iustae nuptiae*. Para su validez era necesario el concurso de varios requisitos: la capacidad civil (*connubium* o *ius connubii*); la capacidad natural (la pubertad, o sea, catorce años para los varones y doce para las hembras); el consentimiento de los esposos y el de otras personas según los casos (*pater familias*, padre natural, tutor)» (P. DE FRANCISCI, *Síntesis histórica del derecho romano*, ERDP, Madrid 1954, p. 459).

<sup>42</sup> «Il metodo e i contenuti di queste raccolte canoniche (colecciones cronológico-canónicas en Oriente y Occidente) sono certamente influenzati dalle codificazioni civili degli imperatori d'Oriente, ed in particolare dal *Codex Theodosianus* di Teodosio II del 438 e dal *Codex Iustinianus* del 529» (C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Il mulino, Bologna 1999, pp. 59-60).

La denominación de la *capacidad natural* necesaria para contraer matrimonio ha tenido a lo largo de la historia varias denominaciones<sup>43</sup>: se ha hablado sobre todo de *pubertas*, con el doble contenido físico-psíquico<sup>44</sup>, pero también de *malitia*, *annos aptos matrimonii*, *annos nobiles*, *doli capax et copulae*, *sagacitas ingenii et dispositio corporis*, y últimamente de *madurez*, expresiones con las que se hace referencia al momento en que se tienen las condiciones mínimas para prestar válidamente el consentimiento matrimonial. En el ámbito legislativo, la determinación de la capacidad de obrar, que toma como base la capacidad natural, se ha denominado *edad legal* o *pubertad legal*, actuando como una presunción jurídica.

El recurso a la *pubertad legal* parece haber sido abandonado en el CIC y en el Código civil. En la fase de preparación del c. 97 del CIC se habla de la edad como uno de los elementos sobre los que se ha apoyado el Derecho canónico en su historia al señalar la capacidad adecuada para realizar los actos jurídicos, en concreto, como el elemento que identifica la presencia de la capacidad natural doble –psíquica y corporal–<sup>45</sup>. Así pues, el CIC establece en primer lugar la distinción entre los mayores y menores de edad; en cambio, se saca del régimen general de capacidad el criterio de la pubertad –púberes/impúberes–, argumentando que dicha edad será fijada en la regulación específica de la materia, como por ejemplo el matrimonio<sup>46</sup>; se reforma en este punto el CIC 17, que acudía a la pubertad dentro del régimen general de la edad en el c. 88 § 2: «El menor, si es varón, se considera púber después de cumplidos los catorce años; si mujer, una vez cumplidos los doce». Además el CIC 17 acudía a este criterio en materias que nada tienen que ver con la capacidad sexual, justificando con ello que la normativa canónica no restringía la pubertad a la sola potencia biológica; la pubertad

---

<sup>43</sup> De algunas se hace eco Gasparri en el siguiente texto: «Iam vero Ecclesia iure antiquo declaravit illicitum et invalidum matrimonium ante utriusque partis pubertatem, idest inter virum ante XIV aetatis annum completum et mulierem ante annum XII completum; quae proinde dici solebat *aetas nubililis, anni nobiles, aetas apta, anni apti ad matrimonium*, prout canones loquebatur» (P. CARD. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio, Vol. I-II*, Typis Polyglottis Vaticanis, Vaticano 1932, p. 290).

<sup>44</sup> Señala d'Avack: «Si sancise così in tale canone quello che i canonisti chiamano l'impedimentum dirimens aetatis; impedimento, che si riscontra in quasi tutte le legislazioni antiche e moderne e la cui base giustificativa sta nella necessità di garantirsi attraverso un tale limite che i nubenti all'atto di contrarre matrimonio abbiano ormai raggiunta la capacitas animi necessaria per assumere il vincolo coscientemente e volontariamente e che insieme posseggano la capacitas corporis atta alla sua consumazione e alla procreazione» (P. A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico. Il matrimonio. I. Edizione provvisoria per gli studenti*, Giuffrè Ed., Milano 1961).

En la *Instructio austriaca*: Impedimenta Dirimentia, 17, Impubertas: «Quum pueri, qui decimum quartum, et puellae, quae duodecimum aetatis nondum absolverint, de regula neque physice ad matrimonium apti, neque ii sint, qui matrimonii contrahendi vim, prout decet, intelligant, de iure ad matrimonium inhabiles censentur. Quodsi autem umquam eveniret, ut hac aetate maiores et physica et morali ad matrimonium aptitudine pollerent, nihilominus, nisi desuper ab episcopo diocesano vel ab ipsa Apostolica Sede sententiam declaratoriam obtinuerint, matrimonio iungi non possent».

<sup>45</sup> «Codex I. C. primo quidem legislationem propie canonicam de aetatibus, sicut de statu mentis et de sexu, stabilivit. Ius Decretalium non habebat de iisdem praescripta, et in genere ad capacitatem personarum admisit et applicavit praescripta quae in iure romano vigeant. Unde iuris canonici antiquae monumenta pauca tantum de iisdem habuerunt praescripta, sed universa doctrina ante Codicem applicavit quae ius romanum de hac materia praescripta edixit» (Communicationes 21, 1989, p. 36).

<sup>46</sup> La distinción en el sistema general de capacidad entre púberes e impúberes «non iam existit in Codicibus civilibus, in quibus –pro materiis in quibus momentum habere possent– statuuntur regulae speciales: ita matrimonio, pro subiectione legibus poenalibus, pro testamenti-factione», (Communicationes 21, 1989, p. 36).

era un término medio de determinación de la capacidad natural entre la minoría y la mayoría de edad. En el CIC, este término medio pervive en la edad legal que se fija en algunas materias.

El mismo proceso se ve en el Código civil, que sin mencionar el criterio de la pubertad, sí reconoce una edad, inferior a la mayoría, en la que se permite actuar en algunas materias<sup>47</sup>. Pero sobre todo, introduce la emancipación (artículos 314 a 324 Cc), «que habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor» (art. 323 Cc), precisamente porque se presume que tiene capacidad psicológica para ello. También se mantiene en el matrimonio la posibilidad de contraerlo a partir de los 14 años, previa concesión de dispensa basada en la apreciación de *justa causa*, que no es en ningún caso la sola capacidad sexual, aunque se tenga en cuenta de modo peculiar, pero no único ni principal. Si el término medio de capacidad de obrar que en otro tiempo se denominaba pubertad, designa la posibilidad de actuar con eficacia para el Derecho porque se tiene la capacidad sobre todo psicológica, no hay porqué sostener lo contrario en el matrimonio, aunque tenga especialidades con respecto al resto de contratos.

Una vez visto que la capacidad natural—o pubertad real—, es el fundamento de la pubertad legal, paso a examinar la peculiaridad de la capacidad natural presumida por la edad legal matrimonial. Será la perspectiva canónica —con sus textos— la que adoptaré para valorar esa capacidad natural, que no es ni canónica ni civil, sino sencillamente natural; se debe al mayor número de estudios realizados sobre el tema, aunque se incluirán citas de autores civiles que hayan tratado el asunto.

La capacidad natural puede faltar por una razón temporal —una temprana edad—, o por razones patológicas —enfermedades—. Para la determinación de la capacidad mínima necesaria en los casos normales, el Derecho ha acudido a la concreción de una edad<sup>48</sup>, ya que al paso de los años va unido el desarrollo progresivo de las personas y sus facultades. Este mínimo necesario señalado con la edad legal es exigido a todo matrimonio debido a su carácter básico. González del Valle apunta quiénes son los sujetos pasivos de la edad legal y cuál la capacidad natural que reclama:

*El n.º 2 (del c. 1095), como razón pretende sentar un criterio para medir el grado de discreción de juicio de quienes no son psíquicamente normales, ya que, para las personas normales, el criterio de discreción de juicio se fija a través del impedimento de edad. Tanto el c. 1083 como el c. 1095, 2º fijan una exigencia de suficiente discreción de juicio*<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Art. 663: «Están incapacitados para testar: 1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo». Respecto a la prueba de testigos, el art. 1246: «Son inhábiles por incapacidad natural: (...) 3.º Los menores de catorce años».

<sup>48</sup> «Per la normalità dei casi è il legislatore stesso che provvede a garantirsi l'esistenza di questa duplice capacità dei contraenti attraverso l'*impedimentum aetatis*, cioè prescrivendo loro per poter contrarre matrimonio il raggiungimento di un'età tale da potersi ragionevolmente presumere che essi siano ormai in possesso sia dell'una che dell'altra» (P. A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico. Il matrimonio. I. Edizione provvisoria per gli studenti*, Giuffrè Ed., Milano 1961, p. 125).

<sup>49</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho canónico matrimonial*, Eunsa, Pamplona 2009, 11ª ed., p. 33.



Los términos con los que la doctrina designa la capacidad natural<sup>50</sup> se refieren a una aptitud mixta, que abarca los siguientes aspectos de la persona: lo psicológico<sup>51</sup> – *discretio iudicii, debita mentis discretio, maturitas iudicii capacitas animi prudentiam*– y lo físico –*potentia coeundi, capacitas corporis*–, que están interrelacionados, de tal modo que van emergiendo a la par, uno en dependencia recíproca del otro, armonizándose en un único proceso de crecimiento, que a fin de cuentas es el desarrollo unitario de este hombre o de esta mujer. Esto no quiere decir que lo psicológico y lo corporal alcancen, a la vez, el grado mínimo necesario para prestar el consentimiento matrimonial, pero sí implica que, descartados los casos patológicos, no haya entre ambos procesos de desarrollo una diferencia de mucho tiempo.

<sup>50</sup> Para el matrimonio del Derecho Romano se requería «que tanto el hombre como la mujer tuvieran la capacidad natural, es decir, que sean púberes» (E. VOLTERRA, *Instituciones de derecho romano*, Civitas, Madrid 1996, p. 644).

También en el siguiente texto: «Que los cónyuges han de tener la capacidad natural, es decir, que sean púberes» (J. DAZA MARTÍNEZ *et alii*, *Instituciones de derecho privado romano*, Tirant lo lo blanch, Valencia 2009, 4ª ed., p. 448).

En el ámbito del Derecho Civil: «Se determina ésta (la capacidad legal matrimonial) por la plena aptitud física y psicológica de los contrayentes, que en el antiguo Derecho se presumía al llegar a la edad de la pubertad (doce años para las hembras y catorce para los varones)» (J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral. Tomo V. Derecho de familia. Vol. I. Relaciones conyugales*, Ed. Reus S. A., Madrid 1994, 12ª ed. rev., p. 196).

Regatillo la menciona en estos términos: «Naturalmente púberes se juzgaban los que tenían discreción suficiente para dar consentimiento matrimonial y potencia actual para engendrar» (E. F. REGATILLO, *Derecho matrimonial eclesiástico*, Sal Terrae, Santander 1962, p. 132).

«Necessità nei contraenti due fondamentali requisiti di capacità naturale: la *capacitas corporis*, cioè, consistente nella *potentia actualis ad actus de se aptos prolis generationem perficiendos*, e la *capacitas animi*, consistente nella *discretio iudicii ad vinculum intelligendum et eligendum*» (P. A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico. Volume primo*, Casa editrice del Dott. Carlo Cya, Firenze 1952, ed. innovata, p. 18).

D'Avack, en su estudio histórico-canonico, señala lo mismo: «Dalla semplice prescrizione proibitiva che non si potessero contrarre nozze da coloro *quorum aetatis infirmitas consensum non admittit*, si era cosè giunti alla norma positiva che per il matrimonio si dovesse esigere un'*aetas habilis* comprensiva di due elementi concorrenti: la *capacitas animi* e la *capacitas corporis*, cioè, la *pubertas*» (IDEM, *Il "defectus aetatis" nelle fonti e nella dottrina matrimoniale classica della Chiesa*, en *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli, Volume primo*, Unione tipografico-Editrice Torinese, Torino 1960, p. 372).

Respecto a la *malitia*, invocada como excepción a la presunción de la edad, refiere d'Avack lo siguiente: «E fu appunto su tale duplice base che si sostenne pertanto concordemente *nomine malitiae suppletis aetatem ad matrimonium petitam comprehendere potentiam ad copulam ac prudentiam ac discretionem ad intelligendam consensus coniugalium vim*, e s'insegnò pertanto *quare non sufficit ad matrimonii impuberis valorem sola generandi potentia aetatem praevenisse, nisi ea quoque prudentia adsit*, esigendo in conseguenza che la prova giudiziaria della *malitia* dovesse essere comprensiva non solo della *capacitas corporis*, ma anche della *capacitas animi* del coniugato *citra legitimam aetatem*», *Ibidem*, pp. 389-390. Del mismo autor: «Due fondamentali requisiti di capacità naturale: la *capacitas animi*, consistente nella *discretio iudicii ad vinculum intelligendum et eligendum* e la *capacitas corporis*, consistente nella *potentia actualis ad actus de se aptos ad prolis generationem*» (IDEM, *Corso di diritto canonico. Il matrimonio. I. Edizione provvisoria per gli studenti*, Giuffrè Ed., Milano 1961, p. 125).

También Aznar Gil: «El impedimento se fundaba en la doble presunción de la falta de discreción o madurez de juicio para el consentimiento matrimonial y en la falta de la potencia sexual para realizar la cópula conyugal» (F. R. AZNAR GIL, *Derecho matrimonial canónico. Vol. I: Cánones 1055-1094*, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca 2007, 2ª ed., p. 237).

<sup>51</sup> Señala d'Avack una subdivisión, siguiendo las facultades superiores del hombre: «la *sufficiens discretio mentis iudicii*, o la *maturitas iudicii actui proportionata*, la quale consta pertanto di due elementi, distinti bensì ma concorrenti e interdependenti: l'uno intelletivo, cioè la *maturitas cognitionis*, e l'altro volitivo, cioè la *maturitas libertatis*»; o dicho de otro modo: «*sufficiens iudicii ad actum intelligendum et eligendum*» (P. A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico. Il matrimonio. I. Edizione provvisoria per gli studenti*, Giuffrè Ed., Milano 1961, p. 128).

Sin embargo, la literatura jurídico-matrimonial, sin negar su conexión, distinguió ambos elementos, para saber cuándo se carecía de ellos por concurrir alguna patología:

*Vi sono però soggetti, in cui siffatta capacità naturale dell'animo o del corpo può riscontrarsi alterata, menomata o addirittura mancante per cause varie patologiche; di qui quell'impedimentum che un famoso decretista, Rufino, definiva come la cosiddetta 'impossibilitas conveniendi, alia conveniendi animo ut in furiosis, alia conveniendi corpore ut in frigidis et maleficiis impeditis', e che dà luogo a due diverse causae nullitatis matrimonii, e cioè al 'defectus discretionis iudicii o defectus animi', il quale prende poi, a seconda dei casi, il nome specifico di 'amentia, mentis exturbatio, mentis debilitas, ebrietas, somnambulismus', ecc; ed al 'defectus capacitatis sexualis o defectus corporis', il quale va sotto la tecnica designazione di 'impotentia'<sup>52</sup>.*

Así, dichos elementos se fueron configurando como impedimentos<sup>53</sup> que señalaban, o bien el *defectus animi*, o bien el *defectus corporis*. Comienza así la perspectiva jurídico-negativa –propia de los impedimentos– en el estudio de los aspectos básicos de la capacidad natural para contraer matrimonio y de la edad que se refería a ellos; este enfoque es el común entre los canonistas anteriores al CIC 17: «Impedimentum aetatis est defectus aetatis legitimae, vi cuius viri et feminae, nondum pollentes pleno usu rationis et actuali potentia generandi, a matrimonio valide celebrando arcentur»<sup>54</sup>.

Además, a la anterior distinción de los aspectos que conforman la capacidad mínima para ejercer el *ius connubii*, contribuyó el debate entre la Escuela de Bolonia y la Escuela de París sobre los requisitos esenciales en la formación del matrimonio, que concluyó con la designación del consentimiento<sup>55</sup> como elemento más básico, reconociendo consecuentemente la prioridad de la dimensión psicológica de la persona en la capacidad natural necesaria para el matrimonio. El otro aspecto, la capacidad física, entendida como aptitud para realizar el acto conyugal con el que se pueden engendrar hijos, pasó a un segundo plano en la formación del matrimonio *in fieri*. La capacidad física se considerará como esencial al matrimonio, pero no como esencial en el momento del nacimiento del vínculo conyugal; en el matrimonio *in fieri* se exigiría como pura potencia.

---

<sup>52</sup> P. A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico. Volume primo*, Casa editrice del Dott. Carlo Cya, Firenze 1952, ed. innovata, p.115.

<sup>53</sup> «Impossibilitas coeundi vel conveniendi alia et animi tantum, alia corporis tantum, alia utriusque; animi tantum ut in furiosis, corporis ut in frigidis et maleficiis impeditis, utriusque ut in pueris et puellis. Impossibilitas coeundi animo et corpore tam impedit contrahendum, quam dirimit contractum» (BERNARDUS PAPIENSIS, *Summa de matrimonio*, ed. Laspeyres, Ratisbone, 1860, p. 301, citado por d'Avack en su obra *Il «defectus aetatis» nelle fonti e nella dottrina matrimoniale classica della Chiesa*).

<sup>54</sup> F. X. WERNZ, *Ius Decretalium. Liber IV. De iure matrimoniale Ecclesiae Catholicae*, Roma, 1890, n.º 310.

<sup>55</sup> «Quando pertanto con Alessandro III finì per trionfare la teoria consensuale, la dottrina successiva venne sistematicamente a riferire agli *sponsalia de futuro* tutti i testi che riflettevano la *desponsatio impuberum*, precisando che solo a partire dalla *pubertas* si potevano validamente contrarre gli *sponsalia de praesenti*, e cioè il matrimonio, e trasformando così l'*impubertas* da una *causa dissolutionis* in una *causa nullitatis vinculi*» (P. A. D'AVACK, *Il «defectus aetatis» nelle fonti e nella dottrina matrimoniale classica della Chiesa*, en *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli, Volume primo*, Unione tipografico-Editrice Torinese, Torino 1960, p. 372).

Paso a ver las dos dimensiones de la capacidad natural sobre las que se apoya la capacidad mínima para contraer.

### 2.2.1. *Discretio iudicii*

Con la reforma del Código civil por la Ley 30/1981 desapareció toda referencia expresa a la dimensión psicológica –una de las dimensiones de la capacidad natural– exigida para prestar el consentimiento, a la vez que se introdujo expresamente la centralidad del consentimiento en la formación del matrimonio<sup>56</sup>. Hasta entonces se exigía como requisito de capacidad «el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio» con independencia de la edad» –art. 83 Cc de la redacción originaria–.

En el ámbito canónico ha habido en este punto un gran debate doctrinal: se ha hablado de *uso de razón* y de *discretio iudicii*. En concreto, el *uso de razón* (7 años) del Derecho romano se vierte al Derecho canónico por el Decreto de Graciano<sup>57</sup>. Al aplicar esta exigencia psicológica al matrimonio vimos que era insuficiente, y que en todo caso, daba lugar a un *matrimonio initiatum*, equivalente a unos esponsales, pero sin ser matrimonio. Para que surgiera éste, habría que esperar a la pubertad, es decir, a la *discretio iudicii*, porque sin ella no es posible el consentimiento. Así, el *uso de razón* aplicado al matrimonio se llama *discretio iudicii*, y la edad con la que se conecta no es la de los 7 años sino la edad de la pubertad. El término *discretio iudicii* proveniente del ámbito canónico y el término *uso de razón* que utilizaba el art. 83 Cc designan la misma realidad.

A partir de aquí se utilizará generalmente *discretio iudicii* por ser más especializado, aunque vale tanto para el matrimonio canónico como para el matrimonio civil. No obstante, el CIC mantiene ambas expresiones en el c. 1095, pero con su campo propio de actuación: la carencia del suficiente uso de razón se refiere a la privación «del uso expedito de sus facultades intelectivas y volitivas imprescindibles para emitir un acto humano»<sup>58</sup>, y el defecto de grave discreción de juicio mira a un insuficiente grado de «madurez personal que permite al contrayente discernir para comprometerse acerca de los derechos y deberes matrimoniales»<sup>59</sup>, todo ello en el contexto de las enfermedades mentales y los trastornos psíquicos como causa de incapacidad para el consentimiento<sup>60</sup>. La *discretio iudicii* a que hago referencia, ha de ser entendida en un sentido amplio, donde caben todas las circunstancias del c. 1095. Lo que en el CIC se

---

<sup>56</sup> Art. 83 Cc: «No pueden contraer matrimonio: (...) 2º. Los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio».

<sup>57</sup> «Sponsalia ante septennium contrahi non possunt. Solo enim consensu contrahuntur, qui intervenire non potest, nisi ab alterutra parte id intelligatur, quod inter eos agitur. Probatur ergo sponsalia non posse contrahi inter pueros, quorum aetatis infirmitas consensum non admittit» (C. 2. un.).

<sup>58</sup> P. J. VILADRIK, *Comentario al capítulo IV. Del consentimiento matrimonial*, en *Código de derecho canónico. Edición anotada*, Eunsa, Pamplona 2007, 7ª ed., p. 699.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 699.

<sup>60</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 698-699.



distingue, en el Código civil se englobaba genéricamente con la expresión *uso de razón* antes de la reforma de la Ley 30/1981.

Si el ámbito del c. 1095 tiene como presupuesto las enfermedades mentales y los trastornos psíquicos que provocan la ausencia de uso de razón o de discreción de juicio, con la edad legal se vienen a fijar los criterios que determinan positivamente la capacidad en orden al cumplimiento de los fines del matrimonio. Decir lo que no es matrimonio delimita lo que sí es matrimonio, pero no explica su esencia; lo mismo ocurre con la discreción de juicio. Además, la determinación de la capacidad mínima por medio de la edad legal no está en el marco de una enfermedad mental o trastorno psíquico, sino en el grado de desarrollo normal del hombre y de la mujer.

Me centro en la *discretio iudicii*, dimensión psicológica de la capacidad natural para prestar el consentimiento<sup>61</sup> que da lugar al matrimonio<sup>62</sup>. La *discretio iudicii* hace referencia a una capacidad doble: en primer lugar a la capacidad para conocer suficientemente el matrimonio, y en segundo lugar a la capacidad de comprometerse. Con esto se especifica que la aptitud natural que implica la *discretio iudicii* es una madurez intelectual-volitiva:

*La discreción de juicio es, en realidad, la madurez intelectual-volitiva, por la que la persona, conociendo qué sea el matrimonio, es suficientemente capaz de comprometerse a él. Es aquella capacidad reflexivo-volitiva suficiente para querer contraer matrimonio y asumir el compromiso engendrado. (...) La madurez requerida en el matrimonio no es, en consecuencia, la madurez simplemente intelectual, de penetrar en el mundo de las ideas y conceptos, sino la madurez de reflexionar y decidir sobre el propio futuro. Es obvio que para poder tomar la decisión válida de casarse hace falta poder conocer qué sea el matrimonio, pero el constitutivo nuclear de la suficiente discreción de juicio no es esa capacidad especulativa (por supuesto necesaria), sino la capacidad del acto del 'imperium' de la razón práctica, en cuanto es capaz de regular la voluntad (y con ella la afectividad) y orientarla en una decisión que compromete el futuro personal. En consecuencia, el uso de la razón requerido no es sólo el uso de la razón especulativa –aunque éste se requiere–, sino especialmente el uso de la razón práctica. Es, pues, cuestión de capacidad para reflexionar y decidir. (...) De ahí que no hablemos simplemente de capacidad cognoscitiva, sino de juicio, esto es, del 'iudicium practicum', o juicio decisorio. Y hablamos también de 'discretio', o virtud de realizar correctamente ese juicio práctico. Es, en otras palabras, la capacidad para el suficiente y necesario acto de 'imperium' de la razón práctica. El juicio práctico presupone el conocimiento de la realidad y, por ello, la suficiente discreción de juicio presupone la capacidad para el suficiente conocimiento del matrimonio<sup>63</sup>.*

Pero una cuestión es saber qué es la discreción de juicio, y otra, hallar una regla jurídica que permita identificar su presencia.

---

<sup>61</sup> «Unica mensura sufficiens consensus est discretio iudicii matrimonio proportionata» de la Decretal *Ubi* (C. 30.2.1).

<sup>62</sup> «El nervio del impedimento de edad, la razón determinante de la nulidad del matrimonio de los impúberes, radica en la falta de la discreción de juicio requerida por el consentimiento matrimonial» (E. TEJERO, *La discreción de juicio para consentir en matrimonio*, en «Ius Canonicum», vol. XXII, nº. 44, Pamplona 1982, p. 433).

<sup>63</sup> J. HERVADA *et alii*, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico. III Derecho matrimonial (I)*, Ed. Universidad de Navarra, S.A., Pamplona 1973, pp. 378-380

La determinación de la discreción de juicio ha sido una de las tareas más importantes de la jurisprudencia canónica, a la que correspondía resolver las controversias en la mayoría de los casos, porque el matrimonio canónico era el que se contraía mayoritariamente, y el CIC 17 no tenía criterio alguno para su determinación. Sí tiene el CIC criterios de detectar el *defectus discretio iudicii*, perspectiva negativa que, según Tejero, había tomado previamente la jurisprudencia a partir de 1957, basándose en una influyente obra de Ravá<sup>64</sup>. En el Código civil después de la Ley 30/1981, desaparece incluso la referencia al *uso de razón*, por entenderse exigido implícitamente en la necesidad del consentimiento matrimonial, y por la garantía que supone la figura de la *incapacitación*, que si bien no implica automáticamente incapacidad de contraer matrimonio como en el ordenamiento italiano, sí puede aparecer en la sentencia lo que convenga al respecto.

La *discretio iudicii* necesaria para prestar el consentimiento es diversa de la capacidad natural exigida por los ordenamientos civil y canónico para la generalidad de los actos jurídicos. Santo Tomás<sup>65</sup> explica que se basa en la especialidad del matrimonio, que es inclinado por la naturaleza, cosa que no ocurre en un fideicomiso. Tejero señala decenas de sentencias que, directa o indirectamente, indican «que la madurez mental propia de la pubertad es el nivel requerido para reconocer a los contrayentes la capacidad de contraer matrimonio»<sup>66</sup>. Esto explica, que la capacidad adecuada al matrimonio no se someta al régimen general de la mayoría de edad exigida para casi todos los contratos. Es una capacidad especial, porque se presupone una capacidad natural peculiar adecuada a la esencia del matrimonio y sus fines.

El empeño de la jurisprudencia canónica durante el siglo XX ha hecho que se produzcan avances por la incorporación de datos suministrados por la psiquiatría y la psicología, con el necesario tratamiento canónico de los mismos, en tanto que son los jueces los que necesitan tener una regla jurídica que les permita decidir con cierta

---

<sup>64</sup> Se refiere a R. RAVÁ, *Il defectus discretionis iudicii como causa de nullità del matrimonio nella giurisprudenza rotale*, en «Il Diritto Ecclesiastico», 1957. Explica Tejero más sobre esta cuestión: «Pero, a partir de 1957, se opera en la jurisprudencia un cambio en el modo de considerar la operatividad de la *discretio iudicii*, que está hoy presente en un sector de estudios sobre la enfermedad mental y el matrimonio, y que, a nuestro entender, sin pretenderlo, oscurece el carácter de *mensura sufficiens consensus*, propio de la discreción de juicio. El término, y el concepto en él contenido, ha pasado a la jurisprudencia de la Rota Romana, recibido de algunas publicaciones canónicas. Como se deduce de su simple enunciación, la discreción de juicio, desde esta perspectiva, lejos de ser contemplada en su carácter originario de medida, criterio determinante de la existencia de la capacidad de consentir en matrimonio, es nombrada sólo para señalar su ausencia, sin detenerse a señalar ningún contenido concreto de capacidad» (E. TEJERO, *La discreción de juicio para consentir en matrimonio*, en «Ius Canonicum», Vol. XXII, n.º. 44, Pamplona 1982, pp. 409-410).

<sup>65</sup> «Como se recordará, la natural inclinación del hombre al matrimonio, que ahora consideramos, es el dato básico para que Santo Tomás concluyera la coherencia con que procede el Derecho reconociendo al hombre madurez suficiente para contraer matrimonio antes de que pueda desarrollar actividades contractuales sin tutor. No puede extrañarnos, por tanto, que encontremos decisiones rotales que en línea con la tradición doctrinal plurisecularmente manifestada, entiendan que alcanza el hombre antes la madurez mental para casarse que la mayoría de edad civil» (*Ibidem*, p. 460).

De la *inclinatio naturae* sintetiza Santo Tomás en el *Supplementum* que «Matrimonium est institutum ad quod natura inclinatur, sed mediante libero arbitrio completur».

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 467.

seguridad cuándo se da la madurez mental exigida por la *discretio iudicii*, núcleo de la capacidad para consentir. La *discretio iudicii* es un término jurídico.

En concreto, se ha podido clarificar el contenido de la *discretio iudicii* partiendo de datos extraídos de la psicología de la adolescencia<sup>67</sup>. Los avances se refieren al *conocimiento estimativo*<sup>68</sup> –en conexión con la *cogitativa*–<sup>69</sup> y la *inclinatio naturae*<sup>70</sup> –y a la *capacidad crítica*<sup>71</sup> como elementos de la capacidad para consentir –*discretio iudicii*– en el matrimonio.

---

<sup>67</sup> «No resulta difícil detectar el área científica de donde tales conceptos han sido recibidos, porque los dos capítulos centrales de la psicología de la pubertad y de la adolescencia son precisamente los relativos a la estimativa de los valores y a la capacidad crítica» (E. TEJERO, *La discreción de juicio para consentir en matrimonio*, en «Ius Canonicum», Vol. XXII, n.º. 44, Pamplona 1982, p. 481).

<sup>68</sup> «La estimativa se considera como una función de la cognoscitiva, cuyo objeto propio es percibir *el valor de un objeto*, a diferencia del conocimiento conceptual, que, siendo realizado también por el entendimiento, tiene como objeto propio la percepción de qué sea el objeto. El ser humano adquiere en edad más temprana el conocimiento conceptual que el estimativo: un niño de cinco años que prende fuego al pajar de su padre tiene un conocimiento conceptual, tanto del pajar, como del incendio; pero en modo alguno puede decirse que tenga un conocimiento estimativo del crimen que tal acción implica» (*Ibidem*, p. 474). También: «El conocimiento estimativo, según la jurisprudencia rotal, se sitúa en la captación de los valores que hacen digno de estima a un objeto –en nuestro caso el matrimonio–, que, percibido con la madurez mental consiguiente a tal percepción de los valores del conyugio, es, por lo mismo, libremente querido por la voluntad de los contrayentes» (*Ibidem*, p. 476).

<sup>69</sup> «La cogitativa, como indica el mismo término, tiene la función de cribar (co-agitare) los contenidos múltiples de la experiencia y valorarlos en concreto. Entre las necesidades concretas por las cuales debe vigilar la cogitativa aparece, a partir de la pubertad, la inclinación sexual que mueve a los hombres y mujeres de constitución normal a tomar conciencia del valor que el matrimonio tiene para las mismas personas que pueden contraerlo» (*Ibidem*, pp. 495-496).

Para mostrar más aún la conexión con la *discretio iudicii*: «Hay que afirmar decididamente que la sensibilidad humana está ordenada por la razón, de manera que las múltiples experiencias extraídas por la cogitativa, empujada por las necesidades particulares, se ordenan a las actividades propias del entendimiento y la voluntad» (*Ibidem*, p. 501).

<sup>70</sup> «Que la inclinación sexual normal sea un elemento integrante de la capacidad de valorar el matrimonio, requerida necesariamente para que pueda existir la *discretio iudicii matrimonio proportionata*, es un dato importante y, a nuestro entender, claramente vinculado con la doctrina rotal sobre la llamada capacidad estimativa del matrimonio. Es este un ámbito directamente relacionado con el funcionamiento normal de la cogitativa, que, de no percibir el valor del matrimonio, a partir de la atracción sexual, impediría la capacidad de discernimiento requerida para consentir en matrimonio» (*Ibidem*, p. 496).

<sup>71</sup> «Reduciendo a síntesis las visiones de la capacidad crítica que hasta el momento hemos observado en las decisiones rotales, comprobamos una triple acentuación del dato básicamente constitutivo de la capacidad crítica: para algunos ponentes, el rasgo básico del «potere critico» consiste en la *facultas reflectendi super se ipso*, otros acentúan la *vis iudicandi et ratiocinandi*, finalmente, una tercera tendencia insiste en la estrecha relación que existe entre la capacidad crítica y la deliberación propia del consentimiento matrimonial» (*Ibidem*, pp. 517-518).

Encuadra TEJERO la capacidad crítica en la deliberación, de tal modo que así situada, es donde esa capacidad crítica forma parte de la *discretio iudicii* necesaria para prestar el consentimiento: «(la capacidad crítica) opera en el entendimiento práctico posibilitando la deliberación, mediante el juicio discreto sobre los motivos o valores que aconsejan la elección de este matrimonio con libre arbitrio» (*Ibidem*, p. 533).

En la fase de codificación, algún Consultor afirma: «Rev.mi tertius et quartus Consultores dicunt quod discretio iudicii plus quam scientiam significat et continet iudicium praticum circa rem determinatam, et, in casu, circa hoc matrimonium» (Communicationes 33, 2001, p. 232).

### 2.2.2. *Capacitas corporis*

Bajo el término pubertad se hacía referencia a la capacidad psicofísica: *discretio iudicii* y *capacitas corporis*. El tratamiento de la *capacitas corporis* o *potentia coeundi* ha tenido dos aplicaciones distintas aunque relacionadas. Por un lado, para la configuración de un impedimento cuando la impotencia era antecedente y perpetua, denominado *impotentia coeundi, quos non copulat conmixtio sexuum*<sup>72</sup>, *impossibilitas conveniendi corpore ut in frigidis et maleficiis impeditiis*<sup>73</sup>, *impotens ad copulam*<sup>74</sup>, *corporali habilis reddi non potest*<sup>75</sup>; tanto el Código civil (redacción originaria) como el CIC tratan la impotencia antecedente y perpetua por causas patológicas como impedimento al matrimonio, si bien la reforma de la Ley 30/1981 prescinde de este impedimento<sup>76</sup> y de la referencia al *uso de razón*. Por otro lado, la *capacitas corporis* se aplicará para la determinación de la capacidad física mínima en atención al normal desarrollo del hombre y de la mujer por el transcurso de los años. Este segundo caso es el que nos ocupa, no lo patológico.

La *capacitas corporis* es el otro aspecto de la capacidad natural que consiste en la aptitud para realizar la *cópula perfecta*, entendida como el acto conyugal realizado con todos sus elementos esenciales<sup>77</sup> según está configurado por la naturaleza. Ese acto es una parte del proceso generativo o de reproducción, y por lo tanto, conectado directa y naturalmente con el fin de la procreación, e indirecta y naturalmente con el fin del bien de los cónyuges; o con la terminología de los autores civiles, conectado con el fin de la *comunidad de vida* a todos los niveles –físicos y psicológicos– entre el marido y la mujer.

Pero, a diferencia de lo que ocurría con la *discretio iudicii*, no hace falta que sea actual la *capacitas corporis* en el momento de contraer, porque es el consentimiento –y la correlativa exigencia de *discretio iudicii*– lo que hace el matrimonio; no obstante, se exigirá como mera potencia –susceptible de ser realizada en el futuro– a la hora de prestar el consentimiento.

En fin, la *capacitas corporis* potencial y la *discretio iudicii* actual configuran la mínima capacidad natural exigida para contraer matrimonio. Nunca ha sido la sólo *capacitas corporis* actual el único requisito de capacidad, si bien ha servido como medio de prueba de la *discretio iudicii*, elemento esencial para prestar el consentimiento. Que sea un medio de prueba no significa que sea el criterio central en

---

<sup>72</sup> C. 27. 2. 16.

<sup>73</sup> C. 33. 1.

<sup>74</sup> X. 4.15.2.

<sup>75</sup> X. 4.15.6.

<sup>76</sup> Art. 83 Cc: «No pueden contraer matrimonio: 3º. Los que adolecieren de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación con anterioridad a la celebración al matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable».

<sup>77</sup> El acto conyugal naturalmente realizado tiene los siguientes elementos esenciales: erección del miembro viril, penetración del miembro viril y transmisión del semen en la vagina de la mujer. Integrante esencial de la *cópula perfecta* no es el semen transmitido, sino el acto de seminación o de transmisión.

la determinación de la capacidad para contraer, lo que en ocasiones se ha confundido, sino que muestra la unidad de los aspectos físicos y psíquicos de la capacidad, denominada en otro tiempo *pubertas*. ¿Hace falta por tanto la *capacitas corporis* para contraer matrimonio? Sí. ¿Hace falta que sea actual? No. La *capacitas corporis*, fuera de los casos patológicos, señala la capacidad natural necesaria (potencial o actual) para la cópula; por su carácter básico, se requiere en todo matrimonio.

### 2.3. La edad como presunción jurídica de la capacidad natural

Como vimos con anterioridad, la persona humana, al introducirse bajo la órbita del Derecho, es vista como sujeto capaz de derechos y obligaciones: ésta es su capacidad jurídica más básica y elemental, que dimana de la misma dignidad humana, del mismo hecho de ser persona. En un segundo momento, se estudió la capacidad de obrar, que es la capacidad natural de la persona una vez que ha entrado en el escenario jurídico y que mira al ejercicio de esos derechos y obligaciones.

Para determinar esa capacidad de obrar, se acude a varios mecanismos que la modalizan. Entre ellos, el más general y básico es la edad, actuando como presunción de las aptitudes naturales mínimas para llevar a cabo el negocio jurídico concreto:

*Para conceder o negar dimensión jurídica a los actos humanos atiende el legislador al grado de madurez del entendimiento y la voluntad del actuante, y ese grado, que en una organización humana desarrollada no podría medirse caso por caso, ha de presumirse en ella a partir de la edad. La edad, pues, determina hoy la capacidad de obrar de la persona*<sup>78</sup>.

El establecimiento de una edad legal, se basa en una presunción<sup>79</sup> que facilita el tráfico en las culturas jurídicas avanzadas<sup>80</sup>, y ese sigue siendo el criterio del Código civil y del CIC: la edad es el *cardo* sobre el que sigue girando el reconocimiento de la capacidad de obrar<sup>81</sup> de los sujetos de derechos y obligaciones, y con más razón para la

---

<sup>78</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Vol. II, Personas*, Dykinson, Madrid 2010, 6ª ed., p. 117.

<sup>79</sup> Señala Martinell, los criterios para dicho establecimiento de la edad por el legislador: «a) presunción de capacidad fisiológica (pubertad biológica) como sustrato mínimo y suficiente, en relación con la función encuzadora de la sexualidad asignada al matrimonio; b) presunción de madurez psicología necesaria para prestar el consentimiento y para llevar a cabo las obligaciones inherentes al matrimonio» (J. M. MARTINELL, *Los impedimentos matrimoniales en el Derecho Civil español*, en *Estudios de derecho canónico y derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1983, p. 379).

<sup>80</sup> «Il *ius civile* (romano) fissa un limite d'età entro il quale si presume manchi l'idoneità a curare i propri interessi: il soggetto che vi rientri è, automaticamente, incapace o non completamente capace di agire. In linea di principio, il limite è rappresentato dalla pubertà, ed ha, in sé, un ristretto margine di variabilità. (...). L'incapacità di codeste persone e gli istituti diretti a proteggerle sono presenti in tutti gli ordinamenti delle società che abbiano raggiunto un certo livello di sviluppo» (M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano 1990, p. 156).

<sup>81</sup> El tráfico jurídico se simplifica por la sencilla atribución de capacidad de obrar, tal y como señala Martínez de Aguirre Aldaz: «Los hechos o datos a los que se vincula la capacidad de obrar general, son fijados en atención a que permiten establecer razonablemente una presunción de existencia (o limitación, o inexistencia) de la capacidad natural. Lo cual quiere decir que, para la atribución de esa capacidad de obrar general, se parte de una presunción legal de capacidad natural, que actúa con base en datos



capacidad matrimonial, toda vez que se designa una edad que no coincide con la generalidad de los contratos, o que tiene importantes excepciones a la mayoría de edad. Este es el marco que debe englobar el estudio de la edad en el matrimonio, que si bien tiene unas peculiaridades que el Derecho no ha obviado, no ha dejado de ser estudiado bajo la óptica contractual, tanto en el Derecho civil<sup>82</sup> como en el Derecho canónico<sup>83</sup>. Así lo señala Lacruz en el ámbito civil:

*Dentro del Derecho privado, el matrimonio es, por su propia naturaleza, una institución especialísima. El acto constitutivo del vínculo es un acuerdo de voluntades entre los contrayentes: la circunstancia de ser un acuerdo cuyas consecuencias vienen establecidas de modo no disponible por el ordenamiento jurídico no le priva de naturaleza y estructura contractual, porque la limitación de la autonomía de la voluntad no es incompatible con la noción de contrato, y por cuanto la indisponibilidad de los efectos no le viene al matrimonio de la ausencia de un consentimiento plenamente libre y autónomo, sino de la especialidad del objeto*<sup>84</sup>.

Y d'Avack en el ámbito canónico:

*Il matrimonio canonico si presenta quale un vero e proprio contractus, esplicitamente designato come tale dal Codex stesso (can. 1012, §1, § 2) conformemente del resto alla terminologia tradizionale già in uso nella legislazione, nella dottrina e nella giurisprudenza della Chiesa fin dai tempi più antichi, retto dai principi generali comuni alla formazione di tutti gli altri*

---

externos, objetivos y fácilmente reconocibles: la mayoría de edad (a partir de la cual el legislador presume que una persona ha llegado ya al desarrollo físico y mental, y al nivel de conocimientos y experiencia que le permite desenvolverse por sí solo), y la ausencia de incapacitación (es decir, la falta de una declaración judicial constatando la ausencia de capacidad natural)» (C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La persona y el Derecho de la persona*, en DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), *Curso de Derecho civil. Volumen I, Derecho privado. Derecho de la persona*, Colex, Madrid 2011, 4ª ed., p. 327).

<sup>82</sup> Albadalejo precisa su naturaleza jurídica: «Basándose en la voluntad de las partes, el matrimonio es un negocio jurídico. Ahora bien, muchos lo califican de contrato. Lo que sólo es admisible tomando la palabra *contrato* en el sentido de *acuerdo de voluntades* o negocio jurídico bilateral; pero no en su acepción rigurosa, que se reduce a los acuerdos de voluntades en *materia patrimonial*. De todas formas, hecha tal salvedad, no hay inconveniente en decir que el matrimonio es un contrato» (M. ALBADALEJO, *Curso de derecho civil. IV. Derecho de familia*, Bosch, Barcelona 1982, pp. 31-32).

Para Castán Tobeñas: «Se trata de una convención o negocio jurídico bilateral, pero que no excluye la idea de institución, pues dicha convención es la condición del nacimiento de una situación legal objetiva» (J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral. Tomo V. Derecho de familia. Vol. I. Relaciones conyugales*, Ed. Reus S. A., Madrid 1994, 12ª ed. rev., p. 129).

También Díez Picazo y Gullón: «El matrimonio es un negocio jurídico de Derecho de Familia, que está formado por la concorde voluntad de los contrayentes y por las declaraciones de voluntad que los mismos emiten. (...) para que exista negocio jurídico lo decisivo es que el efecto jurídico derive de la autonomía privada aunque el contenido de la situación creada se imponga imperativamente» (L. Díez PICAZO *et alii*, *Sistema de derecho civil. Vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid 1982, 2ª ed., p.71).

<sup>83</sup> «Il matrimonio canonico nella struttura giuridica positiva viene a presentare una natura spiccatamente contrattuale, nel senso che si presenta come un tipico negozio giuridico, il quale trae origine appunto e soltanto dalla volontà privata delle parti contraenti e sorge e si perfeziona esclusivamente in virtù del loro accordo reciproco, diretto ad instaurare la società coniugale» (P. A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico. Volume primo*, Casa editrice del Dott. Carlo Cya, Firenze 1952, ed. innovata, p.19).

<sup>84</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Vol. IV. Familia*, Dykinson, Madrid 2010, 4ª ed., p. 41.

*contratti ed avente soprattutto quale presupposto ed elemento essenziale e insostituibile il consenso delle parti diretto ad instaurare la società coniugale*<sup>85</sup>.

La capacidad de obrar matrimonial es el tratamiento jurídico de la capacidad natural –*discretio iudicii* y *capacitas corporis*– que he examinado anteriormente. El paso siguiente es comprobar cuándo aparece esa capacidad natural psicofísica que la doctrina ha designado modernamente con el nombre de *madurez*. Identificado ese momento mediante la *edad núbil* –o natural–, se acude finalmente al establecimiento por el Derecho de una *edad legal* como presunción, que sirve para incorporar de un modo técnico aquella capacidad natural mínima exigida a todos los contrayentes por los fines del matrimonio<sup>86</sup>, y para designar el momento inicial a partir del cual se puede contraer.

La edad como presunción surgió en la época de Justiniano. Como los derechos no están aislados unos de otros, el derecho a la intimidad fue pronto aducido por la escuela de los proculeyanos para evitar la *inspectio corporis*<sup>87</sup>, a la vez que se proponía un mecanismo jurídico: la presunción de capacidad para contraer matrimonio a los que habían llegado a una edad determinada, sustituyendo así la *comprobación de hecho* de la mínima capacidad física y psicológica necesaria para ejercer el *ius connubii* por una *comprobación jurídica*: la presunción de la capacidad intelectual-volitiva –*debita mentis discretio*– y de la capacidad sexual –*potentia coeundi*– llegada la edad de 14 años para el varón y 12 para la mujer. Esta presunción será *iuris et de iure* en el Derecho Romano, *iuris tantum* en el Derecho Canónico, con una mayor seguridad jurídica en el primer caso, y un mayor respeto del *ius connubii* en el segundo:

*Attamen Ecclesia determinationem aetatis 12 pro feminis et 14 annorum pro maribus factam seu firmatam a Iustiniano acceptavit no ut 'praesumptionem iuris' et de iure sed ut 'praesumptionem iuris' simpliciter, attendendo, introductione clausulae: 'dummodo malitia non suppleat aetatem'*<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> P. A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico. Volume primo*, Casa editrice del Dott. Carlo Cya, Firenze 1952, ed. innovata, p. 20.

<sup>86</sup> «La exigencia de edad núbil es connatural a los fines del matrimonio, tanto en cuanto respecta a su consumación como en lo relativo a la exteriorización de la edad o madurez para criar y educar a la prole. La nubilidad es factor dependiente de la constitución personal y del ambiente» (C. M. ENTRENA KLETT, *Matrimonio, separación y divorcio*, Aranzadi, Pamplona 1984, 2ª ed., p. 262).

<sup>87</sup> «Alle origini la pubertà veniva accertata di volta in volta, eventualmente con un'*inspectio corporis*: durante il principato questa teoria continuò ad esser seguita dai Sabiniani, sicuramente per i ragazzi, mentre i proculeiani fissavano l'inizio della pubertà al compimento dei quattordici anni per i ragazzi e dei dodici anni per le fanciulle. E' dubbio fin quando, per queste ultime, abbia avuto vigore il sistema dell'accertamento effettivo: in epoca classica per esse era prevalsa indubbiamente l'opinione dei proculeiani, mentre per i ragazzi questa soluzione fu definitivamente imposta da Giustiniano. Comunque si consideri accertato il raggiungimento della pubertà, sia i ragazzi che le fanciulle escono dalla condizione di *impuberes*, ma mentre i primi divengono, per il *ius civile*, totalmente capaci, per le seconde cambia il tipo d'incapacità e di tutela» (M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano 1990, p. 156).

<sup>88</sup> M. CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici. De sacramentis. Tractatus canonicus. Vol. III*, Marietti, Casali 1957, 3ª ed., p. 360.

Así entra la edad como presunción en la regulación matrimonial del *Corpus Iuris Civilis*, presente en la legislación actual, si bien con las diversas posiciones del CIC y del Código civil, sobre todo después de las reformas de este último.

Además, la consideración de la capacidad natural mínima por parte de la edad legal, se extiende a aquellas materias conectadas con la misma en la normativa: el expediente matrimonial previo –civil y canónico–, respecto al cual el art. 56.1 Cc establece que «quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del RC, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código», capacidad<sup>89</sup> que ha de ser entendida en sentido amplio, pues comprende todas las situaciones contempladas por el Código civil que se refieren al ejercicio del *ius connubii*, –entre esas situaciones están las facultades psicofísicas de los contrayentes–. También aparece esa conexión edad-capacidad natural mínima en la solicitud y concesión de la dispensa y en las distintas convalidaciones, donde se admitirá una prueba de dicha capacidad, así como en el caso del matrimonio canónico contraído por un católico con un no bautizado que no tenga la edad de la legislación de su país. La edad legal imprime su *ratio iuris* a todas aquellas materias relacionadas con ella.

El estudio de las dimensiones de la capacidad natural mínima ha de tener en cuenta que se van manifestando en unos contrayentes concretos que maduran en una sociedad determinada, lo que incide en su progresiva evolución. Esto obliga a la edad legal matrimonial a considerar las nuevas circunstancias sociales para reflejar verdaderamente la capacidad natural mínima y no quedarse obsoleta, incorporando los cambios que vayan introduciendo en ella estos factores ambientales; es decir, la edad legal es la presunción de la edad núbil y sus circunstancias. La incidencia de los factores sociales en la elevación de la edad legal del CIC 17 y del Código civil por la Ley 30/1981 serán estudiados en el cap. II, apdo. 2.2.1, y el criterio para ser objeto de la presunción legal de capacidad matrimonial en el cap. III, apdo. 2.2.1.

Pero detectar la influencia de factores externos en las facultades personales psicofísicas no significa sustituir el criterio básico en la determinación de la capacidad de obrar matrimonial, que siempre ha de ser la capacidad natural mínima si se quiere respetar el *ius connubii*. No se entiende, por tanto, la insistencia de muchos juristas –del ámbito civil y del ámbito canónico– en solicitar la elevación de la edad sin que señalen con anterioridad qué criterio de determinación de la *debita mentis discretio iudicii* utilizan, en virtud del cual, la edad no haría sino presumir que la capacidad para prestar el consentimiento sólo tiene lugar a esos años. Sin ese criterio, la elevación de la edad propuesta desde el ámbito canónico, sería arbitraria, basada únicamente en una equiparación con la legislación civil. Este último argumento me parece inadecuado,

---

<sup>89</sup> Precisa De Pablo Contreras: «La aptitud que se examina en el expediente se contrae a la concurrencia de los requisitos de capacidad y a la ausencia de impedimentos en los contrayentes, tipificados ambos por la ley, y además a la posesión por aquéllos de la mínima madurez psíquica para prestar un consentimiento matrimonial válido» (P. DE PABLO CONTRERAS, *El sistema matrimonial*, en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ *et alii*, *Curso de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia*, Colex, Madrid 2011, 3ª ed., p. 88).



porque supone renunciar al progreso del Derecho canónico en este punto, que como en todos, no busca la equiparación, sino la mayor justicia, coincida o no con otros textos promulgados. La relación entre legislaciones no es un problema de Derecho matrimonial, sino de otro tipo.

La capacidad de obrar matrimonial, señalada por medio de la edad legal, primordialmente está unida en su formulación al reconocimiento de la capacidad jurídica *–ius connubii–*. Este derecho es el principio informador de todo el Derecho matrimonial, sobre todo cuando se trata de determinar su ejercicio. Así comenzó en el Derecho romano, donde el núcleo del Derecho matrimonial consistía en declarar quiénes tienen el *ius connubii* y cuándo se puede ejercerlo. Con la codificación, el orden y claridad dentro de la ley, ha adquirido gran relevancia, hasta el punto de llegar a reflejar, por medio de la posición sistemática, un modo de entender los principios de una institución jurídica. Por ello, una adecuada colocación de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar matrimoniales sería situarlas juntas, de tal modo, que la primera manifestación en el ámbito jurídico del *ius connubii* fuera la determinación normativa de la capacidad de obrar, y esto de un modo positivo: diciendo quiénes pueden contraer matrimonio. Así se garantiza más el respeto al *ius connubii*. Se examina en el siguiente apartado cómo ha sido esta colocación sistemática en la CE, y en el Código civil y en el CIC.

### **3. La edad y el *ius connubii***

Todo el Derecho matrimonial se fundamenta sobre el *ius connubii*, derecho que reside en la capacidad jurídica de la persona humana; y toda la capacidad de obrar se construye básicamente sobre la edad legal, que integra la capacidad natural del individuo. Capacidad jurídica y capacidad de obrar se reclaman mutuamente.

Veamos ahora en los textos legales dónde se establecen la edad legal matrimonial y el reconocimiento del *ius connubii*: por un lado, aparecen unidos en los textos internacionales de los que España es parte, y en el Proyecto de CE hasta el último momento; por otro lado, están separados en el Código civil y en el CIC.

#### **3.1. La Constitución española**

El Anteproyecto con el que se iniciaron los trabajos en Cortes, establecía en el original art. 27:

*1. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener en igualdad de derechos, relaciones estables de familia.*

*2. El derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y sus efectos*<sup>90</sup>.

Después de las enmiendas y votos particulares presentados, el informe de la ponencia aclara la nueva redacción del art. 27 a la que se ha llegado:

*1. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia.*

*2. El derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y sus efectos*<sup>91</sup>.

En el anexo al informe de la ponencia, pasa a ser el art. 31<sup>92</sup>. La Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas presenta a la Mesa del Congreso un dictamen, donde el ahora art. 30 quedaría redactado así:

*1. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio.*

*2. El derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y sus efectos*<sup>93</sup>.

Se ha suprimido la parte final; el apdo. 2 queda igual. Este es el texto aprobado por el Congreso como Proyecto de Constitución Española, y así pasa al Senado. Los debates en el Congreso se centraron sobre todo en la expresión “disolución” del matrimonio del apdo. 2.

Ya en el Senado, muchas de las enmiendas se centran en la expresión «edad núbil», destacando su falta de precisión, y proponiendo su sustitución por expresiones como «por ‘x’ años»<sup>94</sup>, «la edad fijada por la Legislación Civil»<sup>95</sup>, «la edad-pubertad»<sup>96</sup>. Otras enmiendas la suprimen sin justificar el cambio.

Los debates en el Senado sí tratarán el tema de la «edad núbil». Con sentido del humor, el Sr. Cela y Trulock, comenta sobre este apartado: «Entiendo que no se puede decir, hablando en castellano y en este contexto, “a partir de la edad núbil”, puesto que núbil, según el diccionario, dicese de la persona que ha llegado a la edad en que es apta para el matrimonio, y el concepto, por una simple suma algebraica de “a+b+c”, etc., quedaría expresado, en forma paradójica, así: “A partir de la edad en que la persona ha llegado a la edad en que es apta para el matrimonio, el hombre y la mujer podrán contraer matrimonio”. Me permito presentar una enmienda “in voce”, que diría simplemente: “A partir de la edad fijada por la ley, el hombre y la mujer podrán contraer matrimonio”»<sup>97</sup>. Tuvo buena acogida.

<sup>90</sup> Sesión N.º 44, de 5 de enero de 1978, p. 674.

<sup>91</sup> Informe de la Ponencia, en Sesión N.º 82, de 17 de abril de 1978, p. 1520.

<sup>92</sup> Anexo al Informe de la Ponencia, en Sesión N.º 82, de 17 de abril de 1978, p. 1622.

<sup>93</sup> Sesión N.º 121, de 1 de julio de 1978, p. 2396.

<sup>94</sup> Enmienda N.º 155 al art. 30.1.

<sup>95</sup> Enmienda N.º 713, que propone una nueva redacción del art. 30.1.

<sup>96</sup> Enmienda N.º 855 al art. 30.1

<sup>97</sup> Sesión N.º 45, de 29 de agosto de 1978 ante el Senado, p. 3407.

Sobre esta modificación se ha pronunciado Martín de Agar, que la considera equivocada:

*A mi juicio, esta modificación fue un error doble, gramatical y jurídico, porque entiendo que el calificativo núbil estaba referido a la edad, no a las personas, y es correcto hablar de edad núbil como lo es hablar de la edad viril, edad madura o edad adulta. El texto enmendado, como los textos de Derecho internacional que los inspiraron (art. 16.1 DUDH y el art. 12 CPDHyLP) era correcto y la referencia a la edad núbil era jurídicamente precisa, pues se trata de señalar el momento en que nace el derecho al matrimonio, momento que constituye un derecho natural y no legal<sup>98</sup>.*

El debate posterior se centró sobre la oportunidad de mantener el reenvío a la ley de la cuestión de la edad en el inicial apdo. 1, o enviarla al apdo. 2 con el resto de materias objeto de reenvío. Al final hubo consenso de todos los grupos sobre el entonces art. 30.1: «El hombre y la mujer, a partir de la edad fijada por la ley, tienen derecho a contraer matrimonio basado en la igualdad jurídica de los cónyuges»<sup>99</sup>. La capacidad jurídica en sede matrimonial –*ius connubii*– y la capacidad de obrar –*edad fijada por la ley*–, seguían juntas tres meses antes de ser aprobado el texto definitivo de la CE, siguiendo la mejor sistemática del par capacidad jurídica-capacidad de obrar.

La Comisión de Constitución del Senado, recoge en su dictamen el ya art. 32 redactado en los siguientes términos:

- 1. El hombre y la mujer, a partir de la edad fijada por la ley, tienen derecho a contraer matrimonio, basado en la igualdad jurídica de los cónyuges.*
- 2. La ley regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos<sup>100</sup>.*

Fue aprobado con 160 votos a favor y 1 en contra, con 9 abstenciones<sup>101</sup>.

En los debates sobre la «edad fijada por la ley», que giraron en torno a la cuestión sistemática y a una mejora de la redacción –más sintética–, late como idea de fondo su conexión con la capacidad para ejercer el derecho a contraer matrimonio<sup>102</sup>. Esa es la razón de que la edad se recoja en el mismo apartado en que se reconoce el derecho a contraer matrimonio, tanto en el Anteproyecto inicial, como en el Proyecto aprobado por el Congreso y por el Senado. La única modificación introducida por el Pleno del Senado al texto aprobado por el Congreso es la sustitución de la expresión «edad núbil», por la de «edad fijada por la ley».

---

<sup>98</sup> J. T. MARTÍN DE AGAR, *El matrimonio canónico en el Derecho civil español*, Eunsa, Pamplona 1985, p. 102.

<sup>99</sup> Sesión N.º 45, de 29 de agosto de 1978 ante el Senado, p.3414.

<sup>100</sup> Sesión N.º 157, de 6 de octubre de 1978, p. 4201.

<sup>101</sup> Había sido aprobado en Sesión N.º 61, de 28 de septiembre de 1978, p.4504.

<sup>102</sup> Villar Arregui en el debate en la sesión N.º 45, de 29 de agosto de 1978 ante el Senado, p. 3409; Xirinaes Damians en el mismo debate, p. 3417.

El texto pasa a la Comisión Mixta Congreso-Senado, que en su dictamen modifica<sup>103</sup> la redacción del art. 32:

1. *El hombre y la mujer, tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.*

2. *La ley regulará las formas del matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*<sup>104</sup>.

Esta es la redacción del texto de la CE aprobado por el Congreso de los Diputados<sup>105</sup>, hoy vigente. La edad aparece más claramente vinculada a la capacidad de obrar matrimonial, y ésta más distanciada de la capacidad jurídica –*ius connubii*–. No se recoge el motivo de este cambio<sup>106</sup>, pues fue introducido por la Comisión Mixta indebidamente<sup>107</sup>. Como tendrían en cuenta los trabajos parlamentarios, sólo un voto particular fundamentaba este desplazamiento al apdo. 2: el de Xirinaç Damians<sup>108</sup>, que no considera la necesaria conexión entre *ius connubii* y su capacidad de obrar, sino la posibilidad de introducir la licencia de los padres para limitar el ejercicio del *ius connubii*. Dicha licencia es una cuestión típica del Derecho civil, que proviene del Derecho romano, pero que no toca el núcleo de la capacidad de obrar matrimonial.

Hay que tener en cuenta la protección que el *ius connubii* recibe de la misma CE en su art. 53.1.2º: «Sólo por ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades», comprendidos en las secc. 1ª

---

<sup>103</sup> La Comisión Mixta Congreso-Senado carecía de autorización para ello, según advierte López Alarcón con respecto a la capacidad, aunque entiendo que es aplicable también a la edad por el cambio de aptdo. y sus consecuencias; la Comisión Mixta, «al no existir contradicción entre los textos de ambas Cámaras, no estaba autorizada por la Ley para la reforma política de 4 de enero de 1977 para introducir innovaciones o modificaciones» (M. LÓPEZ ALARCÓN, *El matrimonio canónico en el Proyecto de la reforma del Título IV del Libro I del Código Civil*, en «RDP», 1980, p. 890).

<sup>104</sup> Sesión Nº. 170, de 28 de octubre de 1978, p. 4875.

<sup>105</sup> Sesión Plenaria Nº. 52, de 31 de octubre de 1978.

<sup>106</sup> «En cuanto a la *edad y capacidad*, al principio no entraban dentro de la remisión de la ley. Su inclusión fue debida a un doble error –gramatical y jurídico– y a una extralimitación de la Comisión mixta Congreso-Senado, que enturbian el sentido del precepto, alejándole de sus textos inspiradores y facilitando un recorte, al menos potencial, del *ius connubii* –en contradicción con su reconocimiento incondicional en el primer párrafo del mismo artículo–» (J. FERRER ORTIZ, *El sistema matrimonial*, en J. OTADUY (coord.), *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Euns, Pamplona 1994, p. 909).

<sup>107</sup> La Comisión Mixta Congreso-Senado carecía de autorización para ello, según advierte López Alarcón con respecto a la capacidad, aunque entiendo que es aplicable también a la edad por el cambio de aptdo. y sus consecuencias; la Comisión Mixta, «al no existir contradicción entre los textos de ambas Cámaras, no estaba autorizada por la Ley para la reforma política de 4 de enero de 1977 para introducir innovaciones o modificaciones» (M. LÓPEZ ALARCÓN, *El matrimonio canónico en el Proyecto de la reforma del Título IV del Libro I del Código Civil*, en «RDP», 1980, p. 890).

<sup>108</sup> «Donde se dice que la ‘ley regulará las formas de matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges...’, yo pido que se añada ‘las limitaciones para los menores de edad’, etc. Hemos recibido todos muchas cartas de los padres que nos preguntan si renunciarán a toda responsabilidad respecto a sus hijos que quieran casarse antes de los dieciocho años y después de la edad fijada por la ley. El problema es saber si los menores, por este apartado 2 del artículo 32, tienen derecho a casarse sin permiso de sus padres. La ley actual obliga a que haya responsabilidad por parte de los padres; en cambio, parece que el texto de la Constitución elimina esta responsabilidad, o sea que pueden contraer matrimonio sin permiso de nadie porque es un derecho que tienen. Esta ley que existe, en tal caso, tendrá un carácter anticonstitucional si en el texto no se limita explícitamente. Mi enmienda propone una mejora de tipo jurídico que parece imprescindible. De todas maneras, juristas tiene el Senado mejores que yo» (Sesión Nº. 61, de 28 de septiembre de 1978, p.4499).

y 2ª del cap. II; el contenido esencial<sup>109</sup> se recoge en el art. 32.1 CE, que no puede ser cambiado por la ley, sino protegido y garantizado. Se ve la transcendencia de establecer la expresión «edad núbil»<sup>110</sup> o «edad fijada por la ley» en el art. 32.1 junto al reconocimiento del *ius connubii*, pues se hubiera conseguido proteger constitucionalmente no sólo el *ius connubii* –capacidad jurídica– sino su *ejercicio de acuerdo con la capacidad natural* –capacidad de obrar–; además, se hubiera mostrado mejor cuál es la función jurídica de la edad: presumir legalmente la capacidad natural mínima para contraer matrimonio–.

En el art. 32. 1, la reserva de ley comprende la «edad y la capacidad para contraerlo», que forman un binomio en medio de las materias objeto de la reserva de ley. Que el texto constitucional relacione la edad y la capacidad para contraer significa, en cuanto a la reserva de ley, que la capacidad para contraer matrimonio ha de ser señalada mediante el establecimiento de una edad legal; y en relación al respeto del *contenido esencial*, que no se debe restringir su ejercicio más de lo imprescindible, por lo que la edad puesta por el legislador se debe referir a la capacidad mínima para contraer matrimonio.

La inicial apuesta del Anteproyecto de Constitución de incluir la mención de la «edad núbil» al lado del *ius connubii* no es original, sino que era una transposición de dos textos internacionales ratificados por España. Ese fue el punto de partida, y ya vimos, cómo el empeño de obtener una redacción un poco más corta, hizo que no se afinara desde un punto de vista técnico en el tema de la edad, ni se vieran las razones que motivaron situarlo junto al reconocimiento del *ius connubii*.

A pesar de la separación sistemática, es reconocible la función de la edad legal, si se tiene en cuenta, por un lado, el ejercicio del *ius connubii* como derecho humano que no se puede limitar más de lo necesario, donde lo necesario es la capacidad natural mínima, y por otro lado, la función de la edad para determinar la capacidad de obrar. A dicha separación ha contribuido la codificación, identificando *incapacidad para contraer matrimonio con impedimentos*, e incluyendo allí a la edad legal. Esto hace que no se vean tan claros los límites que el legislador deber respetar a la hora de regular la edad matrimonial.

---

<sup>109</sup> «Debe reconocerse la existencia en la Constitución de una *garantía institucional* del matrimonio: este es, como ha dicho el Tribunal Constitucional, ‘una institución social garantizada por la Constitución’ (STC 184/1990, de 15 de noviembre), lo que comprende su previsión y reconocimiento por el Derecho positivo de modo tal que quede jurídicamente preservada la misma en términos reconocibles para la imagen que de ella tiene la conciencia social(...). Pero cuando, como ocurre con el matrimonio, el instituto en cuestión constituye a la vez el objeto de un derecho constitucional, la regulación de aquél por el legislador no puede suponer detrimento alguno del contenido esencial del derecho en cuanto poder jurídico concreto que la Constitución reconoce a los sujetos» (P. DE PABLO CONTRERAS, *El matrimonio y el derecho civil*, en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.), *Curso de derecho civil. Volumen IV. Derecho de familia*, Colex, Madrid 2011, 3ª ed., pp. 69-70).

<sup>110</sup> «Interpretado el art. 32.1 conforme a lo establecido por el 10.2, ambos de la Constitución, pertenecen al contenido esencial del *ius connubii*, cuando menos, (...) la vinculación del derecho a que hombre y mujer hayan alcanzado la *edad núbil*, cuyo momento puede ser fijado por cada legislador atendiendo a las condiciones de madurez objetivamente precisas para prestar el pleno y libre consentimiento requerido» (*Ibidem*, p. 70).

Como ya mencionamos, un ejemplo claro de tratamiento jurídico correcto de la edad se encuentra en los siguientes textos internacionales:

Art. 16.1 DUDH de 1948:

*Los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.*

Art. 12 CEDHyLF de 1950:

*«A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y fundar una familia, según las leyes nacionales que regulan el ejercicio de este derecho».*

Art. 23.2 PIDCyP de 1966:

*«Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello».*

A la vista de estos textos, sorprende la opción del Código civil y del CIC de considerar la *edad legal matrimonial* como un impedimento más.

### **3.2. El Código civil y el Código de Derecho Canónico**

#### **3.3.1. El Código civil**

El Código civil, precedido por la Ley provisional de Matrimonio Civil de 1870, precedente legislativo inmediato, regulaba el matrimonio en el Libro I, tít. IV, estructurado en tres capítulos: el cap. I recogía unas disposiciones generales a ambas formas de matrimonio; y los capítulos II y III estaban dedicados respectivamente al matrimonio canónico y matrimonio civil. Dentro del cap. III, en la secc. 1ª *De la capacidad de los contrayentes*, los artículos 83 y 84 recogían lo que la doctrina precodicial ha denominado *impedimentos propiamente dichos –ex parte persona–*, aunque el Código civil no titulaba directamente como tales a esas circunstancias; el primero de ellos, como sigue ocurriendo hoy en todas las legislaciones, es la edad legal matrimonial. La secc. 2ª *De la celebración del matrimonio*, establecía lo correspondiente a la forma. Para las circunstancias que afectan al consentimiento no hay ningún capítulo específico. En la secc. 3ª *De la nulidad del matrimonio*, se declara ésta a causa de algún impedimento, defecto de forma o vicio del consentimiento. Esta sistemática se mantiene en el Código civil después de la Ley de 24 de abril de 1958.

En el Proyecto de Ley<sup>111</sup> de reforma del Código civil en materia matrimonial, el *ius connubii* aparece en el texto del art. 44: «El derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio no tendrá otras excepciones que las expresamente establecidas en este Capítulo»; el art. 45 pone el consentimiento como elemento esencial para el matrimonio –«no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial»–, y los artículos 46

---

<sup>111</sup> Trabajos parlamentarios, de 13 de marzo de 1980, p. 1173.



y 47, recogen los impedimentos, denominación que sólo indirectamente reciben las circunstancias allí contenidas. La edad aparece designada como impedimento en el art. 48. El proyecto del Código civil asume la sistemática decidida por vía constitucional *in extremis*, de no poner la edad legal matrimonial junto al *ius connubii*. Así, en el art. 47.1 establece que «No pueden contraer matrimonio: 1º. Los menores de edad no emancipados». La definición de la edad se completa con la posibilidad de dispensa (art. 48) y de revalidación (art. 75).

El informe de la Ponencia, propone una modificación del art. 44, sustituyendo la segunda parte del art. 44 –«no tendrá otras excepciones que las expresamente establecidas en este Capítulo»–, por «conforme a las disposiciones de este Código». Es una mejora notable, pues en sede de capacidad jurídica –derecho a contraer matrimonio– no hay excepciones; en todo caso las habrá a la capacidad de obrar –los impedimentos matrimoniales–. El art. 44 propuesto queda así: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código»<sup>112</sup>. El Dictamen de la Comisión de Justicia mantiene inalterados los artículos 44 y 46. Todos los debates se centraron sobre otra cuestión: la admisibilidad o no del divorcio, y/o la admisión de un matrimonio civil indisoluble en el ejercicio de la libertad que informa todo el texto constitucional. Salvo algunas enmiendas que quieren unir en el texto legal la capacidad jurídica –*ius connubii*– con la capacidad de obrar –edad legal–, el debate sobre la edad en el matrimonio civil había sido agotado ya en la elaboración de la CE.

Con la Ley 30/1981 se prescinde en el Código civil de la regulación del matrimonio canónico y del matrimonio civil en capítulos distintos, y se sustituye por una serie de capítulos que se refieren a todos los matrimonios. La estructura en el tít. IV *Del Matrimonio* queda así: el cap. II *De los requisitos del matrimonio*, que recoge los impedimentos propiamente dichos –*ex parte personae*– y la irrelevancia de la condición, término y modo puestos al consentimiento; el cap. III *De la forma de celebración del matrimonio*; y el cap. VI *De la nulidad del matrimonio*, que establece el efecto sancionador común –nulidad– por contraer bajo los impedimentos del cap. II, o contra la prescripción de la forma del cap. III, a la vez que aparecen, como en la redacción originaria, algunos vicios del consentimiento (error, coacción y miedo grave).

### 3.3.2. El Código de Derecho canónico

En el CIC 17, dentro del Libro III, Parte 1ª, se recoge el tít. VII *Del matrimonio*, donde se trata de los impedimentos en el cap. II *De los impedimentos en general*, en el cap. III *De los impedimentos impeditivos* y en el cap. IV *De los impedimentos dirimentes*. Todo lo que se refiere al consentimiento y a la forma de la celebración, recibe un tratamiento aparte en capítulos separados, y dejan de ser catalogados como *impedimentos*. El reconocimiento del *ius connubii* en el c. 1035, abre el cap. II *De los*

---

<sup>112</sup> Trabajos parlamentarios, de 6 de diciembre de 1980, p. 1394.



*impedimentos en general*. En el CIC, el c. 1058 reproduce el c. 1035, pero está colocado en los cánones introductorios del tít. VII *Del matrimonio*, que mejora la sistemática por preceder al cap. II *De los impedimentos dirimentes en general* y al cap. III *De los impedimentos dirimentes en particular*; estos últimos han desaparecido en el CIC.

Son 32 cánones en el CIC 17 y 23 cánones en el CIC los que separan el reconocimiento del *ius connubii* de la edad legal matrimonial (c. 1083), primero de los impedimentos. A pesar de que el *ius connubii* es la piedra de toque de todo el Derecho matrimonial, la perspectiva negativa está presente en ambos códigos canónicos dedicándose sobre todo a la incapacidad y prohibiciones.

El CIC 17 recogía una determinación de la capacidad de obrar muy clara para el Derecho matrimonial: los *púberes-impúberes*, criterio presente en la tradición jurídico-matrimonial. El problema se presentó cuando la edad mínima fue aumentada en dos años –16 para varones y 14 para mujeres– y no coincidía con la edad de la pubertad legal –14 años para el varón, 12 para la mujer–; un problema que es más aparente que real, como se verá más adelante. Además, en la elaboración del CIC, hubo muchas propuestas de elevación de la edad mínima matrimonial, que fueron denegadas por constituir límites injustificados al *ius connubii*: «no se ve el modo como pueda ser limitado un derecho natural a quien tiene la capacidad mínima para contraerlo»<sup>113</sup>. En dicha respuesta se ve la conexión de la edad legal con la capacidad mínima –capacidad natural– y con el *ius connubii*, aunque no tenga un reflejo en la sistemática codicial por introducir la edad legal como impedimento.

Al igual que el Código civil, hay un salto sistemático en el vacío: se pasa del reconocimiento de la capacidad jurídica a las limitaciones de la capacidad de obrar sin haber señalado legalmente por medio de la edad cuál es la capacidad de obrar en sí.

Así pues, se construye la capacidad de obrar matrimonial en el Código civil y en el CIC con la categoría de los impedimentos, remarcando ese carácter negativo que a lo largo de los siglos ha tenido la regulación de la capacidad. La edad será vista como un impedimento más, camuflándose así su función jurídica en el matrimonio, y sin que haya una determinación explícita de la capacidad de obrar, siendo necesario deducirla de algunos impedimentos tanto del Código civil como del CIC.

---

<sup>113</sup> Communicationes 9, 1977, p. 360.

## CAPÍTULO II

### LA EDAD Y LOS IMPEDIMENTOS

La codificación supone un hito técnico-legislativo en la evolución del Derecho. Sobre su conveniencia, es famosa la discusión en el siglo XIX entre Thibaut, partidario de un Código para Alemania, y Savigny, detractor del mismo porque cristalizaba la evolución del Derecho. En el resto de naciones europeas, desde el Código de Napoleón de 1804, la codificación fue un hecho.

Son los códigos latinos los que influirán en el Código civil en cuanto a la técnica y en buena parte de su redacción, pero la regulación del matrimonio y de la familia se establece con la autoridad de los patrones de la tradición jurídico-clásica<sup>114</sup>, que por otra parte están en continuidad con los principios provenientes del liberalismo: garantizar «la libertad y autonomía de los particulares en el desenvolvimiento de sus relaciones, al margen de interferencias del Estado»<sup>115</sup>, cuyos poderes públicos habrán de estar sujetos a la organización establecida en las Constituciones.

Los principios de actuación con los que el Código quiere cumplir sus pretensiones son los siguientes: en primer lugar mediante unos criterios económico-jurídicos como son la formulación de las normas en forma de prohibición, y el establecimiento de principios generales y proposiciones ciertas de donde se deduzcan consecuencias verdaderas, con la consecuente eliminación de enumeraciones casuísticas; en segundo lugar mediante la derogación del anterior Derecho –por medio

---

<sup>114</sup> Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho Civil. Vol. IV. Familia*, Dykinson, Madrid 2010, 4ª ed. p. 8.

<sup>115</sup> A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *El Derecho Civil. Codificación y contitución*, en F. BLASCO GASCÓ (coord.), *Derecho Civil. Parte general. Derecho de la persona*, Tirant lo blanch, Valencia 2003, 4ª ed., p. 23.

de las disposiciones derogatorias–; también se servirá de la definición de algunas materias jurídicas para huir del caso concreto<sup>116</sup>; y por último llevará a cabo la unificación del sujeto de derecho y la proclamación del principio de igualdad de todos ante la ley –desarrollándose así los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar–.

Las ventajas eran evidentes: simplicidad, sistematicidad, unos principios generales que armonizaban el conjunto legal y permitían su aplicación a situaciones no previstas, exhaustividad, autointegración, certeza y facilidad en el conocimiento<sup>117</sup>; en definitiva, menos particularismo y más seguridad jurídica.

Estas exigencias de precisión contrastan con el método seguido hasta entonces para la evolución del Derecho: proceder por elevación partiendo de una aparente contradicción entre normas. Del método de recopilación se pasa al de codificación, y la antinomia será considerada un defecto. Se quiere verter toda una tradición jurídica dispersa en un cuerpo legal.

Así pues, los avances técnicos, en principio, no prescinden de la tradición jurídica, sino que la canalizan con nuevas exigencias que la hacen más funcional:

*El Código Civil es depositario de refinados conceptos y principios, depurados a lo largo de más de dos milenios, y que se pueden aplicar a disciplinas jurídicas muy diversas; esta es la razón profunda de su carácter supletorio de otras leyes (artículo 4.3 del mismo Código). (...) En ese lugar vital del Ordenamiento lo ha colocado la historia de los saberes jurídicos, acuñados desde el Derecho Romano y el Derecho Canónico, junto con elementos de Derecho germánico y toda una tradición doctrinal, y cuyo rechazo devolvería la formulación científico-técnica del Derecho en su conjunto, y no solo del Derecho Civil, a un retroceso inaceptable para una sociedad moderna*<sup>118</sup>.

No es casualidad que un impulso jurídico de la envergadura de la codificación estuviera precedido del redescubrimiento del Derecho Romano de probadas posibilidades de adaptación a las distintas épocas y situaciones: «En el sistema romano se ha inspirado en muy gran medida el movimiento de consolidación y de codificación del Derecho que ha caracterizado al siglo pasado (s. XIX)»<sup>119</sup>. No hay por lo tanto ruptura con la tradición jurídica, sino un nuevo modo de presentarla.

En el Derecho matrimonial, este impulso a favor de la seguridad jurídica hará que se construya una categoría más precisa de los impedimentos, que se tasen sus efectos, reduciendo lo más posible el recurso al caso concreto. Por eso ha desaparecido la excepción *nisi malitia suppleat aetatem*, sobreviviendo en la figura de la dispensa,

---

<sup>116</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 28-29.

<sup>117</sup> Cfr. M. ALBADALEJO, *Derecho civil. I. introducción y parte general*, Edisofer, Madrid 2006, 17ª ed., p. 47.

<sup>118</sup> F. CAPILLA RONCERO, *El derecho civil. Codificación y Constitución*, en F. BLASCO GASCÓ (coord.), *Derecho Civil. Parte general. Derecho de la persona*, Tirant lo blanch, Valencia 2003, 4ª ed., p. 31.

<sup>119</sup> E. VOLTERRA, *Instituciones de derecho romano*, Civitas, Madrid 1996, p. 38. Precisa todavía, que «los compiladores del Código de Napoleón, modelo de otros Códigos civiles, han seguido en buena medida las concepciones de Pothier (1699-1772), jurista francés que se formó en las fuentes romanas *Ibidem*, p. 38.

mecanismo jurídico que es aplicado a una diversidad de circunstancias, y con menos alcance en las distintas convalidaciones.

Pero la codificación canónica tiene una gran diferencia con la civil: mayor aprovechamiento y vigencia de la tradición jurídico-clásica. En el Derecho canónico, la codificación no sólo es una reordenación de todo el Derecho, sino que es una continuidad del mismo intentando mejorar su efectividad, atribuyendo a la tradición jurídica la tarea de seguir informando y encauzando la interpretación del Derecho contenido en el CIC. Así lo hace notar el historiador del Derecho canónico Álvarez de las Asturias:

*Una serie de factores del todo propios (del CIC 17) lo alejan tanto de las características propias de la técnica cuanto de la filosofía subyacente. De entre las matizaciones a la técnica, la más sobresaliente sin duda alguna es su peculiar autorreferencialidad. En efecto, aunque el CIC 17 tenga pretensiones de exhaustividad, el modo de prever la solución de las lagunas legales es contrario a la técnica codificadora strictu sensu (el c. 20 se refiere a elementos extracodiciales) y, se mantienen, si bien con cierto recelo, las costumbres centenarias e inmemoriales como fuente del derecho canónico (cfr. c. 5). La razón de estas peculiaridades obedece a su distinta pretensión. En ningún caso el nuevo Código se presentó como una innovación sustancial de la legislación canónica. Todo lo contrario; la pretensión era hacer accesible, con las oportunas adaptaciones, la experiencia jurídica plurisecular de la Iglesia. La continuidad con la tradición canónica era un punto sobre el que no cabía discusión. En este sentido el c. 6 es suficientemente explícito sobre el valor de la historia como marco hermenéutico de la inmensa mayoría de la legislación codicial. Dichas peculiaridades del CIC 17, reconocidas por todos los autores, ponen de manifiesto una vez más la pretensión de continuidad sustancial que se encuentra en la Iglesia detrás de cada movimiento de reforma. Pero señala, además hasta qué punto la asunción de la técnica codificadora fue deliberadamente limitada para hacerla conforme con la especificidad del derecho canónico. Se habría así idealmente logrado conjugar sus ventajas prácticas (mayor claridad y certeza) y «políticas» (presentación de la Iglesia en el mundo en pie de igualdad con los distintos Estados) sin comprometer ni la sustancia ni el espíritu peculiar que anima el derecho canónico y su desarrollo histórico<sup>120</sup>.*

## **1. La edad entre los impedimentos**

### **1.1. La edad antes de la codificación**

La *edad legal* es un clásico en la regulación matrimonial como presunción jurídica de la mínima capacidad natural para contraer<sup>121</sup>. No obstante su inclusión en el

---

<sup>120</sup> N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *Derecho canónico y codificación: alcance y límites de la asunción de una técnica*, en «Ius Canonicum» Vol. 51, núm. 101, Pamplona 2011, p.119.

<sup>121</sup> «Pupilli pupillaeque cum púberes esse coeperint, tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in maculis aestimari volebant. Nostra autem maiestas dignum esse castitate temporum nostrorum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis hoc etiam in masculos extendere promulgate pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum ilico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in feminis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecim annum completum viripotentes esse credantur» (*Institutiones*, 1, 22, quibus modis tut. fin.).

Derecho romano con Justiniano, habrá nuevas circunstancias a lo largo de la historia que llevan a deslindar mejor el campo de aplicación de la edad legal dentro del Derecho matrimonial.

Con el Decreto de Graciano<sup>122</sup> se planteó la relevancia que en orden al matrimonio, se debía dar a la edad del *uso de razón*: el consentimiento prestado a los 7 años daba lugar al *matrimonio initiatum*, que no sería *ratum* hasta que no se llegara a la edad de la pubertad. No se distinguía todavía entre esponsales de presente y esponsales de futuro<sup>123</sup>, y se busca un equilibrio: *matrimonio initiatum, non ratum*; es decir, algo de capacidad hay en orden al matrimonio –los esponsales–, pero no la suficiente para hacer surgir el vínculo matrimonial por falta de la debida madurez.

Este equilibrio genera mucha confusión, como lo muestran las discusiones entre las Escuelas de Bolonia y de París sobre la eficacia de los esponsales. La cuestión de fondo versa sobre los elementos esenciales con los que se constituye el matrimonio: consentimiento –*debita mentis discretio*– y consumación –*potentia coeundi*–, elementos que aparecen relacionados en el debate con los esponsales y con la edad en el matrimonio.

La claridad vendrá de la mano de Rolando Bandinelli (Alejandro III)<sup>124</sup>, que es quien coloca la *aetas* entre los impedimentos, tanto en los *Stroma* como en las *Sentenze*, añadiendo la cláusula *nisi forte malitia aetatis locum suppleat*. A partir de aquí se delimitan las figuras de los esponsales y del matrimonio, quedando asentada la irrelevancia de los 7 años para el matrimonio.

La edad no se menciona en las primeras listas de los impedimentos que señala Bernardo de Pavía<sup>125</sup> en la *Summa*, uno de los grandes sistematizadores de los impedimentos matrimoniales en el siglo XIII.

Posteriormente a Rolando, Tancredo poetizó los impedimentos sin sistemática alguna, entre los que se incluyó la edad:

*Error, conditio, votum, cognatio, crimen,  
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,  
Aetas, afinitas, si clandestinus et impos,  
Raptave sit mulier, loco nec reddita tuto;  
Haec facienda vetant connubia, facta retractant.*

---

<sup>122</sup> «Sponsalia ante septennium contrahi non possunt. Solo enim consensu contrahuntur, qui intervenire non potest, nisi ab alterutra parte id intelligitur, quod inter eos agitur. Probantur ergo sponsalia non posse contrahi inter pueros, quorum etatis infirmitas consensum non admittit» (C. 30. 2. un.).

<sup>123</sup> Cfr. A. GIRAUDO, *L'impedimento di età nel matrimonio canonico (Can. 1083). Evoluzione storica e analisi delle problematiche attuali della dottrina e della prassi*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma 2007, p. 73.

<sup>124</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 75-79.

<sup>125</sup> Menciona estos 14 impedimentos: *votum, ordo, habitus, dispar cultus, error personae, conditio, cognatio, ligatio, enormitas, delicti, impossibilitas coeundi, coactio, causa publicae honestatis, tempus feriarum et Ecclesiae interdictum*. Sí lo mencionará en la posterior *Glosa*.

La situación heredada por la codificación es apuntada por Montero y Gutiérrez, acudiendo a una clasificación clásica: impedimentos en sentido estricto –que se refieren a la inhabilidad de las personas–, impedimentos en sentido lato –los vicios del consentimiento–, e impedimentos impropriamente dichos –sobre la forma sustancial de la celebración del matrimonio–<sup>126</sup>. Dada la falta de precisión en la categoría de los impedimentos al matrimonio, hace notar d'Avack lo siguiente:

*Ante Codicem, in conclusione, il defectus aetatis neppure poteva, a rigore di termini, considerarsi quale un impedimento e una causa nullitatis per sè stante, ma si presentava piuttosto come una particolare sottospecie o del defectus discretionis iudicii, o dell'impotentia, o dell'uno e dell'altra contemporaneamente a seconda dei casi, e cioè, per usare la classica definizione degli antichi decretalisti, quale una impossibilitas conveniendi animo et corpore*<sup>127</sup>.

En parecidos términos se expresa González del Valle: «Con anterioridad a la codificación de 1917, el impedimento de edad no estaba fijado tan taxativamente, sino que consistía en una presunción *iuris tantum* de impotencia actual y de insuficiente discreción de juicio en quienes no habían alcanzado la edad de la pubertad legal, que hoy como entonces se fijaba en doce años para la mujer y en catorce para el varón»<sup>128</sup>.

Muy poco antes del CIC 17, la Constitución *Sapienti Consilio* de Pio X de 1908 no menciona el impedimento de edad ni entre los dispensables, porque era rara su dispensa<sup>129</sup> al estar conectado con la debida discreción de juicio que siempre se ha exigido para contraer matrimonio, ni entre los indispensables, como si no encajara ni en uno ni en otro, como si fuera un impedimento *sui iuris*.

<sup>126</sup> Cfr. E. MONTERO Y GUTIÉRREZ, *El matrimonio y las causas matrimoniales*, Imprenta Sáez, Madrid 1965, 7ª ed., p. 118.

«Il (...) can. 1057 sembra canonizzare la triplice distinzione delle invalidità del matrimonio canonico in difetti/vizi del consenso, in impedimenti dirimenti e in difetti di forma canonica», G. MONTINI, *Gli impedimenti dirimenti in genere*, en *Diritto matrimoniale canonico, Vol. 1* (Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2002, p. 351).

Hace notar Montini, que «la voce *impedimentum* in alcuni canoni del Codice piano-benedictino aveva richiesto un'interpretazione autentica (12 de marzo de 1929, in AAS 21 [1929] 171), che dovette riconoscere l'estensione del concetto di *impedimentum* anche ai difetti/vizi del consenso e perfino ai difetti/vizi di forma» (*Ibidem*, p. 351).

«Ante Codicem così il concetto degli *impedimenta matrimonii* risultava latissimo ed abbracciava sotto la sua denominazione tutte indistintamente le condizioni legali e di fatto, il cui possesso fosse richiesto per poter contrarre matrimonio, sia che riguardassero i requisiti di capacità personale dei contraenti, sia che attenessero alle condizioni di prestazione del consenso, sia infine che riflettessero gli elementi di forma della celebrazione. Di qui appunto la distinzione, corrente ante Codicem, degli impedimenti matrimoniali in tre categorie, e cioè *ex parte persona*, *ex parte consensus*, *ex parte formae*. Il Codex ha modificato tale sistema e più razionalmente ha limitato il termine *impedimenti* soltanto ai cosiddetti *impedimenta ex parte personae*, considerando separatamente i vizi di consenso ed i difetti di forma della celebrazione» (P. A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico. Volume primo*, Casa editrice del Dott. Carlo Cya, Firenze 1952, ed. innovata, p. 69).

<sup>127</sup> P. A. D'AVACK, *Il "defectus aetatis" nelle fonti en ella dottrina matrimoniale classica della Chiesa*, en *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli, Volume primo*, Unione tipografico-Editrice Torinese, Torino 1960, p. 393.

<sup>128</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho canónico matrimonial*, Eunsa, Pamplona 2009, 11ª ed., p. 34.

<sup>129</sup> J. C. O' DEA, *The matrimonial impediment of non-age*, The Catholic University of America, Washington 1944, p. 57.



Con la codificación se trata de verter toda una tradición jurídica dispersa y compleja en un único instrumento legislativo en aras de una mayor exactitud y seguridad jurídicas. No sólo los sujetos pasivos de la ley conocerán mejor el Derecho, sino también los agentes que lo aplican. Todos sabrán a qué atenerse. Estas características de la codificación provocan que las circunstancias que subyacen a las normas que limitan el ejercicio del *ius connubii* como impedimentos sean situaciones concretas, tasadas y susceptibles de control; se ha ganado en precisión y en respeto al *ius connubii*<sup>130</sup> y no se admitirán otras causas de nulidad fuera de las establecidas codicialmente.

En el ordenamiento civil y en el ordenamiento canónico, la codificación supuso una reducción de los impedimentos heredados, y las sucesivas reformas del Código civil, así como el nuevo CIC, han ido disminuyendo el número de los mismos. Los codificadores han de decidir dónde incluir la edad legal y lo hacen entre los impedimentos, cuya naturaleza jurídica no está clara, aplicándole toda la regulación general de los mismos.

Paso ahora a examinar la imprecisa naturaleza jurídica de los impedimentos en la nueva perspectiva codicial.

## **1.2. Naturaleza jurídica de los impedimentos en la codificación**

En el primer milenio, ni siquiera se puede decir que exista la noción de *causa de nulidad*, entendida como aquella circunstancia que, de concurrir en el momento de la celebración, impide surgir el negocio jurídico matrimonial; lo que existía eran situaciones irregulares que permitían la separación o disolución. Había una falta de precisión en las causas que impedían el normal surgimiento del matrimonio, así como en los efectos que se derivaban de las mismas<sup>131</sup>.

La regulación matrimonial como la conocemos hoy, con la estructuración de unas causas de nulidad que tienen su origen en un impedimento propiamente dicho, en un vicio del consentimiento o en un defecto de forma, se ha ido componiendo

---

<sup>130</sup> «Es comprensible que los ordenamientos jurídicos, para evitar injustas lesiones contra ese derecho, tiendan a reconducir los impedimentos a determinadas circunstancias de concreta delimitación conceptual y material; esa *objetivación* mitiga el riesgo de extender la prohibición a más casos de los estrictamente necesarios, a la vez que hace operativo el impedimento, porque lo hace susceptible de control previo al matrimonio, al menos en la mayoría de los casos» (V. REINA *et alii*, *Curso de derecho matrimonial*, Marcial Pons, Madrid 1995, pp. 291-292).

<sup>131</sup> En este sentido Navarro-Valls: «No está nada claro que a lo largo del primer milenio la existencia en un concreto matrimonio de un impedimento de la entidad de lo que con el tiempo se denominaron *dirimentes*, implicara o que hoy calificaríamos de nulidad del matrimonio: más bien se aplicaba la separación o disolución de algo irregular. Esto solamente acaecerá a partir del siglo XI-XII, cuando la propia noción de nulidad se perfila como una categoría autónoma y diversa de la separación o la disolución. En todo caso la noción de impedimento en su acepción actual será una creación canónica que completará el ciclo de las condiciones para un matrimonio válido, cuando a consentimiento y capacidad, se añada la formalización del consentimiento» (R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y derecho*, Tecnos, Madrid 1995, p. 22).



progresivamente<sup>132</sup>. La diferenciación legal de estos tres grupos llegará con la codificación.

El Código civil y el CIC, como ya apunté, carecen de una determinación positiva de la capacidad mínima para contraer. Es más, después del reconocimiento del *ius connubii* –implícito en la redacción originaria del Código civil; y explícito en el CIC 17, en el CIC y en el Código civil después de la Ley 30/1981–, se pasa a la regulación de los impedimentos, que prácticamente agotan la regulación matrimonial<sup>133</sup>.

En el Código civil, incluso dentro del Cap. II *De los requisitos del matrimonio* habla del *ius connubii*, con un extraño silencio: no se señala cuál es ese núcleo esencial y mínimo<sup>134</sup> de la capacidad de contraer matrimonio, que sería el criterio de la actuación en el tiempo de este derecho fundamental; lo que sí aparece expresamente es el conjunto de circunstancias que constituyen los impedimentos. Hervada recoge al respecto lo siguiente:

*El sistema matrimonial, como otras tantas materias del Derecho, se ha ido formando en buena parte a través del pacto y abusos; de ahí que se haya ido formando a través de prohibiciones, declaración de vicios o mediante el establecimiento de requisitos, que aparecieron en su momento como impedimentos puestos a los contrayentes. (...). De ahí que el tratamiento del pacto conyugal aparezca como el tratamiento de lo negativo, de los impedimentos o vicios del pacto conyugal. Sin embargo, el Derecho es antes la normalidad que lo anormal<sup>135</sup>.*

El carácter negativo<sup>136</sup> con el que se ha ido construyendo el Derecho matrimonial «se explica porque, atendida la índole peculiarísima del matrimonio,

---

<sup>132</sup> No sólo el término “impedimento”, sino también la distinción entre “dirimentes” e “impedientes”, fue perfilándose en el tiempo: «Terminologia *impedimenti* et divisionis *impedimentorum* in *impedimentia* et *dirimentia* serius introductus fuit, saeculo nempe XII. Ante illud tempus ob defectum definitae et clarae terminologiae, etiam ipsa res saepe obscura remansit et confusa ita ut incertum remaneret utrum aliqua *impedimentia* *impedientia* essent an *dirimentia*. Post Gratianum frequentius adhiberi coeptus est terminus *impedimentum*, et a tempore Magistri Rolandi et Bernardi Papiensis bene distinguitur *impedimentia* a *dirimentibus*» (M. CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici. De sacramentis. Tractatus canonicus. Vol. III*, Marietti, Casali 1957, 3ª ed., p. 136).

<sup>133</sup> «Ante todo, hay que tener en cuenta que la regulación de los impedimentos, del consentimiento y de la forma canónica, tanto en la disciplina antigua como en la legislación vigente (se refiere al CIC 17), no solamente constituyó y constituye la parte central y básica, sino que representa la tónica dominante en todo el ordenamiento canónico relativo al matrimonio» (J. M. MANS PUIGARNAU, *Derecho matrimonial canónico. Vol. I*, Bosch, Barcelona 1959, p. 77).

<sup>134</sup> García Cantero entiende que es necesario detectar ese núcleo básico: «La diferencia entre capacidad matrimonial *senso stricto* e impedimento matrimonial se ofrece con absoluta nitidez, con apoyo incluso en el propio texto legal... El primer concepto alude a una facultad general y abstracta, a la posibilidad legal de celebrar el matrimonio con cualquier persona. El impedimento en cambio, por su propia naturaleza presupone la capacidad, indicando la existencia de un óbice legal que obstaculiza la celebración de un determinado matrimonio con una determinada persona» (G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios a los artículos 42 a 107 del Código Civil*, en M. ALBADALEJO (dir.), *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid 1982, p. 51).

<sup>135</sup> J. HERVADA *et alii*, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico. III Derecho matrimonial (I)*, Ed. Universidad de Navarra, S.A., Pamplona 1973, pp. 325-326.

<sup>136</sup> «Tiene el término impedimento un sentido negativo y restrictivo, porque siendo el matrimonio una institución jurídico-natural conforme a la naturaleza humana, la facultad de contraerlo es un derecho personal innato, que sólo puede serle negado o condicionado en aquellos justos casos que el Derecho establece: y así desde un principio, en sus realizaciones técnicas (Inocencio III, 23, IV, I, Decr.), la legislación canónica sentó respecto *De sponsalibus et matrimoniis* que «*quicumque non prohibetur, per*

institución de Derecho natural, enderezada, no sólo al provecho personal de los individuos, sino al bien común de toda la humanidad—, la legislación matrimonial está ordenada especialmente a la protección y defensa de la institución básica del derecho privado»<sup>137</sup>.

Esta protección que se ha dispensado legalmente a la institución matrimonial ante los abusos que iban surgiendo, ha hecho que el principal nexo de unión del conjunto de circunstancias referidas al matrimonio como impedimentos sea la nulidad o ilicitud que provocan. La naturaleza jurídica de los impedimentos se separaría de una posible utilidad en la determinación *positiva* de la capacidad de obrar matrimonial al prevalecer su posición negativa, presente ya en la tradición desde las listas de impedimentos de las *Summas* del siglo XIII, y acentuada con la codificación. Dicho carácter *sancionador* es puesto de relieve por Mans Puigarnau:

*Y como sea que tales prohibiciones tendían a evitar toda clase de obstáculos que pudieran oponerse a la validez o licitud del matrimonio, y aquello provenían de determinadas circunstancias relativas a las personas, al consentimiento o la forma, ello explica también la razón por la que en el derecho antiguo se englobasen dichas circunstancias bajo la denominación genérica de impedimentos, pues todas ellas obstaban a la válida o lícita celebración de las nupcias. Mas aunque el Código, con muy buen criterio, ha distinguido los impedimentos propiamente dichos o en sentido estricto, de los vicios del consentimiento y del defecto de forma, ha conservado, empero, la unidad de la materia en la trilogía que continúa siendo el esquema del ordenamiento matrimonial vigente, y la regulación específica de los impedimentos stricto sensu sigue respondiendo al mismo designio de integrar bajo una sola rúbrica todas las restantes circunstancias que —fuera precisamente del supuesto de la incapacidad subjetiva propiamente tal, o psicológica— constituyen otras tantas figuras de nupcias que el legislador, por gravísimas razones éticas, religiosas o sociales, reputa como indeseables o inconvenientes, cuando no como jurídicamente imposibles*<sup>138</sup>.

Veremos ahora la naturaleza jurídica de los impedimentos<sup>139</sup> en sentido estricto —artículos 46 y 47 Cc; c. 1083 a 1094 CIC—, y después la normativa que completa el

---

*consequentiam admitatur*», doctrina restrictiva que, conservada celosamente, sintetiza claramente el Codex al decir que pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes no les sea prohibido por el Derecho» (M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *La institución matrimonial según el derecho de la Iglesia Católica*, CSIC, Madrid 1947, 3ª ed., p. 136-137).

La misma conclusión extrae Lacruz: «Se puede decir que los impedimentos son prohibiciones para contraer matrimonio, limitaciones al derecho natural del matrimonio. y precisamente limitaciones a través de las cuales se pretende tutelar al institución matrimonial en atención a su propia naturaleza» (J. L. LACRUZ BERDEJO (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro primero del código civil*, Civitas, Madrid 1982, p. 66).

<sup>137</sup> J. M. MANS PUIGARNAU, *Derecho matrimonial canónico. Vol. I*, Bosch, Barcelona 1959, p. 77.

También Montserrat Perales pone el acento en la dimensión interpersonal: «Los impedimentos o limitaciones al derecho matrimonial son exigencias que los ordenamientos jurídicos religiosos y civiles han impuesto a la persona en su dimensión, no individual, sino interpersonal, para lograr que un bien jurídico superior (la institución matrimonial) esté protegido por la Ley. Las relaciones personales y sociales son tuteladas por el derecho para establecer y proteger jurídicamente la convivencia, basada en la libertad individual de todos y el bien común de la sociedad», (M. PERALES AGUSTÍ, *Los impedimentos matrimoniales*, en M. A. JUSDADO RUIZ-CAPILLAS *et alii*, *Derecho matrimonial canónico y eclesiástico del Estado*, Colex, Madrid 2008, 3ª ed., p. 66).

<sup>138</sup> J. M. MANS PUIGARNAU, *Derecho matrimonial canónico. Vol. I*, Bosch, Barcelona 1959, p. 78.

<sup>139</sup> En el ámbito civil «la terminología legal no es uniforme por lo que se refiere al uso de este término, ya que el Código Civil utiliza la expresión *requisitos* en el art. 56 y en la rúbrica del capítulo II, del tít. IV,

cuadro legal del así llamado *impedimento de edad*, como la dispensa, la convalidación y el efecto de sanción por contraer con el impedimento de edad.

El texto que reconoce el *ius connubii* se refiere ya, indirectamente, a los impedimentos al decir «a quienes el derecho no se lo prohíbe» (c. 1058 CIC) o «conforme a las disposiciones de este Código» (el Código civil a partir de la Ley 30/1981). Son limitaciones a un derecho humano, por lo que han de tener un carácter excepcional, deben constar expresamente y han de ser interpretadas en sentido estricto<sup>140</sup>.

La codificación ha supuesto algunas precisiones en orden a determinar la naturaleza jurídica de los impedimentos. Una primera delimitación, que hemos visto ya, distingue a los impedimentos *strictu sensu* –donde se incluye la edad legal– de los vicios del consentimiento y de los defectos de la forma. Aunque el criterio ha sido negativo y no nos aclara mucho cuál sea su naturaleza jurídica: son impedimentos todos los que no pertenecen a los otros dos grupos –defectos del consentimiento y defectos de forma–<sup>141</sup>. A este estado de cosas se refieren Ortiz y Franceschi:

*Come abbiamo segnalato, il legislatore (canonico) ha voluto distinguere meglio ciò che fino al CIC 17 veniva attribuito col nome di impedimento a degli ostacoli molto vari riguardanti anche il consenso e alla forma. Per cui il legislatore ha tolto da quel grande pentolone dove venivano messi tutti gli ostacoli al matrimonio valido, quelli che hanno una natura giuridica più netta (i difetti di forma e di consenso) e ha lasciato in una categoria comune tutti quelli che non sono né difetti di forma né di consenso. Vale a dire, gli impedimenti si definiscono meglio negativamente (gli ostacoli al matrimonio che non riguardano né la forma né el consenso) che positivamente, poiché alcuni impedimenti sono delle incapacità; altri, delle incompatibilità, e altri delle proibizioni<sup>142</sup>.*

Esta clasificación trimembre es propia tanto del CIC como del Código civil, aunque en este último, se encuentran en capítulos distintos, únicamente, los impedimentos propiamente dichos, llamados *requisitos de capacidad* en la redacción originaria del Código civil y *requisitos del matrimonio* después de la Ley 30/1981 por un lado, y por otro, todo lo que concierne a la forma, mientras que lo relativo al consentimiento aparece al tratar del *ius connubii* y de la nulidad del matrimonio, sin constituir un capítulo específico.

---

del Lib. I. El RRC utiliza una terminología plural refiriéndose a *impedimentos*, en los artículos 240. 3º y 246; los artículos 241 y 247 utilizan la expresión *impedimento u obstáculo*; el art. 247 se refiere a *prohibición legal*. (...). Los *impedimentos en sentido amplio* son todos aquellos obstáculos legales que impiden la validez de un matrimonio. Los *impedimentos en sentido estricto* son aquellos que afectan a una persona concreta y están contenidos en los artículos. 46-47 Cc» (E. ROCA I TRÍAS, *La celebración del matrimonio*, en *Derecho de familia*, Tirant lo blanch, Valencia 1995, 2ª ed., p. 50).

<sup>140</sup> Cfr. J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, Tecnos, Madrid 2008, 5ª ed., p. 52; cfr. M. PERALES AGUSTÍ, *Los impedimentos matrimoniales*, en M. A. JUSDADO RUIZ-CAPILLAS *et alii*, *Derecho matrimonial canónico y eclesiástico del Estado*, Colex, Madrid 2008, 3ª ed., p. 71.

<sup>141</sup> Petroncelli hace notar esta circunstancia: «Anteriormente al codice del 1917, sotto il nome di impedimenti si comprendevano sia le cause che ostacolavano il matrimonio in dipendenza delle condizioni dei contraenti, che quelle che costituivano vizi della volontà o della forma della celebrazione» (M. PETRONCELLI, *Diritto canonico*, Jovene Editore, Napoli 1983, 8ª ed., p. 293).

<sup>142</sup> M. A. ORTIZ-H. FRANCESCHI, *Gli impedimenti al matrimonio. Traccia provvisoria ad uso degli studenti: versione 2010*, en «[http:// didattica.pusc.it/](http://didattica.pusc.it/)».

De estos tres grupos, me centro en los *impedimentos propiamente dichos*. Una característica común de los mismos, que ha señalado la doctrina a lo largo de la historia, es que son circunstancias que provienen *ex parte persona*<sup>143</sup> y que no son ni un vicio del consentimiento ni un defecto en la forma de celebración. Este aspecto lo que muestra es su origen personal, que al ser tan abarcante, concentra en sí situaciones muy diversas – por ejemplo, la consanguinidad, la muerte dolosa, la edad, etc–. A mi juicio, desde esa definición tampoco no se nos aclara demasiado la naturaleza jurídica de los impedimentos.

Una acotación más que nos ofrece la doctrina ha sido la de identificar los impedimentos en función de sus efectos sancionadores<sup>144</sup>. En el CIC 17, «se utilizó el término *impedimento* para designar un conjunto de figuras que constituían obstáculos por parte de la persona para la validez o la licitud del matrimonio. (...) En el Código vigente (...) si estamos ante un impedimento, en sentido estricto, afecta a la validez del matrimonio: de lo contrario, no se tratará de un impedimento, en sentido legal»<sup>145</sup>. En el Código civil es pertinente la distinción doctrinal entre nulidad y anulabilidad, en función de la hipotética reviviscencia de la validez de un matrimonio en principio nulo, sin que medie ningún acto de la autoridad. Pero describir sus efectos, tampoco nos ayuda a hacernos cargo de la naturaleza jurídica de los impedimentos.

Con la codificación, tanto civil como canónica, el debate que sí se centra en la naturaleza jurídica, gira en torno a si los impedimentos son incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones legales o faltas de legitimación<sup>146</sup>, lo que a su vez tiene como asunto de fondo el siguiente: las circunstancias o situaciones que se recogen como impedimentos, ¿tratan de diferenciar distintos requisitos de capacidad, o lo que miran es a proteger la institución matrimonial por su dimensión interpersonal y social? Dicho de otro modo: ¿los impedimentos se refieren a los requisitos mínimos sin los cuales no habría matrimonio en ningún caso, o son prohibiciones que asume el

---

<sup>143</sup> Según Pompèdda: «L'*impedimento matrimoniale* è pertanto una circostanza che tocca la persona quale oggetto del contratto, per la quale è proibita o la *valida* o la *lecita* celebrazione delle nozze: in altre parole, coll'*impedimento* la persona, in forza di una determinata circostanza, è costituita oggetto proibito del contratto» (Z. GROCHOLEWSKI *et alii*, *Il matrimonio nel nuovo codice di diritto canonico. Annotazioni di diritto sostanziale e processuale*, Gregoriana Editrice, Padova 1984, p. 142).

<sup>144</sup> «Est circumstantia personam attingens, qua haec a matrimonio licite, vel licite simul valide ineundo lege impeditur» (T. M. VLAMING *et alii*, *Praelectiones iuris canonici*, Paulus Brand, Holanda 1950, 4ª ed., p. 116).

Montini afirma que las aclaraciones sobre el carácter sancionador no dicen cuál es la naturaleza jurídica: «Per la verità il can. 1073, puntando decisamente e con sovrabbondanza sugli effetti (giuridici) dell'*impedimento* sulla validità del matrimonio, sembra lasciare impregiudicata un questione molto discussa inerente alla natura dell'*impedimento*» (G. MONTINI, *Gli impedimenti dirimenti in genere*, en *Diritto matrimoniale canonico*, Vol. I, Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2002, p. 348).

<sup>145</sup> J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, Tecnos, Madrid 2008, 5ª ed., p. 53-54.

<sup>146</sup> «Los impedimentos qué recogían, ¿defectos de capacidad o prohibiciones? El antiguo art. 83 recogía cinco tipos de obstáculos para el matrimonio. Dos de ellos –edad y razón–, claramente supuestos de incapacidad. El número 4, claramente un caso de prohibición legal: la ordenación *in sacris* o el voto solemne de castidad. (...). El número 3 incluía un supuesto de inhabilidad (impotencia) ... Por último, el número 5 supuso un obstáculo de tipo institucional –vínculo previo– difícilmente catalogable como una prohibición» (L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, *Comentario al art. 45 Cc*, en J. L. LACRUZ BERDEJO (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro primero del código civil*, Civitas, Madrid 1992, p. 95).

legislador para proteger jurídicamente el matrimonio en algunos casos con independencia del núcleo propio de la capacidad para contraer? Más aún: ¿son todos los impedimentos resultado de la valoración circunstancial que el legislador tiene del matrimonio, o son requisitos esenciales de la capacidad de obrar? Hallar la naturaleza jurídica de los impedimentos reclama previamente una diferenciación interna entre las circunstancias allí contenidas, como señala Souto Paz:

*En las disposiciones citadas –civiles y canónicas sobre los impedimentos– se entremezclan los supuestos de incapacidad radical para contraer matrimonio y las limitaciones legales a la capacidad de obrar, es decir, inhabilitaciones relativas o impedimentos para contraer matrimonio con personas determinadas. Es oportuno, por tanto, diferenciar la incapacidad absoluta para contraer matrimonio, por defecto de edad o por la falta de aptitud necesaria para prestar el consentimiento matrimonial, de aquellos supuestos que se refieren a limitaciones relativas o prohibiciones de contraer matrimonio entre determinadas personas, establecidas por imperio de la ley, por razón de parentesco, de delito o de vínculo anterior<sup>147</sup>.*

Ante esta encrucijada, autores del ámbito canónico y civil dan algunas respuestas no coincidentes basadas en los respectivos textos codiciales. En el ámbito canónico, algunos afirman tajantemente que «l'impedimento costituisce dunque una circostanza, *independentemente dalla capacità cognitiva e volitiva del nubente*, che si pone como causa di *inabilità* al matrimonio pero sogetto che, se l'impedimento no vi fosse, sarebbe de per sè capace»<sup>148</sup>, mientras que otros ven la necesidad de hacer alguna distinción dentro de los impedimentos:

*El Código de 1917 no distinguió, al menos explícitamente, entre incapacidad e inhabilidad. Este intento de una sistematización ulterior ha sido realizado, en cambio, por el Código de 1983, que (...) ha insertado la distinción entre las incapacidades y las inhabilidades. (...). El impedimento dirimente presupone la capacidad natural para el matrimonio. (...). Obviamente la incapacidad presupone una imposibilidad jurídica para contraer matrimonio mucho más radical y profunda que la inhabilidad. (...) Con todo, hay que tener en cuenta que el Código de 1983 (también el de 1917) enumera entre los impedimentos la impotentia coeundi, cuando ésta conceptualmente no es una inhabilidad, sino una incapacidad<sup>149</sup>.*

En el ámbito civil, Arechederra ofrece una mejora sistemática:

*El proyecto (de reforma), inicialmente, en el art. 46 incluía dos supuestos de incapacidad –edad y razón– y una exigencia institucional. Distinto es el caso –naturalmente– del anterior art. 84 y el actual 47, que incluye obstáculos de otra índole. Puestos a establecer una diferencia radical entre problemas de capacidad y prohibiciones tal vez convendría haber sacado también (además del uso de razón) la exigencia de edad. Pero claro, esta exigencia requiere una concreción no subsumible genéricamente en el art. 45, a no ser por una remisión general al art. 1263<sup>150</sup>, muy discutible<sup>151</sup>.*

<sup>147</sup> J. A. SOUTO PAZ, *Derecho matrimonial*, Marcial Pons, Madrid 2002, 2ª ed., p. 131.

<sup>148</sup> E. VITALI *et alii*, *Il matrimonio canonico*, Giuffrè editore, Milano 2003, 2ª ed., p. 28.

<sup>149</sup> U. NAVARRETE, *Derecho Matrimonial Canónico. Evolución a la luz del Concilio Vaticano II*, BAC, Madrid 2007, pp. 464-465. Pero al llegar al impedimento de edad establece algo sorprendente: que en un arco de tiempo es incapacidad, y en otro, inhabilidad (cfr. *Ibidem*, p. 467). Es evidente, que la cuestión es confusa.

<sup>150</sup> «No pueden prestar consentimiento: 1º. Los menores no emancipados. 2º. Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir».



Una mención especial requiere el c. 1073 por ser la única disposición legislativa sobre el tema: «El impedimento dirimente *inhabilita* a la persona para contraer matrimonio válidamente». Según este canon el impedimento sería una *inhabilidad*, por lo que en principio, los impedimentos serían normas legales que recogen circunstancias que impiden contraer matrimonio a quien ya es capaz. Sin embargo, si tenemos en cuenta todo el canon, observamos que su propósito no es dar una solución al debate sobre la naturaleza jurídica de los impedimentos, sino afirmar con claridad, que todas las circunstancias consideradas como impedimentos *inhabilitan*, es decir, que tienen como consecuencia la nulidad del matrimonio contraído con ellas. Así pues, la inhabilidad no se refiere a la naturaleza jurídica del impedimento, –no entra a determinar si es una incapacidad (esencial) o una prohibición (conveniente)–, sino al efecto común de nulidad<sup>152</sup>. Las situaciones que comprenden los impedimentos son diversas, unas que son incapacidades, otras incompatibilidades y otras prohibiciones<sup>153</sup>, porque la categoría codicial de *impedimento*, sigue siendo un cajón de sastre que reúne todo aquello que no se refiere ni al consentimiento ni a la forma de celebración. El c. 1073 no hace sino reflejar la situación que existía antes de la codificación de 1917 en la que se definían los impedimentos por sus efectos, sin resolver la cuestión de su naturaleza jurídica.

En el CIC 17, había impedimentos dirimientes e impedientes; los primeros provocaban la nulidad, los segundos la ilicitud. En el CIC, la división es entre impedimentos –cc. 1083 a 1094, todos dirimientes– que provocan la nulidad, y prohibiciones<sup>154</sup> –cc. 1071 y 1124, sin constituir un capítulo específico– que causan la ilicitud. Para Mans, la Codificación canónica ha supuesto un avance técnico, de ordenación y clarificación de una legislación dispersa, dejando intacto todo lo que se refiere a su naturaleza jurídica:

---

<sup>151</sup> L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, *Comentario al art. 45 Cc*, en J. L. LACRUZ BERDEJO (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro primero del código civil*, Civitas, Madrid 1992, p. 95.

Esta distinta naturaleza viene indicada por el diverso alcance entre ambos: «Se puede añadir que la diferencia estriba en que a los primeros se les prohíbe todo matrimonio, cualquiera que sea el otro posible cónyuge, mientras que a los segundos sólo se les prohíbe el matrimonio con personas concretas» (Y. GÓMEZ, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid 1990, p. 218-219).

La misma autora, apoyándose en Salvador Coderch: «Se podría afirmar que la misma redacción de los artículos 46 y 47 del Código civil ‘parece dar a entender que lo pretendido con los nuevos textos es seguir ajustándose, como ya lo intentaron sus precedentes (art. 4 y ss. de la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870; artículos 83 y 84 del Código civil de 1889), a la dualidad propia de la cultura civilista; incapacidades (art. 46) – prohibiciones (art. 47), tal y como lo entiende un autorizado sector de la doctrina’» (Y. GÓMEZ, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid 1990, p. 217).

<sup>152</sup> «En todo caso, lo importante desde el punto de vista práctico no es la calificación exacta de la naturaleza jurídica de estos obstáculos –que, en definitiva, son el resultado de una clasificación legal, con toda la evolución histórica y doctrinal que ahí subyace–, sino la consideración de que el matrimonio así contraído es nulo» (J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, Tecnos, Madrid 2008, 5ª ed., p. 55).

<sup>153</sup> Cfr. M. PERALES AGUSTÍ, *Los impedimentos matrimoniales*, en M. A. JUSDADO RUIZ-CAPILLAS *et alii*, *Derecho matrimonial canónico y eclesiástico del Estado*, Colex, Madrid 2008, 3ª ed., p.74.

<sup>154</sup> «Por tanto, en el actual Código de 1983, dentro de las circunstancias que afectan a la persona misma del contrayente, unas invalidan el matrimonio, son los impedimentos. Otras sólo lo hacen ilícito, esto es válido pero irregular, son las prohibiciones» (*Ibidem*, p.72).

*A nuestro entender, para resolver la cuestión concerniente a la naturaleza jurídica de los impedimentos matrimoniales, es preciso examinar su significación y alcance, tanto antes como después del Código (1917), lo que nos permitirá apreciar que la reforma introducida por éste, inspirada solamente en la consideración de orden técnico, no afecta a la razón fundamental en que se basaba el antiguo concepto genérico y omnicompreensivo de los impedimentos*<sup>155</sup>.

Algunos canonistas han apuntado los límites de la categoría de los impedimentos. D'Avack<sup>156</sup> aboga por diferenciar entre impedimentos e incapacidades –aquí se incluirían circunstancias que hoy se encuentran entre los impedimentos–; y Hervada propone un abandono por la ciencia canónica del concepto de impedimento que permita señalar las características propias de acuerdo con su naturaleza de causas de nulidad<sup>157</sup>.

La doctrina mayoritaria, tanto civilista como canónica, entiende que entre los impedimentos, tal y como los conocemos en los textos codiciales, hay algunos que en realidad son *requisitos de capacidad*, cuya naturaleza jurídica apuntaría a la determinación de la capacidad de obrar, respecto de la cual, tanto el Código civil como el CIC nada recogen expresamente en capítulos específicos. Ya observamos con anterioridad, cómo del reconocimiento del *ius connubii* se pasa a la declaración de los que no pueden contraer matrimonio por estar afectados por algún impedimento, sin haber señalado antes cuál es la capacidad de obrar matrimonial requerida. Me centro ahora en esas circunstancias que se encuentran entre los impedimentos, y que sin embargo constituyen el cuadro general de la capacidad matrimonial “camuflada”. Esta diferenciación neta dentro de los mismos impedimentos nos permitirá distinguir la distinta naturaleza jurídica de los dos grupos de impedimentos: por un lado, el que está compuesto por los requisitos de capacidad, y por otro, el compuesto por diversas situaciones que obedecen a la distinta valoración que el legislador civil o el legislador canónico hacen de la institución matrimonial.

---

<sup>155</sup> J. M. MANS PUIGARNAU, *Derecho matrimonial canónico. Vol. I*, Bosch, Barcelona 1959, p. 77.

<sup>156</sup> «Per quanto imperfetta tuttavia debba ritenersi astrattamente tale sistematica, dovendo noi limitarci ad un'analisi del *ius conditum*, ci atterremo ugualmente ad essa, adottando senz'altro la tripartizione in *impedimenti*, *vizi di consenso* e *difetti di forma*, quale è fissata nel Codex, e solo ricordando che sotto il termine *impedimenti* si dovranno intendere ricompresi anche i requisiti di capacità dei contraenti» (P. A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico. Volume primo*, Casa editrice del Dott. Carlo Cya, Firenze 1952, ed. innovata, p. 69).

El mismo autor en otra obra: «Anche con tale nuova sistemazione però el concetto d'impedimento canonico resta sempre molto più lato di quello correlativo adottato dal nostro Codice civile (italiano), in quanto viene a ricomprendere sotto la sua denominazione non solo gli impedimenti matrimoniali propriamente detti, cioè quelle *circumstantiae quae arcent a nuptiis contrahendis* soggetti di per sè abili, ma anche i difetti stessi dei vari requisiti di capacità personale dei medesimi» (IDEM, *Corso di diritto canonico. Il matrimonio. I. Edizione provvisoria per gli studenti*, Giuffrè Ed., Milano 1961, p. 100).

<sup>157</sup> «Por nuestra parte entendemos que el término impedimento es el resultado de una clasificación legal, admisible como técnica legislativa, pero sin ser propiamente un concepto científico válido. (...). La ciencia canónica debe abandonar el concepto de impedimento (sólo útil para hacer las necesarias referencias al Derecho positivo) y en cambio clasificar las materias ahora calificadas de impedimento – junto a otras similares– de acuerdo con su naturaleza de causas de nulidad con unas características propias» (J. HERVADA *et alii*, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico. III Derecho matrimonial (I)*, Ed. Universidad de Navarra, S.A., Pamplona 1973, p. 327).



Desde el punto de vista doctrinal, se distingue estos aspectos que no tienen un claro reflejo en los textos codiciales; a la capacidad y los impedimentos se refiere García Cantero:

*Los conceptos de capacidad e impedimentos son suministrados por la técnica jurídica y, teóricamente, se ofrecen con absoluta nitidez. Con la primera aludimos a una facultad general y abstracta, a la posibilidad legal de celebrar matrimonio con cualquier persona; el impedimento, por su parte, presupone la capacidad, indicando la existencia de un óbice legal que obstaculiza la celebración de un determinado matrimonio con una determinada persona*<sup>158</sup>.

Aquí me centraré en el primer grupo, donde se contiene el *impedimento de edad*.

La codificación ha dificultado, por tanto, el establecimiento de un criterio positivo de capacidad de obrar matrimonial por el protagonismo que los impedimentos han tenido en la construcción del régimen de capacidad. Como ya vimos, la capacidad natural presupuesta en la capacidad de obrar, puede estar comprometida desde dos ángulos: por falta de la edad adecuada, o por enfermedad psíquica o biológica. La falta de edad se ha llamado *impossibilitas conveniendi animo et corpore ut in pueris et in puellis, aetatis infirmitas*<sup>159</sup>, o en sentido positivo, *aetas nubilis*<sup>160</sup>, *pubertas*<sup>161</sup>, *ad perfectam aetatem, ad annos discretionis*; la enfermedad psíquica *impossibilitas conveniendi animo ut in furiosis, furiosus et furiosa*<sup>162</sup>... ; y la enfermedad biológica *impossibilitas conveniendi corpore ut in frigidis et maleficiis impeditiis*<sup>163</sup>, *quos non copulat connixtio sexuum*<sup>164</sup>, *impotens ad copulam*<sup>165</sup>, *corporali habilis reddi non potest*<sup>166</sup>, *impedimentum ad coitum*<sup>167</sup>, *impotentia coeundi*<sup>168</sup>.

La edad nos indica, por un lado, las dos dimensiones de la capacidad natural mínima que deben concurrir en todo matrimonio, y por otro, cuándo aparecen por primera vez en el contrayente. En cambio, en la enfermedad psíquica está afectada la *discretio iudicii* y en la enfermedad biológica la *capacitas corporis*, con independencia de la edad en uno y otro caso; estos dos apartados constituyen dos impedimentos especializados –con respecto a la edad– que operan cuando no concurren sendos aspectos de la capacidad natural por razones patológicas.

Estos tres impedimentos constituyen la capacidad de obrar matrimonial<sup>169</sup>, a la vez que remedian, en parte, aquél salto que se hacía, al pasar de la capacidad jurídica

---

<sup>158</sup> GARCÍA CANTERO, G., *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, CSIC, Roma 1959.

<sup>159</sup> C. 30.2.

<sup>160</sup> X. 4. 2.14.

<sup>161</sup> X. 4. 2. 8.

<sup>162</sup> C. 32.7.26.

<sup>163</sup> C. 33.1.

<sup>164</sup> C. 27.2.16.

<sup>165</sup> X. 4.15.2.

<sup>166</sup> X. 4.15.6.

<sup>167</sup> X. 4. 15. 3.

<sup>168</sup> X. 4. 15. 5.

<sup>169</sup> «El artículo 46 se está refiriendo evidentemente a los requisitos de capacidad, al hablar en términos generales de que, ciertas personas, no pueden contraer matrimonio, no sólo con algunas determinadas, sino abosolutamente con ninguna otra» (G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios a los artículos 42 a 107 del*

–*ius connubii*– a la determinación de quiénes *no* tienen capacidad de obrar –impedimentos–, sin haber mencionado antes de un modo positivo qué capacidad se exigía. García Cantero se expresa así (habla sólo del ámbito civil, aunque es aplicable en línea de principio al ámbito canónico):

*Entiendo por capacidad matrimonial el conjunto de requisitos que, en abstracto, permiten a una persona contraer matrimonio con otra de sexo contrario. A diferencia de la extensa regulación contenida en el derogado artículo 83, y demás normas complementarias, ahora la normativa se ha reducido y simplificado al máximo en el artículo 46. Son requisitos de capacidad matrimonial: 1º) la diferencia de sexos entre los contrayentes. 2º) La edad. 3º) La capacidad de entender y de querer. 4º) La libertad de estado<sup>170</sup>.*

La ausencia de todo criterio positivo de determinación de la capacidad matrimonial, la categoría jurídica de los impedimentos que reclama una mejor reordenación interna, y la peculiaridad de la edad como impedimento, dificultan el hallazgo de la naturaleza jurídica de la edad, condición para que desenvuelva en sede matrimonial la función que los ordenamientos le reconocen en la parte general.

Hechas estas observaciones, y antes de exponer los artículos y cánones que comprenderían el criterio de la capacidad de obrar matrimonial, es preciso mencionar la repercusión sistemática del reconocimiento legal, explícito o implícito, de la libertad de los contrayentes, expresada mediante el *consentimiento*, elemento central para el nacimiento del matrimonio. El Código civil, en su redacción originaria, no lo refleja en ningún artículo, si bien lo da por supuesto; el CIC 17 lo menciona expresamente en el c. 1081, situado al principio del cap. V dedicado al consentimiento matrimonial, pero después de los cánones sobre los impedimentos. El reconocimiento legal, explícito o no, del consentimiento, influirá en el modo de organizar el cuadro de la capacidad de obrar matrimonial “latente” en los impedimentos; así, con la reforma operada por la Ley 30/1981, se incorpora al Código civil la referencia expresa al *consentimiento*, afectando al esquema de los impedimentos –se suprime la carencia del pleno uso de la razón–.

Se exponen a continuación los artículos y cánones que contienen la capacidad de obrar matrimonial mínima exigida a todo contrayente:

---

*Código Civil*, en M. ALBADALEJO (dir.), *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid 1982, p. 51).

«Para que el consentimiento de los contrayentes genere el vínculo matrimonial es necesario que concurran en ellos ciertos requisitos o presupuestos objetivos, rigurosamente tipificados por la ley, que lo son de validez del matrimonio. Entre ellos se encuentran, en primer lugar, los requisitos de capacidad, que impiden a quien no los reúne celebrar el matrimonio con cualquier persona, de los que se ocupa el artículo 46 (la edad y la libertad de estado). (...). La concurrencia de estos requisitos de capacidad, -junto con la ausencia de impedimentos y la aptitud antural de entender y querer- es objeto del control gubernativo previo» (P. DE PABLO CONTRERAS, *Comentario al art. 46 Cc*, en *Código civil comentado. Vol. I*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra 2011, p.352).

<sup>170</sup> G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios a los artículos 42 a 107 del Código Civil*, en M. ALBADALEJO (dir.), *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid 1982, p. 70.

Cc (red. originaria)	CIC 17	CIC
<p>Art. 83: “No pueden contraer matrimonio:</p> <p>1.º Los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce, también cumplidos (...).</p> <p>2.º Los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón a tiempo de contraer matrimonio.</p> <p>3.º Los que adolecieren de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable”.</p>	<p>C. 1067: “§ 1. El varón antes de los dieciséis años de edad cumplidos, y la mujer antes de los catorce también cumplidos no pueden contraer matrimonio válido”.</p> <p>C. 1068: “§ 1. La impotencia antecedente y perpetua, tanto si es impotente el varón como si lo es la mujer, lo mismo si es conocida por el otro cónyuge como si no lo es, ya sea absoluta, ya relativa, dirime el matrimonio por derecho natural”.</p> <p>C. 1081: “§ 1. El matrimonio lo produce el consentimiento entre personas hábiles según derecho, legítimamente manifestado; consentimiento que por ninguna potestad humana puede suplirse”.</p>	<p>C. 1057: “§ 1. El matrimonio lo produce el <i>consentimiento</i> de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir”.</p> <p>C. 1083: “§ 1. No puede contraer matrimonio válido el varón antes de los dieciséis <i>años</i> cumplidos, ni la mujer antes de los catorce, también cumplidos”.</p> <p>C. 1084: “§ 1. La <i>impotencia</i> antecedente y perpetua para realizar el acto conyugal, tanto por parte del hombre como de la mujer, ya absoluta ya relativa, hace nulo el matrimonio por su misma naturaleza.”</p> <p>C. 1095: “Son incapaces de contraer matrimonio: 2.º quienes tienen un grave defecto de <i>discreción de juicio</i> acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar”.</p>
<p><b>Cc (red. Ley 30/1981)</b></p> <p>Art. 45: “No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”.</p> <p>Art. 46: “No pueden contraer matrimonio: 1º. Los menores de edad no emancipados”.</p>		

### 1.2.1. El Código civil

Los tres primeros apartados del art. 83 Cc según la redacción originaria configuran los requisitos de capacidad mínima para contraer matrimonio. El impedimento de edad señala el momento en que aparecen ambos elementos esenciales: *discretio iudicii* y *capacitas corporis*. El impedimento de carencia del pleno ejercicio de su razón se refiere a la ausencia de la *discretio iudicii* debido a una patología; y el impedimento de impotencia se refiere a la carencia de *capacitas corporis* también por una enfermedad. El impedimento de edad va destinado a la normalidad de los contrayentes, en los que no hay una enfermedad que comprometa su capacidad natural:

*Per la normalità dei casi è il legislatore stesso che provvede a garantirsi dell'esistenza di questa duplice capacità dei contraenti ('potentia actualis ad actus de se aptos ad proles generationem perficiendos y capacitas animi') attraverso 'l'impedimentum aetatis', cioè prescrivendo loro per poter contrarre matrimonio il raggiungimento di una età tale, in cui si*

*possa ragionevolmente presumere che siano ormai in possesso sia di questa 'sufficiens potentia animi', sia di questa 'sufficiens potentia corporis'*<sup>171</sup>.

Los impedimentos de falta de uso de razón y de impotencia, contemplan los casos patológicos que afectan a lo psicológico y a lo corporal respectivamente, con independencia de la edad. Determinar la capacidad necesaria para el matrimonio mediante la categoría de los impedimentos, no impidió, que los primeros impedimentos hicieran referencia a la capacidad mínima necesaria. Se determinaba así, negativamente, la capacidad de obrar.

Previamente, ya la Ley provisional de Matrimonio civil de 1870, en el cap. II *De la idoneidad para el matrimonio*, secc. 1ª *De las circunstancias de aptitud necesarias para contraer matrimonio*, recogía en el art. 4 los tres primeros impedimentos –edad, carencia del pleno ejercicio de la razón e impotencia–, pero en sentido positivo: «son aptas para contraer matrimonio todas las personas que reúnan las circunstancias siguientes»<sup>172</sup>.

La Ley 30/1981 supone una gran ruptura en el Derecho matrimonial civil, incluida la regulación de la edad. El cap. II del tít. IV *Del matrimonio*, dentro del libro I *De las personas*, recoge los requisitos del matrimonio civil, y que también ha de cumplir el matrimonio canónico para proceder a su inscripción en el RC y así tener plenos efectos civiles. Los cambios que interesan a nuestra materia son los siguientes: 1) se reconoce el *ius connubii* expresamente (art. 44) ; 2) se declara en el texto legal el consentimiento como la parte esencial del matrimonio (art. 45); 3) se modifica la edad legal estableciendo los 18 años como regla general para hombres y mujeres (art. 46); 4) desaparece el impedimento de la falta de *pleno ejercicio en el uso de la razón* por el reconocimiento explícito de la centralidad del consentimiento en la formación del matrimonio; 5) desaparece el impedimento de impotencia.

Con este cambio legislativo, la edad legal es elevada –mayor de edad o emancipado–, aunque por la vía de la dispensa, es posible contraer matrimonio a una edad inferior, siempre y cuando no sea inferior a los 14 años cumplidos, plazo que en todo caso actúa como presunción *iuris et de iure*, lo que deja entrever, que la edad, sigue cumpliendo la función de señalar el momento inicial en el que concurren los requisitos mínimos de capacidad. El impedimento de falta de uso de razón, como se ve en los debates parlamentarios, se considera innecesario toda vez que se afirma en el texto legal que «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial» (art. 45); no obstante, su no inclusión hace que se pierda la referencia a una construcción jurídica histórica, que trataba de aclarar la incidencia de las patologías mentales<sup>173</sup> en el uso de

---

<sup>171</sup> P. A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico. Volume primo*, Casa editrice del Dott. Carlo Cya, Firenze 1952, ed. innovata, p. 18.

<sup>172</sup> Cfr. J. M. MARTINELL, *Los impedimentos matrimoniales en el Derecho Civil español*, en *Estudios de derecho canónico y derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1983, p. 370.

<sup>173</sup> «El párrafo 2º del artículo 56 carece de explicación si no existe la regla fundamental que exige al contrayente capacidad de entender y querer. Siendo absolutamente insuficiente, por lo demás, lo dispuesto en aquél, dado que el funcionario autorizante no tiene obligación de ser un experto en

razón en relación con el consentimiento matrimonial; a partir de la Ley 30/1981, podrá tener cabida en el Derecho matrimonial por la vía de la incapacitación prevista en el mismo Código civil, siempre que expresamente se mencione la incapacidad para contraer matrimonio en la resolución judicial. Además, se ha suprimido el impedimento de impotencia, que señalaba la ausencia de la dimensión física –a la que de otro modo también se refiere el impedimento de edad– por motivos patológicos, no por una temprana edad. Como vemos, el régimen de capacidad matrimonial para ejercer el derecho natural del *ius connubii* ha cambiado.

La situación creada por la Ley 30/1981 modifica la presunción de la edad legal vigente en el Código civil hasta 1981, y se aleja del CIC, donde la edad legal señala los requisitos mínimos de la capacidad para contraer, basándose en una capacidad natural que comprende la *debita mentis discretio* y la *capacitas corporis*. En el Código civil, la edad legal presume una capacidad natural circunscrita únicamente a la *debita mentis discretio*. La familia, legalmente, es extraña a la esencia del matrimonio civil, distanciándose de los textos internacionales, del Derecho canónico, del Derecho romano, y creando una antinomia con los fines del matrimonio a los que debe llevar el cumplimiento de los derechos y deberes mutuos del marido y de la mujer (artículos 67 a 70 Cc).

### 1.2.2. El Código de Derecho canónico

En el CIC se mejora la sistemática de los elementos configuradores de la capacidad de obrar matrimonial que ya aparecían en el CIC 17<sup>174</sup>: por una parte, el consentimiento (c. 1055) se pasa a los cánones introductorios –también el

---

enfermedades mentales, ni, en último término, ha de corresponder al facultativo la última palabra sobre la capacidad de emitir el consentimiento matrimonial. Dicho precepto tiene una colocación absolutamente inadecuada, cual si se tratase de una formalidad más del expediente matrimonial. Por el contrario, las deficiencias o anomalías psíquicas que privan a uno de los contrayentes de la capacidad de entender y de querer, constituyen incapacidad matrimonial tanto si son advertidas al casarse, como en el caso contrario» (G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios a los artículos 42 a 107 del Código Civil*, en M. ALBADALEJO (dir.), *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid 1982, p. 74).

<sup>174</sup> Respecto al silencio del CIC de 1917 sobre el *defectus discretionis iudicii*, señala d'Avack: «Se il Codex non parla esplicitamente in materia matrimoniale del *defectus animi* né fra gli impedimenti dirimenti, in cui pure ricomprende anche i requisiti di capacità personale, né fra i vizi del consenso, sta di fatto che esso in tutte quelle altre materie, in cui ha occasione di accennare a tale *defectus*, mostra sempre di considerarlo come una mancanza di capacità naturale, al punto di fare della *discretio iudicii* sia uno dei fondamentali presupposti della capacità personale generale» (P. A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico. Volume primo*, Casa editrice del Dott. Carlo Cya, Firenze 1952, ed. innovata, p. 116).

Un poco más adelante diferencia el *defectus discretionis iudicii* de los vicios del consentimiento: «Mantenere nettamente distinto e separato questo *naturalis defectus capacitatis animi* dalla categoria dei vizi del consenso e di classificarlo piuttosto fra i difetti di capacità personale, e quindi fra le *cause nullitatis ex parte personae*; la considerazione cioè che, quando il Codex viene a trattare del consenso e dei suoi vizi, esso mostra sempre di riferirsi a contraenti che siano già *iure habiles ad contrahendum*, cioè a contraenti *pleno usu praediti sive cognitionis intellectivae sive deliberationis volitivae* e di per sé costituzionalmente e giuridicamente capaci di prestare un valido consenso matrimoniale, in guisa che il loro eventuale *defectus consensus* non sia mai il risultato di una loro intrinseca incapacità od inabilità naturale o legale» (*Ibidem*, p. 117).

reconocimiento del *ius connubii*— por su carácter fundamental en la regulación matrimonial; por otra parte, se recoge la edad como primera determinación de la capacidad de obrar —que presume la *discretio iudicii* y la *capacitas corporis*—; y por último, se menciona la impotencia como defecto patológico de la *capacitas corporis*, y se añade expresamente el defecto grave y patológico de la *discretio iudicii* con independencia de la edad.

A la vista de los textos legales —civiles y canónicos— expuestos más arriba, subrayo, en primer lugar, que la redacción originaria del art. 83 Cc reflejaba el sistema general de capacidad de obrar matrimonial de la tradición jurídica con la mejor sistemática que se haya visto en ningún código vigente en España: la edad, falta de uso de razón e impotencia aparecían juntos en el cap. III *De la capacidad de los contrayentes*. En segundo lugar, que el CIC 17 desgajaba los aspectos de la capacidad de obrar llevándolos a capítulos distintos, además de no mencionar expresamente el *defectus discretionis iudicii* —que se entendería incluido en la exigencia del consentimiento—, mientras que el CIC recupera el *defectus discretionis iudicii* —c. 1095.2º— aunque separado del resto del núcleo clásico de capacidad —la edad y la *capacitas corporis*—. Por último, la reforma de la Ley 30/1981 prescinde de la referencia expresa al *defectus usus rationis* —aunque tácitamente incorporado en la mención al consentimiento que hace el art. 45 Cc— y a la *impotentia* —también incluido de modo tácito en los fines del matrimonio que emergen de los derechos y deberes del matrimonio de los artículos 67 a 70 Cc—, a la vez que sustituye el nombre del capítulo III *De la capacidad de los contrayentes* por el actual capítulo II *De los requisitos del matrimonio*, expresión del positivismo con que empieza a ser regulada la institución matrimonial.

Los requisitos de capacidad en el Código civil se centran no sólo principal, sino también exclusivamente en el consentimiento, en medio de los cuales «sigue siendo la edad un requisito de capacidad sujeto a un régimen de favor —quizá porque el legislador no tiene de ella un único y claro fundamento—»<sup>175</sup>. En el CIC el consentimiento también es el elemento central, aunque no exclusivo, tesis defendida con claridad en toda la doctrina canónica, y con mayor precisión desde que se abrieran paso las tesis de la Escuela de París con Pedro Lombardo como principal representante. La capacidad corporal para realizar el acto sexual apto de por sí para engendrar la prole pertenece al núcleo esencial de la capacidad mínima en el CIC, y no así en el Código civil. La sexualidad es valorada positivamente en orden a la constitución del matrimonio canónico. No así en el civil.

## 2. Regulación jurídica de la edad matrimonial

La edad legal del matrimonio, presente las legislaciones de nuestro entorno, aparece incluida entre los impedimentos del Código civil y del CIC, concretamente en el

---

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 73.



grupo de aquéllos que contienen la mínima capacidad de obrar matrimonial. Ahora me referiré aquella normativa específica, tanto del Código civil como del CIC, que completa el régimen jurídico de la edad, con la intención de estudiar en el siguiente apartado de este capítulo, la naturaleza jurídica específica de la edad.

Además de la regulación jurídica del *impedimento de edad*, veremos la normativa sobre la dispensa y la convalidación en lo que concierne a la edad, así como la importancia que tuvo la licencia de los padres –u otras personas en su defecto– hasta la reforma del Código civil por la Ley 30/1981. También consideraré cómo actúa el impedimento de edad en el caso de un católico que contrae matrimonio canónico con un no bautizado.

## 2.1. El llamado *impedimento de edad*

Expongo a continuación la edad legal matrimonial, situada como primera circunstancia entre los impedimentos:

Cc (red. originaria)	CIC 17	CIC
Art. 83: “No pueden contraer matrimonio: 1º. Los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce, también cumplidos”.	C. 1067: “§ 1. El varón antes de los dieciséis años de edad cumplidos, y la mujer antes de los catorce también cumplidos no pueden contraer matrimonio válido”.	C. 1083: “§ 1. No puede contraer matrimonio válido el varón antes de los dieciséis años cumplidos, ni la mujer antes de los catorce, también cumplidos”.
<b>Cc (red. Ley 30/1981)</b>		
Art. 46: “No pueden contraer matrimonio: 1º. Los menores de edad no emancipados”.		

En el capítulo anterior habíamos visto que la capacidad de obrar supone y asume la capacidad natural de los contrayentes (su madurez). El tema era determinar aquella capacidad natural mínima, estimada como necesaria para contraer matrimonio. Durante dos milenios era una cuestión pacífica que la edad legal presumía la *discretio iudicii* y la *capacitas corporis*.

Por otro lado, el debate sobre los esponsales entre la Escuela de París y la Escuela de Bolonia tuvo como conclusión, que el consentimiento es el elemento dominante e imprescindible para la constitución del matrimonio, siendo la *capacitas corporis* también necesaria para la plena formación del vínculo conyugal, pero no en el momento de *contraer*, por lo que la edad mínima para acceder al matrimonio sería aquella en la que aparece la *debita mentis discretio* –fundamento del consentimiento–.

Actualmente la doctrina no es unánime a la hora de señalar la naturaleza jurídica de la edad legal, consecuencia, por un lado, de las dudas sobre su fundamento, y por



otro, de la falta de precisión técnica en la categoría de los *impedimentos*. Proponer el cambio de la *ratio iuris* de la edad, con tantos años presente en el Derecho matrimonial, no es fácil, más aún cuando la codificación, que no pretende crear *ex novo* dicho Derecho sino organizarlo, ha recibido de la tradición clásica un verdadero sistema jurídico por muy difícil que se hubiera hecho su conocimiento. No se trata de petrificar las instituciones, ni las técnicas, pero todo desarrollo jurídico ha de ser un perfeccionamiento de esa función que motivó la inclusión de la edad en el Derecho matrimonial romano.

A la vista de las disposiciones vigentes que contienen el llamado *impedimento de edad* (art. 46 Cc y c. 1083 CIC), parece incluso que se hayan repartido los dos grandes aspectos de la capacidad natural que la edad presumía: la *debita mentis discretio* para el Código civil<sup>176</sup> al señalar los 18 años como regla general, y la *capacitas corporis* para el CIC por la edad de 16 años para el varón y 14 para la mujer que establece.

### 2.1.1. El Código de Derecho canónico

La doctrina canónica recoge múltiples clasificaciones de los impedimentos, unas contenidas en el cuerpo legal, y otras elaboradas por los autores. La edad en el matrimonio sería un impedimento absoluto –impide con cualquier persona–, temporal –cesa con el tiempo–, público –porque puede probarse externamente por alguno de los medios admitidos en el Derecho– y cierto –que no hay duda sobre el hecho, que será lo habitual, ni sobre la norma–. En el CIC 17, el impedimento de edad era de grado mayor, por la menor facilidad para la dispensa.

El CIC 17 eleva la edad legal en dos años: de los 14 para el varón y 12 para la mujer, se pasa a 16 para el varón y 14 para la mujer, mientras que la edad de la pubertad legal, seguía manteniéndose en los 14 y 12 años (c. 88 CIC 17), creando así un desfase que hizo que buena parte de los autores buscaran un fundamento distinto a la edad legal matrimonial. No se trata propiamente de una antinomia, pues hay razones para interpretar debidamente esa situación. La pubertad legal fue un criterio establecido en la parte general y aplicable por tanto a varias situaciones (c. 1223 § 2 sobre elección de

---

<sup>176</sup> «El criterio de la madurez biológica, que había venido rigiendo históricamente, viene ahora superado por un criterio de madurez psicológica que, a su vez, permite unificar la edad del varón y de la mujer» (J. L. LACRUZ BERDEJO (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro primero del código civil*, Civitas, Madrid 1982, p. 128).

García Cantero se desmarca en este punto de la doctrina mayoritaria: «No puede decirse que con la reforma se haya puesto el acento en la madurez psíquica del contrayente, sino que siguen en pie los fundamentos y explicaciones que anteriormente se daban al requisito de la edad. En primer lugar, presenta ésta un indudable fundamento fisiológico o biológico, pues antes de cierta edad no permite la naturaleza que la unión física se haga con normalidad; bien entendido que ni siquiera dentro de nuestro país la pubertad se alcanza en todas las regiones al mismo tiempo, ni tampoco en los dos sexos. En segundo lugar, como escribe Carbonnier, la edad de la pubertad está fijada en función también de datos psicológicos y consuetudinarios, ya que para el matrimonio hace falta la experiencia de vida. Cabe destacar que nuestro legislador no ha querido expresamente equiparar al edad para casarse con la edad de la mayoría» (G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios a los artículos 42 a 107 del Código Civil*, en M. ALBADALEJO (dir.), *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid 1982, p. 73).

sepultura; c. 860 sobre quienes recae la obligación que tienen de comulgar; c. 167 § 1. 2º, sobre prohibición de voto en las elecciones canónicas; c. 1757 § 1 sobre incapacidad para ser testigos en los juicios; el c. 2230 los excusa de las penas *latae sententiae*), siempre y cuando no existiera una especificación legal para una de ellas, en cuyo caso prevalecería lo especial sobre lo general —era el caso del matrimonio cuya edad fue elevada en dos años—. No obstante, el CIC aclaró la cuestión quitando el criterio de la pubertad legal en la parte general para que fueran las materias específicas las que establecieran lo pertinente<sup>177</sup>. Adelanto que el motivo del cambio legislativo se debe a la distinta apreciación que el legislador canónico de 1917 tuvo sobre los años en que acontecía la pubertad natural, fundamento de la pubertad legal, que como toda edad legal, funciona como una presunción jurídica en el régimen general de capacidad.

En el CIC se mantiene la edad de los 16 años para el varón y 14 para la mujer. En los debates de la fase de redacción aparecen referencias sobre el fundamento natural de la edad legal matrimonial, y que examino a continuación.

En concreto, hay un texto en el que se basa la mayoría de la doctrina canónica para sostener que la edad matrimonial se refiere únicamente a la *capacitas corporis*:

*Iamvero hic canon* (el c. 1083 en el texto finalmente promulgado) *respicit maturitatem biologiam; de maturitate psychologica exstant peculiare canones in capite de consensu*<sup>178</sup>.

En el mismo sentido, hay otra respuesta a quien proponía una equiparación con el Código oriental y en vista de la evolución de la legislación civil: «Maneat canon uti iacet. (...). Agitur de aetate minima requisita, qua adepta, supponitur haberi maturitas saltem biologica necessaria et ius naturale ad matrimonium non potest, sub hoc respectu, plus aequo coarctari. Non expedit ut Codex aetatem superiorem statuatur, praesertim attentis diversis culturis et adiunctis in orbis regionibus. Adsunt alii canones quibus providetur ne matrimonium sine sufficienti maturitate contrahatur (cf. cc. 1025; 1024 § 1.6; 1036 § 2; 1048 § 2; 1050; etc)»<sup>179</sup>.

Estos textos, aisladamente considerados, suponen una triple ruptura: 1) con la teoría sobre la capacidad jurídica y capacidad de obrar, asumida<sup>180</sup> por la codificación canónica; 2) con la regulación de la edad en la parte general del CIC; y 3) con la tradición jurídico-clásica; en este último caso, como criterio interpretativo del sentido literal de los cánones, la tradición canónica prevalece sobre estos comentarios que aparecen en fase de preparación, cuyo único valor es demostrar, en el caso de la edad en el matrimonio, la confusión con la que se afrontó la sistematización. Además, el contenido de la edad no se ha discutido, lo que lleva a pensar que mantiene el sentido

---

<sup>177</sup> Respecto al par púberes-impúberes: «Non habet multos effectus et ansam praebet hodie difficultatibus; praeterea non iam existit in Codicibus civilibus, in quibus —pro materiis in quibus momentum habere posset— statuuntur regulae speciales: ita pro matrimonio, pro subiectione legibus poenalibus, pro testamenti-factione» (Communicationes 21, 1989, p. 37).

<sup>178</sup> Communicationes 9, 1977, p. 360.

<sup>179</sup> Communicationes 15, 1983, p. 228.

<sup>180</sup> Communicationes 21, 1989, p. 35.

recibido del CIC 17 y que la mayoría de la doctrina reconoce como tal: la edad matrimonial comprende juntamente la capacidad psíquica y física.

Hay otro comentario en la dirección contraria –se pasa al criterio moral– con motivo de la discusión sobre la canonización de las leyes civiles en materia de la edad: «Rev.mo septimo Consultori canonizatio non placet, quia leges civiles respiciunt quandam maturitatem socialem nupturientum vel ob alias rationes, puta demographicas, altiore aetate exigere possunt; dum Ecclesia respicit quoque matrimonium quatenus est remedium concupiscentiae»<sup>181</sup>. El remedio de la concupiscencia ni es la única ni la más importante de las razones de la edad en el matrimonio, además de no ser una razón jurídica. En todo caso, este argumento siempre supone que existe la *debita mentis discretio*, cuya necesidad para el consentimiento no es puesta en duda.

Por el contrario, en otro comentario en el que se critica la falta de realismo de una edad legal tan baja, se da por hecho que los que han llegado a la misma (16/14 años) son sujetos hábiles para contraer matrimonio por entrar en juego un cierto elemento intelectual<sup>182</sup>.

Hay otro texto en que se admite la conexión entre la edad, la pubertad y la discreción de juicio: «Alius autem Consultor vult ut distinctis paragraphis sermo sit de morbo mentis et de defectu discretionis quia agitur de vitiis valde diversis. Imo de defectu discretionis forte nihil hic dicendum est, quia talis defectus ordinariae est in iuvenibus usque ad pubertatem, qua adepta iure praesumitur cessasse (como contiene el entonces can. 1082 sobre la no ignorancia en la pubertad)»<sup>183</sup>. Además hay una cierta confusión entre el defecto de discreción de juicio y la no ignorancia.

Esta falta de delimitación en los trabajos preparatorios, no debe ser norma interpretativa de los cánones actuales del CIC: los trabajos de discusión servirán como criterio interpretativo cuando coadyuven con el resto de criterios en la búsqueda del mismo sentido literal del canon; en caso contrario, no son útiles, dada la prioridad que la tradición canónica tiene como marco interpretativo.

Volviendo al texto primero, en virtud del cual la edad sólo se referiría a la capacidad biológica, vemos que también menciona de seguido el verdadero motivo:

*Ceterum cum matrimonium sit ius naturae, non videtur quomodo iure canonico hoc ius limitari possit, ratione aetatis, quando iam partes ad maturitatem sive biologicam sive psychologiam*<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> Communicationes 32, 2000, p. 261.

<sup>182</sup> «Rev.mus tertius Consultor censet dubia moveri posse num iuvenes omnes nostrorum temporum ad talem maturitatem pervenire possint ut *personae iure habiles* ad matrimonium dicantur. Canon enim 1067, dicit Rev.mus tertius Consultor, praesumitur omnes post adeptam aetatem 16 resp. 14 annorum iure habiles esse; in USA autem 11.000.000 fere pueri et puellae carent patre et matre. Tale iuvenes valentne intelligere notiones traditionales matrimonii et familiae? Idem dubium surgit ex praxi late diffusa divortii civilis» (Communicationes 33, 2001, p. 43).

<sup>183</sup> Communicationes 7, 1975, p. 42.

<sup>184</sup> Communicationes 9, 1977, p. 360.

Las materias conectadas con la edad en el matrimonio suponen en primer lugar la *capacitas psychologicam*, y en segundo lugar –por no exigirse en el momento de contraer– la *capacitas biologicam*: es el caso de la dispensa, de la edad exigida para la licitud por las Conferencias episcopales, de la recomendación a los pastores de almas y de toda la tradición jurídica. Es una respuesta que quiere quitarse obviar la petición de elevación de la edad.

Desde otro punto de vista, el c. 1096 § 2 mantiene el criterio de la *pubertad* como momento en que se presume la *no ignorancia* sobre el matrimonio como un consorcio permanente entre un hombre y una mujer, ordenado a la procreación. La *no ignorancia* y la *discretio iudicii* son dos requisitos distintos para el matrimonio<sup>185</sup>: la *discretio iudicii* se refiere a la capacidad para poseer el conocimiento, y la ignorancia a la ausencia del conocimiento del matrimonio. El *defectus discretio iudicii* es un problema de incapacidad del sujeto, con independencia del conocimiento que tenga, y la *ignorancia* designa la ausencia de un conocimiento en un sujeto, con independencia de su capacidad, problema relacionado con la facultad de entender y querer en el primer caso, y con la perfección de la operación intelectual en el segundo<sup>186</sup>. La ignorancia constata un hecho: este sujeto no posee un determinado conocimiento, que sería necesario para contraer matrimonio.

La ignorancia, en los casos normales, no es absoluta, convive con conocimientos ciertos y verdaderos. El transcurrir de los años en los hombres y mujeres provoca que se vayan adquiriendo una serie de conocimientos que van colmando lagunas de ignorancia<sup>187</sup>. Hace falta, al igual que con la discreción de juicio, un criterio temporal que indique cuándo se ha alcanzado el grado de conocimiento mínimo para contraer matrimonio, entendiendo por conocimiento la posesión de la ciencia debida, distinta de la *discretio iudicii*. El c. 1096 § 2 señala la pubertad como el momento en que no se tiene ignorancia. Qué se entiende por pubertad, y cuándo se alcanza, no se recoge en el CIC de 1983, a diferencia de lo que ocurría en el CIC de 1917, donde la pubertad era el

---

<sup>185</sup> «Es preciso destacar que no debe confundirse la discreción de juicio con el conocimiento necesario y suficiente que –para contraer válidamente– debe tenerse sobre el matrimonio. Ni este conocimiento es la discreción de juicio, ni su falta hace en sí misma incapaz al contrayente. La discreción de juicio, ni su falta hace en sí misma incapaz al contrayente. La discreción de juicio consiste en la *capacidad* para poseer ese conocimiento, de modo que se puede ser hábil para adquirirlo –y por lo tanto tener la suficiente discreción de juicio– y sin embargo no poseerlo por diversas circunstancias. La falta de ese conocimiento, presupuesta la capacidad para adquirirlo, es otro capítulo de nulidad: la *ignorancia*» (J. HERVADA *et alii*, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico. III Derecho matrimonial (1)*, Ed. Universidad de Navarra, S.A., Pamplona 1973, p. 377).

<sup>186</sup> «La ausencia de discreción de juicio se refiere a la capacidad del sujeto; la ignorancia, dando por supuesto que el sujeto es capaz, mira a la ausencia del conocimiento que ese sujeto capaz debería tener. El primero es un problema de potencia radical, el segundo es un problema de perfección del acto u operación» (F. GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ, *Ignorancia y consentimiento matrimonial*, Colegio Universitario de León, León 1982, p. 107).

<sup>187</sup> «La ignorancia, dada la imperfección connatural del ser humano, es un estado que no sólo se da con relación a la verdad, antes de que ésta sea percibida, sino también en concomitancia con los estados del entendimiento que suponen alguna percepción de la verdad, algún conocimiento. En realidad, el conocimiento normal puede ser, y de hecho es, un conocimiento incompleto. Es más, posiblemente nunca llegará a ser completo. Ello no quiere decir que dicho conocimiento, por incompleto, sea erróneo necesariamente» (*Ibidem*, pp. 108-109).

criterio de la *discretio iudicii* y de la *no ignorancia*. Actualmente, no se habla de la edad de la pubertad, aunque sí de la edad mínima del matrimonio que ha sido elevada. Hay que reconocerle al 1096.2 una transcendencia jurídica en nuestro asunto: la pubertad no es un criterio del que el CIC haya prescindido, aunque expresamente venga atribuido a una materia distinta.

Apuntaba antes un problema que sigue pendiente. Si antes del CIC 17 la edad en que se podía contraer seguía el criterio de la pubertad, que es mantenida como criterio de capacidad general en el c. 88 § 2 (14/12 años) a la vez que el c. 1067 § 1 establece la edad de 16/14 años, podría parecer, y así lo ha interpretado una parte de la doctrina, que el fundamento de la edad legal matrimonial ha variado, y que el *impedimento de edad* es un instrumento en posesión del legislador para hacer una recomendación normativa sobre el momento a partir del cual se puede contraer, con independencia de la mínima capacidad natural. La jurisprudencia, mayoritariamente, mantiene el criterio de la pubertad<sup>188</sup>, aunque no de forma unánime. Si como afirma Tejero, la jurisprudencia sigue la tradición plurisecular de identificar la madurez mental mínima con la pubertad legal, igual tradición plurisecular es identificar en el matrimonio la pubertad legal con la edad núbil; el problema es que la edad núbil ha cambiado en el CIC 17, y ha generado dudas al respecto, solucionadas por el CIC (1983), que al no mencionar la pubertad legal, permite que ésta sea tomada como un criterio flexible capaz de seguir la capacidad natural que la concreta situación presupone, sea a una edad o a otra<sup>189</sup>. La nueva regulación permite decir que son púberes para el matrimonio, los varones a los 16 y las mujeres a los 14<sup>190</sup>. D'Ors interpreta así la reforma del CIC que elimina la discrepancia:

*El nuevo Codex ha hecho muy bien en eliminar la antigua discrepancia inexplicable entre la pubertad (14/12) y la edad núbil (16/14); pero este último término sigue siendo, en verdad, el de la pubertad, aunque se haya diversificado como 16 ó 14 (y no ya por razón de sexo) a otros efectos legales. (...). La pubertad está ahí, inevitablemente, porque la pubertad quiere decir aptitud para el matrimonio, la edad núbil: un hecho natural del que el Derecho no puede*

---

<sup>188</sup> «Si tenemos en cuenta que la capacidad jurídica para consentir (capacidad de obrar la hemos llamado nosotros en la primera parte haciéndonos eco de la clásica distinción doctrinal entre capacidad jurídica y capacidad de obrar) no admite grados, sino que su existencia origina, con la eficacia primordial que le es propia, la existencia del vínculo matrimonial, comprenderemos por qué las decisiones rotales, sobre causas de nulidad por enfermedad mental, acogen la presunción señalada en el c. 1082. 2 como manifestación de que la discreción de juicio propia de la pubertad es la medida adecuada de la capacidad consensual: 'Ad validum igitur matrimonium contrahendum ea requiritur contractus intelligentia, quae ordinarie habetur in puero quattuordecim annorum'» (E. TEJERO, *La discreción de juicio para consentir en matrimonio*, en «Ius Canonicum», Vol. XXII, nº. 44, Pamplona 1982, p. 436).

<sup>189</sup> «Puede haber sucedido que el mismo legislador haya mostrado cierto recelo a identificar la pubertad con la edad de catorce y doce años, por entender que estos guarismos son de naturaleza versátil al no coincidir en cada individuo» (J. BORRERO ARIAS, *Consideraciones generales de la edad en el código de derecho canónico de 1983*, en *Dimensiones jurídicas del factor religioso. Estudios en homenaje al prof. López Alarcón*, Universidad de Murcia, Murcia 1987, p. 95).

<sup>190</sup> Borrero Arias, después de exponer la postura de los diferentes autores, explica, que «más bien se podría afirmar que se trata de un lapsus o quiebra 'voluntarios', recurriendo a la pubertad (el c. 1096 § 2) exclusivamente a efectos matrimoniales, para así salir airoso en un tema ya de por sí delicado y, sobre todo, de gran protagonismo a lo largo de la historia» (J. BORRERO ARIAS, *Consideraciones generales de la edad en el código de derecho canónico de 1983*, en *Dimensiones jurídicas del factor religioso. Estudios en homenaje al prof. López Alarcón*, Universidad de Murcia, Murcia 1987, p. 95).



*prescindir. Y aquí no ha habido cambio: tanto el antiguo canon 1067.1, como el nuevo canon 1083 ponen la edad núbil en los 16 años para el marido y los 14 para la mujer. Es claro que ése es ahora el límite de la pubertad (para la mujer, las antiguas fuentes hablaban de viripotencia)<sup>191</sup>.*

Hay un texto importante, en que se atribuye a la pubertad la determinación del momento inicial de la discreción de juicio:

*Exc. Mus secundus Consultor vult in distinctis paragraphis sermo sit de morbo mentis et de defectu discretionis quia agitur de vitiis valde diversis. Imo de defectu discretionis forte nihil hic dicendum est, quia talis defectus ordinariae est in iuvenibus usque ad pubertatem, qua adepta iure praesumitur cessasse (c. 1082)<sup>192</sup>.*

Otro enfoque para hallar el fundamento de la edad es atender al c. 1095, al que enviaba “todo” lo que se refería a la capacidad psicológica el texto<sup>193</sup> considerado al iniciar el apartado. Observando el proceso de formación de este canon, vemos que atiende a la influencia que las enfermedades psicosomáticas puedan tener en la capacidad para consentir –no a la determinación de la capacidad psíquica mínima del que va alcanzando una madurez por medio de la edad–. Se desprende de la fase de codificación del c. 1095, que se quiere dotar de soporte legal a los criterios que durante años está siguiendo la jurisprudencia de la Rota romana, para alcanzar así una aplicación general y una mayor seguridad jurídica; esto nos lleva a interpretar el c. 1095 en deuda con la jurisprudencia anterior, según las *mens legislatoris*<sup>194</sup>. El c. 1095 no pretende determinar la madurez psicológica inicial –y por lo tanto mínima–, la cual no se extrae por contraste con las enfermedades, sino de las condiciones normales de desarrollo del hombre y de la mujer. El cometido de la edad legal matrimonial, si bien se refiere a la *discretio iudicii* de la que habla el c. 1095, tiene un ámbito propio de actuación: no es la falta de la discreción de juicio provocada por una enfermedad mental o trastorno psíquico, sino el que tiene su origen en la falta de desarrollo natural por falta de edad. Además, la edad legal tiene el valor de marcar el momento a partir del cual se puede ejercer el *ius connubii*.

El c. 1095 es una tipificación de la jurisprudencia previa sobre la materia. La jurisprudencia resuelve los litigios presentados para resolver una controversia, acabando el pronunciamiento al decir cuándo *no* hay capacidad. Por mucho que se avance en la determinación de lo que no es capacidad matrimonial con fundamento en informes periciales, siempre habrá que fijar el momento inicial en que acontece, y ésto es propio de la edad legal. Si no se señalara la edad, y nos atuviéramos al c. 1095, se podría dar entrada a la exigencia de informes periciales para contraer matrimonio en la fase de preparación, lo que supone una limitación al ejercicio del *ius connubii* que no estaría

---

<sup>191</sup> D' ORS, A., *Tres notas sobre el nuevo Derecho matrimonial canónico*, en *La Ley*, 31 de enero de 1984, año V, núm. 863, p. 1.

<sup>192</sup> Communicationes 33, 2001, p. 227.

<sup>193</sup> Communicationes 9, 1977, p. 360.

<sup>194</sup> «Huic Coetui tamen non licet eandem solutionem sequi, quia nunc habentur indicationes iurisprudentiae et doctrinae quiquaginta annorum. Ex his indicationibus enucleare oportet normam aliquam quae novum caput nullitatis describat, ita ut modo univoco varii casus solvantur» (Communicationes 33 2001, p. 229).

justificada fuera de los casos dudosos, porque no se parte de la presunción de capacidad matrimonial, sino de la duda. El c. 1095, fuera del ámbito procesal, es inadecuado para determinar la capacidad mínima necesaria para contraer matrimonio; en tanto que trata de la incapacidad, remarca legislativamente, de modo más preciso, el contorno de la esfera de la capacidad matrimonial señalando los límites externos a la misma.

A la desconexión de la edad legal con la capacidad matrimonial –sobre todo con la *discretio iudicii*–, ha contribuido además la interpretación que se ha dado a la supresión de la cláusula *nisi malitia suppleat aetatem*. El recurso a la *malitia*, permitía destruir la presunción jurídica de capacidad de obrar matrimonial y por lo tanto contraer matrimonio una vez acreditada que la capacidad natural acontecía antes de la edad legal.

Esta cláusula, mostraba por un lado, que la edad se refería sobre todo a la capacidad psicofísica –por *malitia* se entiende *vigor naturae et rationis*<sup>195</sup>, pero sobre todo *discretio iudicii* o *prudentia* o *sagatia*–:

*Nomine malitiae suppletis aetatem ad matrimonium petitam comprehendere potentiam ad copulam ac prudentiam ac discretionem ad intelligendam consensus coniugalis vim*<sup>196</sup>.

Y por otro lado, que la edad operaba como una presunción *iuris tantum*, permitiendo la prueba en contrario: «La prova giudiziaria della *malitia* dovesse essere comprensiva non solo della *capacitas corporis*, ma anche della *capacitas animi* del coniugato citra legitimam aetatem»<sup>197</sup>. Al suprimirla se ha hecho más difícil detectar la naturaleza jurídica de la edad como presunción jurídica de capacidad, enfocándola algunos autores a una mera disposición legislativa a modo de recomendación sin conexión con la capacidad natural.

Tanto la elevación de la edad en dos años, como la supresión de la cláusula *nisi malitia suppleat aetatem*, como la jurisprudencia entre el CIC 17 y el CIC, nos plantean varias preguntas: ¿cuál es el motivo de esas reformas?, ¿por qué la elevación de la edad impidiendo el recurso a la excepción?, ¿qué es lo que lleva al legislador a pensar que la

---

<sup>195</sup> El texto de Santo Tomás de Aquino en su *Comentario a las sentencias de Pedro Lombardo*, en el Libro IV, 36.1.5 es el siguiente: «Quod matrimonium, cum fiat per modum contractus cuiusdam, ordinationi legis positivae subiacet, sicut et alii contractus; unde secundum iure determinatum est quod ante illud tempus discretionis quo uterque possit de matrimonio sufficienter deliberare, et debitum sibi invicem reddere, matrimonia non contrahantur; et si non ita facta fuerint, dirimuntur. (...) si aliquis ad perfectionem debitam ante tempus praedictum perveniat, ita quod vigor naturae et rationis, defectum aetatis suppleat, matrimonium non dissolvitur; (...) ex parte ista non solum est impedimentum propter impotentiam coeundi, se propter defectum rationis, quae adhuc non sufficit ad consensum illum rite faciendum qui perpetuo durare debet».

<sup>196</sup> X. 4. 2.

<sup>197</sup> P. A. D'AVACK, *Il "defectus aetatis" nelle fonti e nella dottrina matrimoniale classica della Chiesa*, en *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli, Volume primo*, Unione tipografico-Editrice Torinese, Torino 1960, p. 389-390.

«Le droit canonique défendait bien de contracter mariage avant la puberté; mais si, en fait, cette prohibition n'avait pas été respectée et que l'impubère marié eût été, d'un côté, physiquement capable d'établir les relations sexuelles avec son conjoint, et, d'autre part, moralement capable de bien comprendre l'acte qu'il accomplissait, *doli capax*, le mariage était reconnu valable; la présomption cédait devant la vérité» (A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique. Tome premier*, Burt Franklin, New York 1968, réimpression, p. 212).



capacidad mínima para contraer acontece más tarde?, ¿sigue la edad conectada con la capacidad natural?

Hasta ahora, como señala Amerisio, se había visto la naturaleza humana en sus elementos esenciales desde una perspectiva estática, en parte porque las circunstancias sociales no habían cambiado en este punto:

*Cuando se dice que la pubertad era tenida en cuenta por la tradición como ‘regla de normalidad natural’, se quiere indicar que la misma naturaleza concretaba a los canonistas cuáles eran los elementos de la capacidad que vienen dados por la maduración de la persona humana al alcanzar la edad de la pubertad, es decir, la discreción de juicio, la capacidad generativa y la inclinación natural. Una consecuencia de esa ‘naturalidad’ de la norma de la pubertad estaba en que era considerada una medida de capacidad universal. Es decir, la pubertad es un proceso que, aunque de acuerdo a la influencia de diversos factores, se repite en la generalidad de los casos, en el género humano*<sup>198</sup>.

Pero ahora entra en consideración la historicidad de la naturaleza humana, o como lo llama Amerisio, la *regla de la normalidad social*:

*Junto a esta realidad natural que la tradición había adoptado como medida de madurez personal existía, además, la realidad social. Es decir, el resultado de la suma de las conductas individuales de los seres humanos, de la que el canonista puede extraer la segunda regla de normalidad: la llamada normalidad social, sociológica o positiva. En cierto modo también se podía predicar la universalidad de esta regla. Es decir, no tanto desde el punto de vista de la connaturalidad respecto al hombre sino desde la perspectiva de la generalidad con que se cumplen en la sociedad esos comportamientos*<sup>199</sup>.

Ahora toca armonizar ambas reglas de normalidad –natural y social–, y ver cuál es la técnica más apropiada. En cierta medida, la naturaleza jurídica de la edad como presunción jurídica conjuga en su estructura las dos: la atención a la generalidad de los casos –regla de normalidad social– y la atención al caso concreto –regla de normalidad natural–. No es que se haya atenuado la *regla de la normalidad natural*, sino que ha sido enriquecida con elementos que se insertan en la naturaleza del hombre teniendo en cuenta su historicidad. No se trata de un historicismo, sino de la misma naturaleza real del hombre, no abstracta sino en el tiempo. La historia y la cultura influyen en las facultades más características del hombre. Si bien admite Amerisio cierta entidad, no deja de considerarla como algo social, externo, estadístico, haciendo recaer el fundamento del impedimento de edad sólo sobre la normalidad natural, o mejor dicho, sin considerar lo natural influenciado por lo social.

La edad como presunción jurídica justifica las reformas anteriores –elevación de la edad en dos años y supresión de la cláusula *nisi malitia suppleat aetatem*–, sin necesidad de admitir cambios en su fundamento ni de buscar una nueva *ratio iuris*. Basta con tener en cuenta que la *madurez personal* –mínima– no es abstracta, sino sometida a variaciones por influencia de factores sociales; dichas variaciones han sido incorporadas al Derecho por medio de una presunción jurídica de capacidad

<sup>198</sup> F. J. AMERISIO, *El fundamento del impedimento de edad. Evolución histórica y doctrinal*, Ateneo Romano Santa Cruz, Roma 1985, p. 153.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 153.

matrimonial en el caso de la edad. Ese es el motivo del c. 1083 CIC –anterior c. 1067 CIC 17–, donde se refleja el nuevo equilibrio al que ha llegado la *regla de la normalidad mínima* que establece la edad legal matrimonial: se asumen las influencias que los factores sociales han tenido en la capacidad natural, fundamento de edad legal.

Los factores sociales incorporados por el CIC 17 son, únicamente, los que afectan a la *sufficiens discretio iudicii*<sup>200</sup>, necesaria para prestar el consentimiento, elemento constitutivo de todo matrimonio. El CIC evita la clasificación entre púberes e impúberes de la parte general, ya que los factores sociales influyen de modo distinto a las materias en las que era de aplicación dicho criterio de capacidad. Por eso, serán las concretas materias las que establezcan la edad oportuna.

### 2.1.2. El Código civil

El Código civil ha conocido dos regulaciones distintas sobre el requisito de la edad matrimonial: uno, con la redacción originaria, y otro, por la reforma de la Ley 30/1981. El primero de ellos, mantenía la tradición jurídica: los 14 años para el varón, y 12 para las mujeres –art. 83. 1.º–, contrapesado con la necesidad de la «licencia» –término utilizado hasta la Ley de 24 de abril de 1958, que prefiere hablar de «permiso de los padres o sustitutos»– de los artículos 45 a 50 para la licitud del matrimonio. La regulación actual, permite contraer matrimonio a las siguientes edades<sup>201</sup>:

A partir de los 18 años (mayoría de edad), que viene a ser la regla general: no exige ningún requisito adicional como las anteriores licencias o permisos (art. 46. 1º).

A partir de los 16 años por la emancipación, obtenida por declaración judicial, concesión de los padres, o vida independiente con el consentimiento de los padres (artículos 46. 1º, y 314 a 324).

A partir de los 14 años, por la emancipación lograda por matrimonio previo en el que medió la dispensa (art. 48 y art. 316), o si se ha obtenido dispensa (art. 48).

El Código civil aúna en el mismo requisito de la edad distintas valoraciones. En primer lugar, al tener en cuenta la mayoría de edad, que es la regla general, opta por exigir en el matrimonio el mismo régimen general de capacidad exigido para el resto de

---

<sup>200</sup> «Post pubertatem non praesumitur partes ignorare matrimonium esse societatem permanentem inter virum et mulierem ad filios procreandos, quod iure naturae sufficit ad matrimonialem consensum; sed nihilominus Ecclesia iure meritoque maiorem aetatem exigit pro matrimonii validitate, quia mentis discretio necessaria, si ante hanc aetatem habetur, debilis est, et matrimonii usus sanitati et parentum et filiorum valde nocere solet» (P. CARD. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, Vol. I, Typis Polyglottis Vaticanis, Vaticano 1932, p. 291).

<sup>201</sup> «En último término, el criterio del legislador es fijar la capacidad natural para contraer matrimonio –la edad núbil– en los catorce años, y eso es lo que explica que se permita contraer matrimonio sin dispensa a los menores emancipados, pues, una vez alcanzada esa capacidad natural, es razonable atribuir la necesaria madurez de juicio a quien puede regir su persona «como si fuera mayor» (art. 323 Cc)» (P. DE PABLO CONTRERAS, *El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio*, en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.), *Curso de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia*, Colex, Madrid 2011, 3ª ed., p. 110).

los contratos (18 años), a la vez que convierte al impedimento de edad en una *recomendación legal* por la relevancia social del matrimonio. Aquí, la capacidad natural deja de ser decisiva para entender la *ratio iuris* de la edad legal.

En segundo lugar, en lo que respecta a la emancipación conseguida por cualquiera de los caminos a partir de los 16 años, la edad cumple, por una parte, la misma función que la anterior –recomendación legal–, al permitir el ejercicio del *ius connubii* con dos años menos como máximo, debido a las *seguridades* que rodean la decisión de contraer matrimonio, y que varían en función del cauce por el que se ha conseguido la emancipación. Estas cautelas son el consentimiento de los padres o la declaración judicial favorable sobre la vida independiente, el examen judicial previo sobre la capacidad de los contrayentes –con informes periciales si es preciso–, y la audiencia al menor y a sus padres que se exigen en la dispensa –en la emancipación por matrimonio anterior–. Por otra parte, se considera en último término, que una vez cumplidas las condiciones previstas por el Código civil, un emancipado de 16 años dispone de la capacidad natural para contraer matrimonio, y que todas aquéllas seguridades, no van dirigidas tanto a la protección del matrimonio –que se contraiga por quien tiene la capacidad mínima–, cuanto a la protección de la unidad familiar –a la vista del protagonismo de los padres en la emancipación y en la dispensa–.

En tercer lugar, el art. 48 permite contraer matrimonio al mayor de 14 años y menor de 16; el fundamento de esta norma es la capacidad natural mínima que viene presumida a esa edad legal. Aquí no se tienen en cuenta otros factores. Por último, no es posible acceder al matrimonio antes de los 14 años, porque se considera que nunca se tiene la capacidad natural mínima; aquí aparece la edad como presunción legal *iuris et de iure*. El abanico de posibilidades que hay entre los 14 y los 18 años, permite detectar un doble fundamento en la regulación de la edad matrimonial –la mínima capacidad natural, y lo conveniente–, con distinta prevalencia de uno sobre el otro según los casos. Esto lleva a una doble naturaleza jurídica de la regulación de la edad: por un lado, la presunción de la mínima capacidad natural<sup>202</sup>, y por otro lado, la recomendación legal y positivista de la edad matrimonial. Martínez de Aguirre Aldaz considera que el criterio de más importancia en el conjunto de la regulación de la edad es la capacidad natural:

*En último término, el criterio del legislador es fijar la capacidad natural para contraer matrimonio –la edad núbil– en los catorce años, y eso es lo que explica que se permita contraer matrimonio sin dispensa a los menores emancipados, pues, una vez alcanzada esa capacidad natural, es razonable atribuir la necesaria madurez de juicio a quien puede regir su persona «como si fuera mayor» (art. 323 Cc)*<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> «En último término el criterio del legislador es fijar la capacidad natural para contraer matrimonio –la edad núbil– en los catorce años, y eso es lo que explica que se permita contraer matrimonio sin dispensa a los menores emancipados, pues, una vez alcanzada esa capacidad natural, es razonable atribuir la necesaria madurez de juicio a quien puede regir su persona ‘como si fuera mayor’» (P. DE PABLO CONTRERAS, *Comentario al art. 46 Cc*, en *Código civil comentado. Vol. I*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra 2011, p. 353).

<sup>203</sup> P. DE PABLO CONTRERAS, *El matrimonio como acto jurídico. La nulidad del matrimonio*, en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ (coord.), *Curso de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia*, Colex, Madrid 2011, 3ª ed., p. 110.

## 2.2. La dispensa de la edad

Cc	Antes de la codificación	CIC
No había posibilidad de dispensa anterior. (red. originaria)	<i>Nisi malitia suppleat aetatem</i> (X. 4, 2, 9).	C. 1078: “§ 1. Exceptuados aquellos impedimentos cuya dispensa se reserva a la Sede Apostólica, el Ordinario del lugar puede dispensar de todos los impedimentos de derecho eclesiástico a sus propios súbditos, cualquiera que sea el lugar en el que residen, y a todos los que de hecho moran en su territorio”.
<b>Ley 30/1981</b>	<b>CIC 17</b>	
Art. 48: “El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes”.	C. 1040: “Fuera del Romano Pontífice, nadie puede abrogar o derogar los impedimentos de derecho eclesiástico, ya sean impeditentes, ya dirimentes; ni tampoco dispensarlos, a no ser que por derecho común o por indulto especial de la Sede Apostólica se le haya concedido esta facultad”.	

La dispensa de la edad tiene la misma finalidad en ambos ordenamientos: permite, mediante la relajación de la ley para un caso concreto, el ejercicio del *ius connubii* a quien pruebe tener la capacidad mínima matrimonial.

La cláusula *nisi malitia suppleat aetatem* permitía en el Derecho anterior<sup>204</sup> contraer matrimonio por debajo de la edad legal a quien acreditara dicha capacidad mínima<sup>205</sup>; así lo refiere Conte a Coronata en el siguiente texto:

*Haec autem clausula referebatur cum ad discretionem mentis seu iudicii sufficientem ad consensum matrimonialem ponendum, tum ad actualem capacitatem generandim, quae si haberentur ante aetatem pubertatis iuridicae seu a iure iuris praesumptione statuta, eo ipso impedimentum cessabat et sola declaratio de facto cessationis, non vera dispensatio necessaria erat ex parte Episcopi aut, ad maiorem sollemnitatem, Romani Pontificis*<sup>206</sup>.

Esta cláusula despliega ahora sus efectos en el Código civil y en el CIC a través del mecanismo de la dispensa del *impedimento de edad* aunque con algunas

<sup>204</sup> De vigencia inmemorial en el Derecho canónico, se recoge por primera vez en la decretal *De illis* de Alejandro III: «Si ita fuerint aetati proximi, quod potuerint copula carnali coniungi, minoris aetatis intuitu ab invicem separari non debent, si unus in alium visus fuerit consensisse, quum in eis aetatem supplevisse malitia videatur» (X. 4. 2. 9); la *Glossa Ordinaria* especificaba en la decretal *A nobis*, que «matrimonium non semper consideratur secundum annos: quia aliquando carnalis commixtio anticipat aetatem, et inducit matrimonium praecedentibus sponsalibus, et malitia etiam supplet aetatem» (X. 4, 2, 8, v.).

<sup>205</sup> «El legislador, consciente de que *praecepta iuris positivi sequuntur id quod est in pluribus*, estableció que si se alcanza con anterioridad la madurez requerida *ita quod vigor naturae et rationis, defectum aetatis suppleat, matrimonium non dissolvitur* ( cita de Santo Tomás, en el *Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo* X, IV, 2, 9; X, IV, 2, 14) (E. TEJERO, *La discreción de juicio para consentir en matrimonio*, en «Ius Canonicum», Vol. XXII, n.º. 44, Pamplona 1982, p. 433).

<sup>206</sup> M. CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici. De sacramentis. Tractatus canonicus. Vol. III*, Marietti, Casali 1957, 3ª ed., p. 363.

limitaciones. La codificación reduce al máximo el recurso al caso concreto –más el Código civil que el CIC– para garantizar una mayor seguridad jurídica. En todo caso, la finalidad de la excepción y de la dispensa sigue siendo el mismo: facilitar el ejercicio del *ius connubii* desde el mismo instante en que existe capacidad natural, aunque con procedimiento distintos.

En el Código civil y en el CIC se requiere para la concesión de la dispensa acreditar la existencia de *justa causa*, cuyo núcleo es la *discretio iudicii* según afirma la doctrina mayoritaria<sup>207</sup>, entre ellos Bernárdez Cantón:

«Para la concesión de la dispensa es necesario que exista la capacidad natural y, concretamente, el suficiente grado de discernimiento necesario para la emisión del consentimiento matrimonial»<sup>208</sup>.

Y la misma DGRN en la resolución de 27 de mayo de 1994:

<sup>207</sup> A continuación, se recogen varios textos sobre el contenido de la dispensa:

«Ecclesia ab hoc impedimento potest dispensare quatenus est iuris ecclesiastici, scilicet dummodo utraque pars iudicii maturitate polleat iure naturali requisita, quamvis careat actuali potentia generandi» (P. CARD. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, Vol. I, Typis Polyglottis Vaticanis, Vaticano 1932, p. 296), citando a *Magne Nobis*, de Benedicto XIV.

Wernz-Vidal recogen la misma afirmación: «Quare deficien deficiente iudicii discretionem ex iure naturali ad consensum matrimonialem requisita, in quacumque aetate hoc accadat, validum matrimonium iniri nequit, ideoque independenter ab impedimento aetatis, nec defectus est dispensabilis» (F. X. WERNZ-VIDAL, *Ius canonicum. Tomo V. Ius matrimoniale*, Universitatis Gregorianae, Romae 1925, p. 235-236).

«Si sola actualis potentia generandi deficiebat, data maturitate iudicii dispensatio Romani Pontificis obtineri poterat; data, e contra, capacitate ad compulam at deficiente discretionem, dispensatio erat impossibilis, quia ius naturale obstat» (I. CHELODI, *Ius matrimoniale iuxta Codicem Iuris Canonici*, Tridentum, Tridenti 1921, 3ª ed., p. 67).

«Sólo el Papa puede otorgar dispensa cuando existan las condiciones naturales de un matrimonio válido» (A. KNECHT, *Derecho matrimonial católico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1932, p. 255).

«R. Pontifex, supposita iudicii sufficienti discretionem, dispensare valet super aetatis impedimento, seu quatenus est iuris ecclesiastici; deficiente iudicii maturitate, dispensare nequit, quia est iuris naturalis» (F. M. CAPELLO, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis. Vol. V.- De matrimonio*, Marieti, Romae 1950, 6ª ed., p. 346).

«En materia de dispensa, el límite insuperable es la natural *discretio iudicii*, que es necesaria para que pueda prestarse un consentimiento matrimonial suficiente y válido» (F. DELLA ROCCA, *Manual de derecho canónico I*, Ed. Guadarrama, Madrid 1962, p. 370).

«Para su válida concesión, se requiere siempre la suficiente madurez de juicio para la prestación del consentimiento, la cual se presume después de alcanzar la pubertad, y sin la cual, por otra parte, tampoco sería válido el matrimonio acaso contraído después de cumplida la edad legítima, independentemente del impedimento de edad» (J. M. MANS PUIGARNAU, *Derecho matrimonial canónico. Vol. I*, Bosch, Barcelona 1959, p. 156).

«L'impedimento del difetto di età non è riservato alla Sede Apostolica: può dispensare da esso anche l'Ordinario del luogo (...) sempre che ci siano dubbi sulla maturità psicologica del contraente» (L. CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, ed. Dehoniane, Roma 1990, p. 121).

«En todo caso, para la concesión de la dispensa es absolutamente necesario que exista el suficiente grado de discernimiento para la válida emisión del consentimiento matrimonial» (M. LÓPEZ ALARCÓN *et alii*, *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, Tecnos, Madrid 1989, 3ª ed., p. 104).

También Montserrat Perales: «No se concede la dispensa, por parte del Ordinario, a la mujer antes de los 14 años y al varón antes de los 16 para celebrar matrimonio, sin justa causa y sin comprobar que tienen suficiente grado de discreción de juicio para poder dar un consentimiento válido» (M. A. JUSDADO RUIZ-CAPILLAS *et alii*, *Derecho matrimonial canónico y eclesiástico del Estado*, Colex, Madrid 2008, 3ª ed., p. 80).

<sup>208</sup> A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de derecho matrimonial canónico*, Tecnos, Madrid 1986, 5ª ed., p. 70.



*Se justifica la dispensa porque el legislador parte de la base de que a partir de los catorce años de edad existe capacidad natural para contraer matrimonio, y esta deducción viene apoyada también por la existencia de dispensas ulteriores al matrimonio y por la posible convalidación ex lege del matrimonio de un menor*<sup>209</sup>.

No sólo la regulación jurídica de la edad, sino también la normativa a ella conectada como la dispensa, tienen el fundamento en esta capacidad natural para el matrimonio. La dispensa sigue permitiendo la admisión de la prueba en contrario como un aspecto propio del carácter *iuris tantum* que tiene la edad como presunción jurídica; en este punto, el Derecho canónico corrigió el carácter *iuris et de iure* del Derecho romano. D'Avack nos habla en el siguiente párrafo de la edad como presunción *iuris tantum*:

*Ora, pur accogliendo in linea di principio il concetto romano della 'pubertas legalis (praesumptio iuris et de iure)', la dottina canonista, specie sul primo momento, non seppe rinunciare completamente all'opposta concezione della 'pubertas realis' e attribuì pertanto 'all'aetas legitima' il valore di una semplice 'praesumptio iuris tantum' della pubertà, che ammetteva, come tale, la prova in contrario e che doveva cedere veritati*<sup>210</sup>.

La regulación canónica y la regulación civil admiten la dispensa anterior a la celebración del matrimonio, mientras que en el Código civil se permite también la dispensa ulterior –además de la revalidación por convivencia–. La dispensa civil puede concederla el Juez de 1ª Instancia mediante auto (art. 48 Cc), mientras que la DGRN se encarga de la resolución de los recursos presentados contra la decisión del juez. En el matrimonio canónico la dispensa compete al Ordinario del lugar (cc. 1078 y 1079).

La dispensa del Código civil y la del CIC, a pesar de los puntos en común, tienen distinto alcance. El Código civil, que impide contraer matrimonio a «los menores de edad no emancipados», restringe la posibilidad de dispensa a partir de los 14 años; este límite no admite prueba en contrario y actúa por tanto como presunción *iuris et de iure*, aunque queda *mitigada* toda vez que el matrimonio contraído por un menor de 14 años no sería inexistente, ni radicalmente nulo, sino anulable, admitiendo su revalidación por la convivencia de un año (art. 75. § 2<sup>211</sup>) después de alcanzada la mayoría de edad sin haber pedido la nulidad. Una vez superada la edad de 14 años, sí se admite la prueba de la capacidad exigida para contraer matrimonio.

En el CIC se permite la dispensa (c. 1078) sin fijar límite alguno por debajo del cual sea imposible reconocer la capacidad natural para consentir, manteniendo siempre el carácter *iuris tantum*. Además, por el carácter realista del Derecho canónico y la indisolubilidad natural, el matrimonio nunca es anulable. Sí prevé como efectos

<sup>209</sup> Resolución DGRN de 27 de mayo 1994, y cfr. Resoluciones de la DGRN de 12 de marzo de 1994 y 25 de enero de 1985 (citadas por P. DE PABLO CONTRERAS, *El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio*, en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, (coord.), *Curso de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia*, Colex, Madrid 2011, 3ª ed.).

<sup>210</sup> P. A. D'AVACK, *Il "defectus aetatis" nelle fonti in ella dottrina matrimoniale classica della Chiesa*, en *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli, Volume primo*, Unione tipografico-Editrice Torinese, Torino 1960, p. 386.

<sup>211</sup> «Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla».



sancionadores la nulidad, y la ilicitud, aunque la última no faculta nunca a pedir la nulidad del matrimonio. Si un éste es contraído con un impedimento dispensable, es nulo, y habrá que acudir a la convalidación simple o a la sanación en la raíz.

Es preciso un estudio de la *justa causa* como criterio que el Código civil y el CIC utilizan para la concesión de la dispensa, y para comprobar, que en su núcleo, tiene un contenido equivalente a la cláusula *nisi malitia suppleat aetatem*, entendiendo por *malitia* esa capacidad psicofísica<sup>212</sup> que ha de estar en la base de todo consentimiento.

### 2.2.1. El Código civil

Las resoluciones de la DGRN sobre la oportunidad de la dispensa consideran, en primer lugar, la capacidad natural que se comprueba por la declaración del interesado ante el Juez encargado del RC, y por el expediente previo –donde se puede acudir a informes periciales–. La existencia de *justa causa* (art. 48) se verifica cuando «de las comparecencias correspondientes ante el Juez, se desprende que no hay presión ni coacción de nadie para que (el/) la menor contraiga el matrimonio, y que ésta (/e) conoce perfectamente la institución matrimonial, (...); su apreciación (del juez que denegó la dispensa) es meramente subjetiva y está contradicha por el resultado objetivo de las pruebas practicadas»<sup>213</sup>; se contiene una vaga referencia a la libertad y madurez de los contrayentes.

Una vez confirmada la concurrencia de la capacidad mínima en el caso concreto, se puede denegar la dispensa por razones ajenas a la capacidad de los contrayentes y por tanto al fundamento de la regulación jurídica de la edad en el matrimonio. Además del consentimiento de los padres, que decide prácticamente el sentido de la resolución judicial, y de la conformidad del Ministerio Fiscal<sup>214</sup>, se han añadido como elementos de la *justa causa*, unos requisitos extraños a la capacidad de obrar propia del *ius connubii*, como tener trabajo estable, una casa propia<sup>215</sup>, no haber terminado los estudios<sup>216</sup>, dificultad para la crianza de los hijos –anteriormente se admitía en el ámbito

---

<sup>212</sup> «L'*impedimentum dirimens ex defectu aetatis* solo condizionatamente, cioè, come si diceva con espressione técnica, *nisi malitia suppleat aetatem*, vale a dire solo subordinatamente alle due concorrenti condizioni dell'effettiva deficienza nel soggetto sia della *maturitas iudicii ad contractum intelligendum et eligendum*, sia insieme della *potentia actualis ad copulam perfectam habendam*» (P. A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico. Il matrimonio. I. Edizione provvisoria per gli studenti*, Giuffrè Ed., Milano 1961, p.182).

<sup>213</sup> Resolución de la DGRN de 28 de diciembre de 1987.

<sup>214</sup> «Teniendo en cuenta que tanto el padre como el Fiscal consideran que es conveniente que la menor no interrumpa sus estudios y que ambos manifiestan su oposición al pretendido matrimonio, es procedente el criterio del Encargado de entender que no existe *justa causa* para conceder la dispensa de edad» (Resolución de la DGRN de 29 de abril de 2000).

<sup>215</sup> «Si bien la sola alegación de que la pareja se quiere no es suficiente, sí que han de ser bastantes las alegaciones sobre la diferencia de religión, sobre el hogar propio de los interesados y sobre el trabajo estable del contrayente, máxime cuando los padres de uno y otra han prestado su consentimiento al matrimonio proyectado» (Resolución de la DGRN de 4 de septiembre de 2001).

<sup>216</sup> Cfr. Resolución de 29 de abril del 2000.

civil el matrimonio reparador<sup>217</sup>—. Todos estos requisitos no se siguen la *ratio iuris* de la edad matrimonial, y se introducen injustificadamente por vía de la dispensa. Con esto se puede llegar al siguiente caso: el menor emancipado de 16 años, que no necesita pedir dispensa, puede contraer matrimonio sin necesidad de cumplir algunos de los requisitos que la DGRN establece en sus resoluciones para un menor de 17 años no emancipado. A mi juicio, es una vulneración del *ius connubii*, cuyo ejercicio se debe facilitar todo lo que sea posible conforme a los criterios que la edad presume y no otros.

Bercovitz pone de manifiesto la diversidad e imprecisión en el contenido de la justa causa: «Quien solicite la dispensa deberá acreditar los motivos de índole personal, familiar o social que invoque, y que pueden configurar la justa causa requerida para conceder la dispensa. (...). La dispensa del impedimento de edad no es general, sino especial: sólo permite al menor contraer el matrimonio con una concreta persona, y no con cualquiera»<sup>218</sup>.

Es preciso recordar, que al tratarse de un derecho constitucional, ha de ser regulado por ley «que en todo caso deberá respetar su contenido esencial» (art. 53.1 CE). La edad, ha tenido como función jurídica señalar ese *contenido esencial* del *ius connubii*; ahora, por vía de la dispensa se exigen requisitos que no están en la ley ni pertenecen al mismo. El criterio para conceder la dispensa es ver si existe la capacidad natural que subyace en el impedimento de edad —de lo que depende el consentimiento necesario para contraer matrimonio—, y no deberían admitirse en este punto situaciones contrarias al fundamento de la edad legal matrimonial. En todo caso, la prueba de la debida madurez no se admite en el Código civil por debajo de los 14 años, tanto para varones como para mujeres, por exigencias del principio de legalidad<sup>219</sup>.

### 2.2.2. El Código de Derecho canónico

En el ámbito canónico, los impedimentos se dividen en aquéllos que son de Derecho divino y los que son de Derecho eclesiástico, indispensables los primeros, dispensables los segundos. La dispensa supone la relajación de una ley meramente eclesiástica, no divina, para buscar una mayor justicia en el caso concreto<sup>220</sup>. La dispensa de los impedimentos matrimoniales consiste en la ineficacia de los efectos inhabilitantes de la norma legal que establece el impedimento<sup>221</sup>. La confusión sobre la naturaleza jurídica de la edad, su inclusión entre los impedimentos, y su calificación

<sup>217</sup> Cfr. G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios a los artículos 42 a 107 del Código Civil*, en M. ALBADALEJO (dir.), *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid 1982.

<sup>218</sup> R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al código civil*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra 2009, 3ª ed., p. 169.

<sup>219</sup> Cfr. Resolución de la DGRN de 6 de septiembre de 1985.

<sup>220</sup> C. 85: «La dispensa, o relajación de una ley meramente eclesiástica en un caso particular, puede ser concedida, dentro de los límites de su competencia, por quienes tienen potestad ejecutiva, así como por aquellos a los que compete explícita o implícitamente la potestad de dispensar, sea por propio derecho sea por legítima delegación».

<sup>221</sup> J. MIRAS *et alii*, *Compendio de derecho administrativo canónico*, Eunsa, Pamplona 2005, 2ª ed., p. 244.

como impedimento de Derecho eclesiástico, dificulta que la edad siga encontrando su fundamento en la capacidad natural; siendo esta capacidad una exigencia de Derecho natural –y por lo tanto divino– para el ejercicio del *ius connubii*, el impedimento de edad es indispensable en el extremo de la *discretio iudicii*, fundamento de la edad legal. Así pues, el impedimento de edad es en parte dispensable, y en parte indispensable, porque tiene elementos de Derecho eclesiástico y elementos de Derecho divino<sup>222</sup>. Del Giudice lo afirma con las siguientes palabras:

*El impedimento es, dentro de ciertos límites, difíciles de precisar, de derecho natural y por tanto no puede ser dispensado; más allá de esos límites es de Derecho eclesiástico y dispensable por tanto*<sup>223</sup>.

Esta peculiaridad se debe, en mi opinión, a que la edad no es un impedimento tal y como se entiende en el CIC, sino una presunción jurídica de capacidad matrimonial.

Ya vimos cómo la dispensa canónica de la edad legal admite la prueba en contrario de la *discretio iudicii*, y que en otro tiempo tenía entrada por la cláusula *nisi malitia suppleat aetatem*. En el acto de concesión de la dispensa canónica se exige «causa justa y razonable»<sup>224</sup>: que no lesione ningún bien jurídico –*ius connubii*–, y que haya «armonía entre la razón de la dispensa y la racionalidad de la propia ley»<sup>225</sup>. En las dispensas del llamado impedimento de edad, la suficiencia de la causa viene determinada en el caso concreto por la prueba de la discreción de juicio mínima en el contrayente. Con esta posibilidad que viene a llenar el lugar de la suprimida excepción emerge la edad como presunción *iuris tantum*.

La dispensa civil va más allá del impedimento que pretende dispensar, no respeta el carácter insustituible en el ejercicio del *ius connubii* y acude a criterios que miran al matrimonio *in facto esse* (por ejemplo que no tener trabajo hará que vaya mal el matrimonio), y no al matrimonio *in fieri*. Esta es una gran diferencia con el Derecho canónico, donde se ha facilitado el ejercicio del *ius connubii* incluso antes de la edad legal, siempre que se probara la *discretio iudicii* –sin añadir más requisitos– con la dispensa canónica, y antes con la cláusula *nisi malitia suppleat aetatem* en el Derecho anterior.

<sup>222</sup> Estos textos lo refieren con total claridad:

«Quando le parti abbiano raggiunto questo grado di maturità intellettuale, indipendentemente dalla loro attuale capacità fisica, l'impedimento si considera semplicemente di diritto ecclesiastico. Ciò che ha evidente importanza, sia agli effetti della possibilità di dispensa, sia per la valutazione della validità di matrimoni contratti da infedeli che, come è noto, non sono obbligati dal diritto ecclesiastico» (A. BERTOLA, *Il matrimonio religioso nel diritto canonico e nell'ordinamento concordatario italiano*, Torinese, Torino 1966, p. 54).

«L'impedimento era dispensabile a condizione che ricorresse l'estremo di diritto naturale, cioè la maturità di giudizio per emettere un consenso matrimoniale valido» (P. PELLEGRINO, *Gli impedimenti relativi alla dignità dell'uomo nel matrimonio canonico*, G. Giappichelli Editore, Torino 2000, p. 10).

«L'impedimento è dispensabile: sempre a condizione che ricorra l'estremo di diritto naturale, quella *discretio iudicii* necessaria per dare el consenso matrimoniale» (A. C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Il Mulino, Bologna 1993, p. 153).

<sup>223</sup> V. DEL GIUDICE, *Nociones de derecho canónico*, Eunsas, Pamplona 1964, p. 216.

<sup>224</sup> C. 90 CIC.

<sup>225</sup> J. MIRAS *et alii*, *Compendio de derecho administrativo canónico*, Eunsas, Pamplona 2005, 2ª ed., p. 257.

## 2.3. La convalidación

Cc	CIC 17	CIC
<p>Art. 83.1 (red. originaria): “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”.</p> <p>Art. 75 (Ley 30/1981): “Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla”.</p>	<p>C. 1133: “§1. Para revalidar el matrimonio que ha resultado nulo por la existencia de algún impedimento dirimente, se requiere que cese o sea dispensado el impedimento y que por lo menos la parte conocedora de éste renueve el consentimiento. §2. Esta renovación se requiere por derecho eclesiástico para la validez, aunque las dos partes hayan prestado desde el principio su consentimiento y no lo hayan revocado después”.</p> <p>C. 1138: “§ 1. La subsanación del matrimonio en la raíz es una revalidación del mismo, que lleva consigo, además de la dispensa o cesación del impedimento, la dispensa de la ley que impone la renovación del consentimiento y la retroacción del matrimonio al tiempo pasado, por una ficción del derecho, en cuanto a sus efectos. §2. La revalidación tiene lugar desde aquel momento en que se concede la gracia; pero la retracción se entiende hecha hasta el momento de la celebración, salvo que expresamente se disponga otra cosa. §3. La dispensa de la ley de renovación del consentimiento puede concederse tanto si una sola parte lo ignora como si lo ignoran ambas”.</p>	<p>C. 1156: “§1. Para convalidar el matrimonio que es nulo por causa de un impedimento dirimente es necesario que cese el impedimento o se obtenga dispensa del mismo, y que renueve el consentimiento por lo menos el cónyuge que conocía la existencia del impedimento. §2. Esta renovación se requiere por derecho eclesiástico para la validez de la convalidación, aunque ya desde el primer momento ambos contrayentes hubieran dado su consentimiento y no lo hubiesen revocado posteriormente”.</p> <p>C. 1161: “§1. La sanación en la raíz de un matrimonio nulo es la convalidación del mismo, sin que haya de renovarse el consentimiento, concedida por la autoridad competente; y lleva consigo la dispensa del impedimento, si lo hay, y de la forma canónica, si no se observó, así como la retroacción al pasado de los efectos canónicos. §2. La convalidación tiene lugar desde el momento en el que se concede la gracia; y se entiende que la retracción alcanza hasta el momento en el que se celebró el matrimonio, a no ser que se diga expresamente otra cosa. §3. Sólo debe concederse la sanación en la raíz cuando sea probable que las partes quieren perseverar en la vida conyugal”.</p>

La convalidación civil y canónica no tiene puntos en común aparte de la importancia que en ambos casos se da a la madurez de quien atentó matrimonio sin la edad legal matrimonial.

### 2.3.1. El Código civil

En el Código civil existe la llamada revalidación *ipso facto* o convalidación automática, que también ha sido reformada por la Ley 30/1981.

En el derogado art. 83. 1º de la redacción originaria, la revalidación *ipso facto* tiene dos cauces. El primero de ellos, tiene como requisitos el transcurso de un día después de alcanzada la pubertad legal (14/12 años para el varón y la mujer respectivamente), la convivencia y no haber reclamado en juicio contra su validez. El segundo, tiene por revalidado *ipso facto* el matrimonio por la concepción de la mujer antes de la pubertad legal o de reclamar en juicio contra la validez.

En la redacción originaria, el requisito de la edad legal se fundamentaba en la mínima capacidad natural, y extendía este fundamento, coherentemente, a toda la regulación jurídica sobre la edad. En consecuencia, la revalidación tendrá lugar una vez probada la misma capacidad natural que presume la edad legal a los 14/12 años para el varón y la mujer. El primero de los cauces no ofrece dudas sobre su fundamento, aunque sí el segundo, que parece fundamentarse, no tanto en la capacidad psicológica, sino en la biológica, alterando la superior jerarquía que siempre ha tenido la debida discreción de juicio dentro de la mínima capacidad natural, ya que de ella dependía el consentimiento, que es lo que da lugar al matrimonio. Sin embargo, lo que prevé el art. 83. 1º Cc en este segundo cauce, no es sino el contenido de la milenaria excepción *nisi malitia suppleat aetatem*, vigente expresamente en el Derecho canónico de la época en que fue redactado el Código civil. Según esto, la revalidación *ipso facto* por concepción, no hace que el matrimonio se base en la capacidad biológica, sino en la capacidad psicológica –necesaria para el consentimiento– que es verificada por la concepción, utilizada aquí como medio de prueba de la debida capacidad psicológica; no se puede confundir, como ha ocurrido también en el ámbito canónico al interpretar la cláusula *nisi malitia suppleat aetatem*, el objeto de la prueba con el medio de prueba.

En el vigente art. 75 Cc –redacción dada por la Ley 30/1981–, sólo pervive la revalidación *ipso facto* por el transcurso del tiempo, que ahora será de un año a contar desde la mayoría de edad. La ruptura entre ambos artículos es clara en este punto. El art. 75 Cc es coherente con la elevación de la edad a 18 años como regla general para contraer matrimonio. En este sentido son de aplicación las mismas observaciones que hice sobre el cambio de fundamento en la edad legal matrimonial. Pero además, el art. 75 prevé algo extraño: hace depender de la voluntad del que contrajo matrimonio sin la edad legal, la nulidad o validez del matrimonio durante un año después de tener la capacidad psicológica exigida para consentir, admitiendo durante este tiempo una posibilidad que vulnera el principio jurídico de estabilidad que el Derecho reconoce al matrimonio. Por supuesto, el fundamento de la revalidación prevista por el art. 75 no es la mínima capacidad natural.

### **2.3.2. El Código de Derecho canónico**

Las figuras canónicas son la convalidación simple (cc. 1150-1160) y la sanación en la raíz (cc. 1161-1165) que se aplican a un matrimonio siempre nulo, y que no dejará de serlo. No existen ni la revalidación *ipso facto* ni la dispensa ulterior al matrimonio

—salvo que vaya integrada como requisito de las convalidaciones— propias del ámbito civil, porque la anulabilidad no existe en el CIC. Las convalidaciones canónicas se aplican al matrimonio atentado bajo una causa de nulidad, entre las que está el impedimento de edad. Se trata de ver la importancia que el CIC concede a la discreción de juicio del contrayente —facultad básica del consentimiento—, que ha atentado matrimonio nulo por no tener la edad legal; en cualquier caso, por mucha que sea la importancia no hará que el matrimonio nulo se torne en válido. Es precisamente la posibilidad de que hubiera discreción de juicio lo que justifica la existencia del régimen jurídico de la convalidación con respecto a la edad, a pesar de lo cual, no tiene la elasticidad<sup>226</sup> de la cláusula *nisi malitia suppleat aetatem*.

La importancia de la discreción de juicio es escalonada en las convalidaciones, según el siguiente orden decreciente:

En la sanación en la raíz no hay siquiera renovación del consentimiento porque el prestado para el matrimonio nulo es suficiente por tener la discreción de juicio;

En la convalidación simple es necesaria la renovación del consentimiento exigida por derecho eclesiástico, lo que indica que aquí se tiene en cuenta el consentimiento prestado por derecho natural (c. 1057), distinto de la renovación del consentimiento como se desprende del c. 1156 § 2);

En la convalidación simple es necesaria nueva celebración del matrimonio con emisión del consentimiento (el exigido por el derecho natural del c. 1057) cuando el matrimonio es nulo por defecto de consentimiento que puede probarse —el impedimento de edad no es técnicamente un defecto de consentimiento por no incluirse en el cap. IV *Del consentimiento matrimonial* del tít. VII *Del matrimonio*—.

La sanación en la raíz<sup>227</sup> implica tomar en consideración elementos esenciales del matrimonio que es nulo para atribuirle algunos efectos. Si se me permite, es la figura

---

<sup>226</sup> «La legislación canónica anterior al Código de 1917 era particularmente elástica en su intento de no estorbar la validez del matrimonio por una consideración inflexible de la edad requerida para contraer matrimonio» (E. TEJERO, *La discreción de juicio para consentir en matrimonio*, en «Ius Canonicum», Vol. XXII, n.º. 44, Pamplona 1982, p. 433).

El equilibrio lo señala así TEJERO: «El Derecho de Decretales regulaba el impedimento de edad con una gran elasticidad: pretendía, por una parte, dar eficacia jurídica a la capacidad para consentir en matrimonio que, según el normal proceso de maduración de los hombres y de las mujeres, tiene lugar, de ordinario, a los catorce y a los doce años respectivamente; pero, al mismo tiempo, las Decretales procuraban que la edad determinada por los textos canónicos —de acuerdo con el desarrollo seguido por la generalidad de los hombres— no fuera obstáculo para que dejara de reconocerse la capacidad consensual a los individuos que adquirieron, antes de la edad señalada, la prudencia que requiere el consentimiento. Es decir, las leyes de la Iglesia, con la flexibilidad que les era dada, procuraban reconocer la capacidad consensual, siempre al hilo de las exigencias dimanantes de la naturaleza del matrimonio y de la real maduración de los contrayentes» (*Ibidem*, p. 435).

<sup>227</sup> C. 1161: «§ 1. La sanación en la raíz de un matrimonio nulo es la convalidación del mismo, sin que haya de renovarse el consentimiento, concedida por la autoridad competente; y lleva consigo la dispensa del impedimento, si lo hay, y de la forma canónica, si no se observó, así como la retroacción al pasado de los efectos canónico. § 2. La convalidación tiene lugar desde el momento en el que se concede la gracia; y



canónica de convalidación que más cerca está de la dispensa ulterior al matrimonio civil: 1) porque se concede como una gracia por la autoridad competente, 2) porque no hace falta renovar el consentimiento si fue naturalmente suficiente y persevera, y 3) porque sus efectos son *ex tunc*. Es un término medio entre la dispensa ulterior civil y la convalidación simple.

En cambio, la convalidación simple requiere la renovación del consentimiento de una de las partes al menos, no una decisión de la autoridad. Ahora bien, cuando el matrimonio es nulo por impedimento «la renovación se requiere por derecho eclesiástico para la validez de la convalidación» (c. 1156 § 2), consentimiento que es distinto del contemplado en el c. 1057 § 1: «El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles», que viene exigido por Derecho natural, no por Derecho eclesiástico. Sin embargo, se exige el consentimiento del c. 1057 cuando el matrimonio ha sido nulo por defecto del consentimiento que se puede probar, donde hay nueva celebración del matrimonio.

La rigidez para reconocer la validez de un matrimonio atentado sin la edad legal, se debe a la consideración de la misma como impedimento y no como presunción jurídica de capacidad matrimonial. Esto nos conduce, en mi opinión, a una situación contradictoria, ya que podemos estar ante un matrimonio nulo por falta de edad legal –cuyo fundamento es la mínima capacidad natural para contraer–, que se convalida por sanación en la raíz –donde vale el consentimiento prestado al principio por tener la discreción de juicio debida– o por convalidación simple con renovación del consentimiento –el anterior consentimiento de derecho natural se considera suficiente–, donde se declara sin embargo que existía la suficiente capacidad natural. Es decir, se declara que se cumplía la *ratio iuris* de la c. 1083 § 1, y aún así el matrimonio sigue siendo nulo, por muchos elementos que se salven del mismo o efectos que se retrotraigan.

Tanto la convalidación como la dispensa son mecanismos que pertenecen al régimen jurídico de los impedimentos, pero que resultan inadecuados cuando tienen que aplicarse al matrimonio de los que tenían la edad legal. En la convalidación, siempre se parte de la nulidad del matrimonio, sin que haya lugar a un examen futuro del matrimonio dudoso en su validez.

---

se entiende que la retrotracción alcanza hasta el momento en el que se celebró el matrimonio, a no ser que se diga expresamente otra cosa».

## 2.4. La ilicitud del matrimonio por razón de la edad

### Cc (red. originaria)

Art. 45: “Está prohibido el matrimonio: 1º. Al menor que no haya obtenido la licencia, y al mayor que no haya solicitado el consejo de las personas a quienes corresponde otorgar una y otro en los casos determinados por la ley”.

Art. 47: “Los hijos mayores de edad están obligados a pedir consejo al padre, y en su defecto a la madre. Si no lo obtuvieren, o fuese desfavorable, no podrá celebrarse el matrimonio hasta tres meses después de hecha la petición”.

Art. 48: “La licencia y el consejo favorable a la celebración del matrimonio deberán acreditarse, al solicitar éste, por medio de documento que haya autorizado un Notario civil o elcesiástico, o el Juez municipal del domicilio del solicitante. Del propio modo se acreditará el transcurso del tiempo a que alude el artículo anterior, cuando inútilmente se hubiere pedido el consejo”.

### Cc (red. Ley de 1958)

Art. 45: “Está prohibido el matrimonio: 1º. Al menor no emancipado por anteriores nupcias que no haya obtenido la licencia de las personas a quienes corresponda otorgarla”.

Desaparece el consejo del art. 47 anterior a la ley.

Art. 48: “Antes de la celebración del matrimonio, los contrayentes habrán de acreditar que obtuvieron la licencia”.

Art. 49: “2. No obstante, si la licencia fuera negada, el matrimonio podrá celebrarse si se autoriza por el Ordinario del lugar o por el Presidente de la Audiencia Territorial, según fuere canónico o civil. A todos los efectos, la autorización equivaldrá a la licencia”.

### Cc (red. Ley 30/1981)

No hay equivalentes, quedando la intervención de los padres en la dispensa antes del matrimonio y en el ejercicio de la acción de nulidad después de celebrado.

Art. 48: “En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores”.

Art. 75: “Si la causa de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor sólo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal. Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla”.

### CIC 17

C.1067: “§ 2. Aunque es válido el matrimonio celebrado después de esa edad, procuren, sin embargo, los pastores de almas apartar de él a los jóvenes antes de la edad en que suele contraerse matrimonio según la costumbre de cada región”.

### CIC 83

C. 1071: “§ 1. Excepto en caso de necesidad, nadie debe asistir sin licencia del Ordinario del lugar:

2.º al matrimonio que no puede ser reconocido o celebrado según la ley civil;

6.º al matrimonio de un menor de edad, si sus padres lo ignoran o se oponen razonablemente”.

C.1072: “Procuren los pastores de almas disuadir de la celebración del matrimonio a los jóvenes que aún no han alcanzado la edad en la que según las costumbres de la región se suele contraer”.

C. 1083: “§ 2. Puede la Conferencia Episcopal establecer una edad superior, para la celebración lícita del matrimonio”

### Decreto General de la CEpE del 26-11-1983:

Art. 11: “No podrán contraer lícitamente matrimonio el varón y la mujer que no hayan cumplido 18 años”.

A continuación examino diversos supuestos heterogéneos que están vinculados a la edad en el momento de contraer matrimonio.

### 2.4.1. La licencia o el permiso de los padres

La licencia de los padres ha condicionado en gran medida el ejercicio del *ius connubii* por parte de los menores, configurándose como una importante limitación de la capacidad de obrar. Es una influencia de la figura jurídica de la *patria potestas* del Derecho romano, cuya relevancia en el Derecho español se ha ido suavizando cuando se consideraba que entraba en colisión con los derechos del menor. Siempre que se ha exigido en la legislación civil, tenía como motivo garantizar que no era totalmente inadecuado contraer matrimonio a la edad mínima, haciendo las veces de expediente matrimonial “privado”. En el Derecho civil se ha pasado desde la nulidad del matrimonio contraído sin licencia hasta su ilicitud. Actualmente, el resto de esta antigua legislación permite a los padres pedir la nulidad del matrimonio de su hijo contraído bajo el impedimento de edad (art. 75)<sup>228</sup>, que según las resoluciones de la DGRN constituye una parte esencial de la justa causa necesaria para conceder la dispensa por el Juez de Primera Instancia.

En el Derecho canónico ha sido clara la prevalencia del *ius connubii* y la libertad<sup>229</sup> del contrayente sobre la patria potestad de sus padres. D’Avack lo señala en su estudio:

*Fin dall’epoca delle decretali, infatti, la Chiesa, in omaggio alla natura sacramentale del matrimonio, ha sempre combattuto e contestato la necessità di un simile assenso familiare sia per la validità, sia per la liceità stessa del matrimonio dei minori, non considerando così il*

---

<sup>228</sup> «Si la causa de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor sólo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal”. Hace notar García Cantero: “La licencia paterna de la que se ha querido prescindir, reaparece bajo formas aún más intensas que en el Derecho derogado, pues el artículo 75, párrafo 1º, les concede legitimación nada menos que para impugnar el matrimonio de sus hijos; resultado a que se llega sacrificando de alguna manera la técnica y la lógica, pues la emancipación, de ser únicamente fruto o resultado del matrimonio de los menores, se ha convertido –por obra y gracia de un legislador, a quien no hay más remedio que calificar de ‘distruido’– en requisito suyo» (G. GARCÍA CANTERO, *Comentarios a los artículos 42 a 107 del Código Civil*, en M. ALBADALEJO (dir.), *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid 1982, p. 72).

<sup>229</sup> «Dos ejemplos concretos de este continuo esfuerzo por defender la libertad de los contrayentes son la lucha contra las costumbres contrarias a la libertad del consentimiento, así como ante las presiones de los príncipes civiles. Desde los inicios de la misión evangelizadora en América, se produjo una pugna contra las costumbres encontradas entre los indios americanos, según las cuales en muchos casos eran los padre o los caciques quienes respondían en nombre de los contrayentes: los evangelizadores, ante estas costumbres, ponían en duda la validez del matrimonio sobre todo a la luz de la necesidad del consentimiento personal libre para fundar el matrimonio. El otro ejemplo, europeo, es el de las fortísimas presiones sobre la Iglesia, sobre todo de Francia y Alemania, en los años que precedieron el Concilio de Trento, para que se estableciera como requisito de validez del matrimonio el consentimiento de los padres de los contrayentes, aun en el caso que aquéllos fueran mayores de edad. La Iglesia tampoco cedió en este caso, estableciendo, a lo más, un requisito de licitud en el caso de menores que querían contraer matrimonio» (H. FERANCESCHI, *El contenido y la determinación del «ius connubii» y sus manifestaciones en el sistema matrimonial canónico vigente*, en «Ius canonicum», Vol. XLVI, nº. 92 (2006), pp. 81-82).

*defectus consensus parentum né quale impedimento impediende ad matrimonium contrahendum*<sup>230</sup>.

#### 2.4.2. La ilicitud canónica

Si bien el Derecho canónico no ha comprometido el ejercicio del *ius connubii* por falta del consentimiento paterno, sí contempla una serie de casos sancionados con la ilicitud<sup>231</sup> del matrimonio. En primer lugar, tenemos la obligación de los pastores de almas de procurar que no se celebren matrimonios en edades distintas de las habituales en la región que se regula en el c. 1072, (anterior c. 1067 § 2), cuyo contenido venía en el CIC 17 después del impedimento de edad. Ahora se coloca en el cap. I *De la atención pastoral y de lo que debe preceder a la celebración del matrimonio* –fuera del capítulo dedicado a los impedimentos–. Cuando se presente el supuesto contemplado en el c. 1072, quien deba asistir al matrimonio, después de haber procurado evitar su celebración, y ante la libre insistencia de los contrayentes, deberá valorar si éstos «dan suficientes muestras de madurez humana para dar su consentimiento de forma consciente y libre»<sup>232</sup>, con independencia de los requisitos de madurez de la legislación civil; no obstante, el pastor de almas necesitará siempre la licencia del Ordinario del lugar para asistir lícitamente al matrimonio que no puede tener eficacia o no puede ser celebrado en el ámbito civil (c. 1071 § 1. 2º).

En segundo lugar está la disposición del c. 1083 § 2 que habilita a las Conferencias Episcopales a establecer una edad para la licitud; este canon se configura como una prohibición similar al impedimento impediende –propio de la división del CIC 17– basado en razones ajenas a la capacidad natural por no estar comprometida la validez del matrimonio. El c. 1083 § 2, pretende por un lado, matizar las dificultades que lleva consigo la aplicación de una norma universal (c. 1083 § 1) a regiones tan diversas entre sí, más aún cuando la capacidad natural mínima adecuada al matrimonio varía por factores como el clima, la situación geográfica, la mentalidad social, etc; y por otro lado, pretende reforzar con la *ilicitud* el mandato a los pastores del c. 1072 y la obligación de pedir licencia al Ordinario del c. 1071 § 1. 2º; además, se favorece la equiparación entre legislaciones, augumento que no es jurídico-matrimonial, y sin embargo es muy utilizado.

La cuestión que se suscita en este punto es la siguiente: ¿qué ocurre con el menor que ha obtenido la dispensa a partir de los 14 años o con el menor emancipado

---

<sup>230</sup> P. A. D'AVACK, *Età. Diritto canonico*, en *Enciclopedia del diritto. XVI*, Giuffrè editore, Varese 1967, p. 102.

<sup>231</sup> «Conforme a la nueva legislación canónica el matrimonio de menores está sujeto a un impedimento dirimente (c. 1083.1), a una prohibición impediende (c. 1083.2), a otra prohibición dirigida al que debe asistir al matrimonio (c. 1071.1, 6º) y a una exhortación a la madurez de edad de los contrayentes (c. 1072)» (M. LÓPEZ ALARCÓN, *El matrimonio de los menores*, en *El matrimonio. Cuestiones de derecho administrativo-canónico. IX Jornadas de la Asociación Española de Canonistas*, Madrid 29-31 de marzo 1989, Salamanca 1990, p. 153).

<sup>232</sup> M. CORTÉS DIÉGUEZ, *El matrimonio de los menores de edad en España. Cuestiones canónicas y pastorales*, en «Revista Española de Derecho Canónico», Vol. 52, núm. 138 (1995), pp. 99-155.

que quiere contraer matrimonio canónico?, ¿contrae ilícitamente a la edad de 16 años por ejemplo? Es una vulneración del *ius connubii* que alguien contraiga ilícitamente teniendo la mínima capacidad requerida por contravenir la superior edad exigida por la CEpE basándose en razones de equiparación de ordenamientos, más aún si es un menor emancipado o ha conseguido dispensa. Estas normas que prevén la ilicitud tienen el valor de una *recomendación legal* hecha por la CEpE –como el Código civil al poner la mayoría de edad como regla general para contraer–, lo que es totalmente ajeno a la regulación de la edad matrimonial en toda la tradición clásica; desde una hermenéutica de la continuidad, este canon supone una novedad que no respeta la *ratio iuris* de la edad, como lo muestra su extraña posición sistemática: es la única norma legal no invalidante dentro del capítulo III *De los impedimentos dirimentes en particular*. En el proceso de elaboración del CIC lo que se pedía insistentemente por algunos consultores es la atribución a las Conferencias Episcopales de la competencia de regular el impedimento de edad para la validez, y lo que resultó fue la actual fórmula de ilicitud, viniendo a ser también una forma de buscar el equilibrio entre la unidad de un Derecho de aplicación universal –y más cuando hay aspectos de Derecho natural como ocurre con la edad–, y la variedad real que existe en las distintas regiones.

Respecto a la licencia para contraer lícitamente por debajo de los 18 años, ante el silencio legal de la CEpE, se aplica análogamente<sup>233</sup> la norma que permite al Ordinario del lugar dispensar el impedimento de edad (c. 1078 § 1), por lo que habrá que estar a la normativa particular de cada diócesis, que en este punto no puede añadir trámites más gravosos que los exigidos para cualquier impedimento; pedir trámites superiores estaría injustificado.

Por otra parte, corresponde a las Conferencias Episcopales «establecer normas sobre el examen de los contrayentes» (c. 1067), que es ya una oportunidad para verificar si se dan los requisitos exigidos para la validez de los matrimonios, entre ellos la *discretio iudicii* y la *capacitas corporis*. Con el c. 1083 § 2 se agrava innecesariamente el ejercicio del *ius connubii* al sancionar con la ilicitud un posible riesgo –que la edad del c. 1083 § 1 no sea adecuada a las diversas regiones del mundo entero– que se puede evitar por otros mecanismos ya existentes como el del expediente previo. A mi juicio, el c. 1083 § 2 carece de justificación.

### 2.4.3. El no bautizado

El hecho de considerar como nulo el matrimonio de un católico –sin impedimentos–, con un *no bautizado* que tiene la *naturalis discretio iudicii* pero con el impedimento de edad según su ley civil –así lo señalan Gasparri y d'Avack–, se debe a

<sup>233</sup> «Este precepto (c. 1083 § 2) hace indispensable la intervención eclesial en la materia. A tenor del can. 1078, será competente el Ordinario del lugar (sin perjuicio de que se den las situaciones contempladas en los cán. 1079 y 1080)» (M. CORTÉS DIÉGUEZ, *El matrimonio de los menores de edad en España. Cuestiones canónicas y pastorales*, en «Revista Española de Derecho Canónico», Vol. 52, núm. 138 (1995), p. 120).

que la edad en el CIC es considerada como un impedimento de Derecho eclesiástico, y aplicable únicamente a los bautizados, quitando relevancia a la capacidad natural que por otra parte se reconoce como fundamento en la regulación canónica de la edad matrimonial. Ahora bien, si el criterio canónico es que el *ius connubii* no se puede impedir una vez que se tiene la capacidad tanto biológica como psicológica, no se entiende que tratándose de un no bautizado se cambie de perspectiva y se incline por admitir lo “positivizado” por los ordenamientos estatales. Se sustituye el imperativo del Derecho natural –permitir el ejercicio del *ius connubii* a quien tiene capacidad– y la búsqueda de la mayor justicia en el caso concreto, por el criterio de la mera equiparación entre legislaciones; este criterio, entiendo que no puede llegar a impedir el acceso al matrimonio a quien es capaz naturalmente e inhábil civilmente, máxime cuando la legislación civil ha convertido la edad legal en el matrimonio en una recomendación.

A *sensu contrario*, sí prevalecería el criterio de la *naturalis discretio iudicii*: no se permitiría por el CIC el hipotético matrimonio entre un católico, y un no bautizado naturalmente incapaz por falta de edad pero hábil para la legislación civil. A diferencia del caso anterior, en éste prevalece el aspecto de Derecho natural sobre el criterio de la legislación nacional del contrayente.

Ante esta situación nos encontramos con dos posturas. Por un lado, a favor de la validez de los matrimonios, la mayoría de la doctrina, bajo la vigencia del CIC 17, argumentando que la «lex civilis non potest nisi matrimonium suae potestati obnoxium, quod in casu non verificatur, ideoque habilitas partis fidelis aliam quoque reddit habilem partem non baptizatam»<sup>234</sup>. Por otro lado, en contra de la validez está Gasparri, especialmente favorable a la equiparación con los ordenamientos civiles: «quia una pars est inhabilis et ad validitatem matrimonii validitas utriusque partis necessaria est, nec Ecclesia, incompetens in non baptizatos, dici potest in casu reddere habilem partem non baptizatam»<sup>235</sup>. Esta postura se deriva de la consideración de la edad como impedimento de Derecho eclesiástico, olvidando la parte de Derecho natural y que no ha sido un impedimento.

Así pues, hay varias razones que señalan *lo justo* en fijar la posibilidad de acudir caso por caso en el no bautizado: el *ius connubii* en cuanto derecho natural; el fundamento psicofísico de la edad legal; la interpretación restrictiva de estos derechos; razones para la nulidad no jurídico-matrimoniales; y la competencia de la Iglesia sobre el Derecho natural.

En el CIC el matrimonio sería ilícito según el c. 1071 § 1: «Excepto en caso de necesidad, nadie debe asistir sin licencia del Ordinario del lugar: (...) 2.º al matrimonio que no puede ser reconocido o celebrado según la ley civil»; la sanción de la ilicitud es

---

<sup>234</sup> P. A. D’AVACK, *Corso di diritto canonico. Il matrimonio. I. Edizione provvisoria per gli studenti*, Giuffrè Ed., Milano 1961, p. 186. Expone d’Avack ambas posturas: la primera con esta cita, y la segunda remitiendo a Gasparri.

<sup>235</sup> GASPARRI, P. CARD., *Tractatus canonicus de matrimonio, Vol. I-II*, Typis Polyglottis Vaticanis, Vaticano 1932, p. 161.



el equilibrio que el CIC encuentra entre el necesario respeto en el ejercicio del *ius connubii* por quien es capaz y la adecuación entre la legislación canónica y la civil. Así define Hervada la *ratio iuris* de este canon:

*Una cautela para que la relación jurídica matrimonial regulada por el Derecho canónico tenga plenos efectos civiles y, en la medida de lo posible, haya adecuación entre los dos ordenamientos, de modo que no queden perjudicados los derechos de los fieles en cuanto ciudadanos*<sup>236</sup>.

El c. 1071 § 1 comprende el supuesto del matrimonio que no pueda ser inscrito en el RC a tenor del art. 63. 2º: «Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título». Puesto que se permite contraer matrimonio a distintas edades en el Código civil y en el CIC, puede existir un matrimonio válido pero ilícito canónicamente que no es reconocido por el Derecho civil. Al respecto, Ferrer Ortiz sugiere que «sólo pueda denegarse la inscripción del matrimonio canónico de los menores de catorce años, porque la inderogabilidad del impedimento por debajo de esa edad es de orden público»<sup>237</sup>, como una

### 3. La naturaleza jurídica de la edad matrimonial según la doctrina

La naturaleza jurídica de la edad matrimonial tiene dos opciones: como impedimento o como presunción jurídica. Ya hemos visto que la doctrina mayoritaria reconoce entre los impedimentos algunos que constituyen la capacidad matrimonial –que impiden contraer matrimonio con cualquiera– con una naturaleza jurídica distinta a la del resto –que impiden contraer matrimonio con alguna persona–. La edad como presunción jurídica se estudiará en el próximo capítulo, y en el presente apartado me centraré en lo que la doctrina ha dicho sobre la específica naturaleza jurídica de la edad, con especial dedicación al ámbito canónico, donde más trabajos se han hecho.

La naturaleza jurídica de la edad matrimonial no es una cuestión pacífica, y la posición que se adopte dependerá del fundamento que se le reconozca, que puede ser uno de los siguientes:

---

<sup>236</sup> J. HERVADA, *Comentario al Título VII. De matrimonio*, en *Código de derecho canónico. Edición anotada*, Eunsa, Pamplona 2007, 7ª ed., pp. 679-670.

<sup>237</sup> J. FERRER ORTIZ, *El matrimonio canónico en el ordenamiento español*, Eunsa, Pamplona 1986, p. 167. Explica el mismo autor el límite de *orden público* por debajo del cual no podría el Ordenamiento civil reconocer eficacia a los matrimonios contraidos con dispensa eclesiástica e impedimento civil: «La no contravención del orden público no inclina a reconocer la eficacia de los matrimonios canónicos celebrados después de obtener la dispensa eclesiástica. En la medida que se trata de impedimentos tanto en sede civil como en sede canónica y en condiciones semejantes en ambos ordenamientos, consideramos que no es una desigualdad discriminatoria, sino una manifestación del principio de libertad religiosa, permitir que al mismo resultado que pueden llegar los demás ciudadanos mediante una fórmula establecida por el Derecho Civil, lleguen otros ciudadanos en el ejercicio de una actividad desarrollada en el ámbito del ordenamiento canónico y en el marco del Acuerdo Jurídico» (*Ibidem*, p. 170).

- 1) Lo biológico.
- 2) Lo psicológico.
- 3) Lo psicológico-biológico.
- 4) Lo social.
- 5) Lo estrictamente jurídico o positivista.

Los tres primeros se engloban, con sus diferencias, en el fundamento de la capacidad natural, y los otros dos en la voluntad del legislador.

### 3.1. Estudios doctrinales

El fundamento del llamado *impedimento de edad* condiciona la solución que se dé a la naturaleza jurídica. Se nos presenta un primer problema: ¿es o no es un impedimento? Si es un impedimento, habría que aclarar su naturaleza jurídica toda vez que no es uniforme para todos ellos. Si no lo es, ¿qué naturaleza tiene? A la hora de describir cómo funciona la edad como impedimento, los autores acuden al verbo «presumir», y la conectan con la capacidad natural –física y/o psicológica–, siendo los impedimentos definidos como ‘circunstancias externas que impiden el ejercicio de la capacidad de contraer’, visión negativa que ha tenido dicha categoría en toda la tradición jurídico-clásica como ya vimos.

Ya vimos que la categoría de impedimento no articulaba bien la *ratio iuris* que el Código civil y el CIC reconocen a la edad en su respectiva parte general, donde funciona como criterio determinativo de la capacidad de obrar; pero, ¿qué peculiaridad tiene la edad legal matrimonial?, ¿puede someterse a ese régimen general? Sí, pero con matices. La determinación de la capacidad de obrar se ha fijado en varias legislaciones a los 18 años<sup>238</sup>, mayoría de edad en que el sujeto es capaz para todos los actos jurídicos salvo los exceptuados, contrastando con el nivel más bajo permitido para contraer matrimonio. La determinación general de la capacidad de obrar por la ley presupone una cierta capacidad natural, pero tiene mucho de elección legislativa. Este régimen general de la capacidad de obrar es aplicable al matrimonio, pero con alguna particularidad porque es un negocio jurídico peculiar, al que la naturaleza es inclinada de modo diverso a como lo hace en un arrendamiento de finca rústica por ejemplo. La particularidad es la mayor importancia de la capacidad natural que subyace a toda edad legal y con más énfasis en la matrimonial, lo que conlleva que ésta no sea tanto una elección legislativa –con más o menos apoyo en la capacidad natural–, como un fiel reflejo de la capacidad natural.

---

<sup>238</sup> Concretamente en Austria, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Noruega, Suecia Alemania, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Grecia, Eslovenia, Letonia, Lituania, Estonia, Chipre, Irlanda, Italia y España. Polonia fija los 18 años para las mujeres y 21 para los varones. Francia y Luxemburgo establecen los 18 años para el varón y 15 para la mujer. Mientras que Malta, Portugal y Reino Unido fijan los 16 años para ambos.

La edad en el matrimonio es una aplicación particular del régimen general de la edad, cuya naturaleza es la *presunción jurídica*. En el ejercicio del *ius connubii*, por ser un derecho personalísimo al que la naturaleza inclina, la dependencia con la capacidad natural por parte de la edad legal debe ser mayor que en el resto de los contratos, debiéndose articular vías que faciliten el recurso al caso concreto si no se quiere vulnerar el ejercicio de un derecho fundamental sin motivo.

La edad matrimonial tiene una *ratio iuris* similar en el Código civil y en el CIC porque tienen en este punto una fuente común, y porque su inclusión en el matrimonio obedeció a razones de técnica jurídica –presunción legal–, de la que participan ambos códigos.

La doctrina canónica mayoritaria que comenta el CIC 17, al describir la naturaleza jurídica de la edad, tienen que reconocer un carácter doble, entendiendo el impedimento de edad como formado por círculos concéntricos, donde la esfera exterior sería ciertamente de Derecho eclesiástico y por tanto dispensable, y la interior de Derecho natural por referirse a la mínima capacidad de discreción de juicio<sup>239</sup>. Gasparri por ejemplo lo expresa así:

---

<sup>239</sup> La doctrina reconoce este doble carácter en la categoría de los impedimentos. Reproducimos algunos textos que sirven de muestra:

Por ejemplo Chelodi: «Et quidem *iuris ecclesiastici* totum, quia, supposito sufficientis usu rationis ad matrimonialem consensum praestandum requisito, qui huc non pertinet, nulla prorsus aetas est *iure naturali* praescripta ut quis valide contrahat, neque actualis potentia generandi» (I. CHELODI, *Ius matrimoniale iuxta Codicem Iuris Canonici*, Tridentum, Tridenti 1921, 3ª ed., pp. 65-66).

Y Capello: «Hoc impedimentum est *iuris naturalis* ante usum rationis in utraque parte requisitum ad matrimonialem consensum praestandum; est *iuris ecclesiastici tantum*, supposito praefato usu rationis sufficienti. Iure naturali nulla est praescripta ut quis valide nuptias inire queat; quare determinatio aetatis unice ex lege canonica repetenda est» (F. M. CAPELLO, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis. Vol. V.- De matrimonio*, Marietti, Romae 1950, 6ª ed., p. 343).

Igualmente, Conte a Coronata: «Aliqui etiam optimae notae auctores (Gasparri) de hoc impedimento loquentes dicunt illud esse *iuris naturalis* ante debitam in utraque parte mentis discretionem iure naturae sufficientem ad matrimonium ineundum» (M. CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici. De sacramentis. Tractatus canonicus. Vol. III*, Marietti, Casali 1957, 3ª ed., p. 362).

Muy sintéticamente, Giménez Fernández: «En cuanto a la calificación del impedimento de edad es dirimente, público, indispensable (en lo que tiene de derecho divino se entiende) y de grado mayor; de derecho humano en cuanto a la determinación de la edad, absoluto, natural y temporal, pues desaparece con el simple transcurso del tiempo» (M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *La institución matrimonial según el derecho de la Iglesia Católica*, CSIC, Madrid 1947, 3ª ed., p. 157).

Regatillo establece lo que sigue: «¿De qué derecho es impedimento la edad? De derecho natural, en cuanto el defecto de edad implique defecto de la discreción suficiente para dar el consentimiento matrimonial. Este defecto no se presume después de la pubertad. De derecho eclesiástico en otro caso: la actual potencia de engendrar o de ejercer coito no se requiere» (E. F. REGATILLO, *Derecho matrimonial eclesiástico*, Sal terrae, Santander 1962, p. 133).

También Andrés Marcos: «Es impedimento absoluto y de derecho positivo humano-canónico, aunque fundado en el natural» (T. ANDRÉS MARCOS, *Institutiones de derecho canónico. Tomo III*, Universidad de Salamanca, Salamanca 1943, p. 145).

Del mismo modo Pio Ciprotti: «L'impedimento è di diritto divino solo se il difetto di età è accompagnato da immaturità psichica o da ignoranza della natura del matrimonio» (P. CIPROTTI, *Matrimonio nel Diritto*, en T. GOFFI, *Enciclopedia del matrimonio*, Quiriniana, Brescia 1959, p. 392).

Igualmente Bertola: «Questo impedimento è considerato di diritto naturale fino a che entrambe le parti non abbiano raggiunto un uso di ragione (*mentis discretio*) sufficiente *iure naturae* e conoscere e ad assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio. Quando le parti abbiano raggiunto questo grado di maturità intellettuale, indipendentemente dalla loro attuale capacità fisica, l'impedimento si considera di

*Hoc impedimentum est iuris naturalis ante debitam in utraque parte mentis discretionem iure naturae sufficientem ad matrimonium ineundum; est iuris ecclesiastici tantum, si utraque pars habet debitam mentis discretionem, licet una vel utraque pars de facto careat actuali potentia generandi; nam ius naturale actualem generandi potentiam non exigit*<sup>240</sup>.

También d'Avack expresa el carácter doble del impedimento de edad en el siguiente texto:

*Sussiste tuttavia anche nel diritto vigente un ultimo residuo dell'antica disciplina nel fatto che a tale impedimento non si è riconosciuta un'unica natura giuridica veramente propria, ma, conforme alla communis sententia della dottrina classica, esso continua a essere considerato quale impedimento di diritto divino naturale solo se le parti non abbiano raggiunto un uso della ragione sufficiente a far conoscere loro la natura del matrimonio e a intenderne e assumere le obbligazioni essenziali; mentre sussiste quale impedimento di mero diritto ecclesiastico, qualora le parti siano di fatto in possesso di questo grado di maturità intellettuale, indipendentemente dall'aver raggiunta o meno anche la capacità fisica attuale per la generazione*<sup>241</sup>.

En este sentido, la edad viene a ser un impedimento único entre los impedimentos. La clasificación más básica en el Derecho canónico distingue entre impedimentos de Derecho divino e impedimentos de Derecho eclesiástico, pero no es adecuada para la edad legal matrimonial pues se detectan en la misma elementos de uno

---

diritto ecclesiastico» (A. BERTOLA, *Il matrimonio religioso nel diritto canonico e nell'ordinamento concordatario italiano*, Torinese, Torino 1966, p. 54).

Otro tanto Blanco Nájera: «El impedimento es dirimente por derecho natural antes del uso de la razón necesario en ambos contrayentes para prestar el consentimiento en el que se cifra la esencia del matrimonio; y sólo por derecho eclesiástico, después de adquirido el uso de razón suficiente para prestar el consentimiento, el matrimonio es válido por derecho natural aunque no tengan los contrayentes aptitud fisiológica para la generación, ya que no es ésta la que hace válido el matrimonio, sino el consentimiento» (F. BLANCO NÁJERA, *El código de derecho canónico traducido y comentado. Tomo II. Derecho sacramental*, Escelicer S. L., Cádiz 1945, p. 306).

Al respecto, Pomppedda: «La dottrina riconosce che in tanto si può dispensare dall'impedimento in quanto esso non è di diritto naturale; ma di diritto naturale è prima del raggiungimento della maturità psicologica. Dopo esso è di diritto positivo ecclesiastico, anche se i nubenti non hanno ancora l'attuale capacità di generare» (Z. GROCHOLEWSKI, *Il matrimonio nel nuovo codice di diritto canonico. Annotazioni di diritto sostanziale e processuale*, Gregoriana Editrice, Padova 1984, p. 151).

A esta doctrina se refiere Pellegrino: «In conformità alla comune sentenza della dottrina classica, questo impedimento è di diritto naturale se le parti non abbiano raggiunto una *discretio iudicii* sufficiente a far conoscere loro la natura del matrimonio, laddove sussiste quale impedimento di mero diritto ecclesiastico, qualora le parti siano di fatto in possesso di questo grado di maturità intellettuale, quantunque una parte, o l'una e l'altra, di fatto manchino dell'attuale potenza di generare, cioè della capacità fisica attuale per la generazione, dal momento che il diritto naturale non esige l'attuale *potentia generandi*» (P. PELLEGRINO, *Gli impedimenti relativi alla dignità dell'uomo nel matrimonio canonico*, G. Giappichelli Editore, Torino 2000, p. 10).

Navarrete, partiendo de la distinción entre incapacidad e inhabilidad, la primera fundada sobre el derecho divino, la segunda sobre una ley positiva humana, señala que la edad en parte hace incapaz, y en parte hace inhábil: «En el arco de tiempo que va hasta los 16 y los 14 años, hay un período (que es, además, el más largo) durante el cual los sujetos son incapaces para contraer matrimonio, mientras que hay otro período breve –o, al menos, puede haberlo– durante el cual los mismos sujetos, aun habiendo alcanzado la capacidad natural, son solamente inhábiles por derecho positivo de la Iglesia» (U. NAVARRETE, *Derecho Matrimonial Canónico. Evolución a la luz del Concilio Vaticano II*, BAC, Madrid 2007, p. 467)..

<sup>240</sup> P. CARD. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio, Vol. I*, Typis Polyglottis Vaticanis, Vaticano 1932, p. 291.

<sup>241</sup> P. A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico. Il matrimonio. I. Edizione provvisoria per gli studenti*, Giuffrè Ed., Milano 1961, p. 184.

y de otro. Estos textos citados describen que con la edad se hace referencia juntamente a un elemento esencial como es la capacidad natural, y a un elemento establecido por el legislador como es la elección de la edad. Pero el problema acontece al relacionar estos dos elementos mediante la perspectiva de los impedimentos, y no mediante la técnica de la presunción jurídica, que implica tener en cuenta unos datos de hecho –*discretio iudicii* y la *capacitas corporis*–, que según la experiencia acontecen en un determinado momento, elegido por el legislador para fijar la edad en que se da *legalmente* la mínima capacidad para contraer matrimonio. En la presunción se distinguen estos dos elementos, pero no se superponen, sino que se implican mutuamente de un modo peculiar, como veremos en el capítulo siguiente. A continuación expondré las propuestas doctrinales más significativas sobre la edad.

En sus estudios sobre el consentimiento matrimonial, Viladrich identifica la incapacidad consensual y la delimita de los impedimentos, admitiendo un cierto campo común que es el de la capacidad de obrar a la vez que señala las diferencias, que tienen su origen en «el sentido de fondo, los caracteres y requisitos que tipifican un impedimento que no pueden ser trasplantados convirtiéndose sin más en caracteres y requisitos de la incapacidad consensual»<sup>242</sup>. La diferencia principal que indica es la perspectiva desde la que se mira al sujeto: los impedimentos ven al sujeto en cuanto potencial *contrayente*, al que se le limita su capacidad de obrar; en cambio, la incapacidad consensual mira al sujeto en tanto que *consintiente*, esto es, como «autor singular del acto voluntario de contraer, entendiéndose que no posee la medida de libre voluntariedad racional suficiente para estimar válido su concreto consentimiento»<sup>243</sup>.

Según Viladrich, los impedimentos establecen un marco general de capacidad de obrar, y el c. 1095 se refiere a la capacidad consensual concreta, ejercida aquí y ahora por un sujeto determinado. Pero, ¿no es esa la cuestión a la que se enfrenta el Derecho siempre que tiene que establecer una edad?, ¿no es ese precisamente el punto de partida de la edad en el Derecho, y más en concreto en el Derecho matrimonial?, ¿no se fija la edad atendiendo a que en la generalidad de los casos se posee aquí y ahora la capacidad natural para el matrimonio?, ¿no se acude al caso concreto con una presunción *iuris tantum* en que se admite prueba en contrario? Ahora bien, si la edad es configurada jurídicamente como un impedimento, no podría según Viladrich desempeñar la función había tenido antes y después de la codificación: determinar la capacidad de obrar mínima para contraer matrimonio partiendo de la experiencia, y admitiendo la prueba en contrario para atender al caso particular. Aún así, en la edad como impedimento, el caso

---

<sup>242</sup> J. P. VILADRICH, *Comentario al canon 1095*, en *Comentario exegético al código de derecho canónico*. Vol. III/2, Eunsá, Pamplona 2002, 3ª ed., p 1253.

<sup>243</sup> *Ibidem*, p 1254.

Explica algo más la diferencia: «En línea de principio, por tanto, el sujeto inhabilitado por un impedimento puede elaborar y expresar aquel acto humano de libre voluntariedad racional en que consiste consentir en concreto. Medir la voluntariedad específica del sujeto-autor del consentimiento en singular, en cada acto particular de contraer, es el núcleo de la capacidad consensual. Y esta singular voluntariedad subjetiva no es objeto de ningún impedimento, ni podría serlo, porque esta particular voluntariedad sólo se puede medir en concreto, caso por caso, no pudiendo ser objetivada *a priori* como prohibición genérica del particular acto interno de consentir aquí y ahora de cada sujeto en singular» (*Ibidem*, p 1254).



concreto es considerado mediante la dispensa y las convalidaciones, aunque con las limitaciones propias de estos mecanismos, y con menor respeto al ejercicio del *ius connubii* que en el Derecho anterior –donde existía la excepción *nisi malitia suppleat aetatem*–.

Situada la edad dentro de los impedimentos, Viladrich señala el siguiente fundamento en la edad:

*Este es el sentido de que exista una edad núbil, a saber: que existe otra edad previa que esencialmente no lo es y que, por el simple decurso del tiempo, el sujeto adquirirá la edad núbil. Supuesta esta razón de inconveniencia epocal objetiva, el legislador necesita fijar con prudencia el momento de inicio de la edad núbil*<sup>244</sup>.

Aquí reduce el fundamento del impedimento de edad a la razón de ser del c. 1072 CIC –«la edad en la que según las costumbres de la región se suele contraer»–, que se refiere a una edad conveniente. Si bien habla de edad núbil, como aquella edad «antes de la cual el matrimonio no es un estado substancialmente conveniente»<sup>245</sup>, si lo «substancialmente conveniente» es igual a “obligatorio”, entonces se refiere a la *discretio iudicii* y la *potentia coeundi* –aunque no sea actual–, y en este sentido se reconocería a la edad el fundamento de capacidad natural propio de la tradición jurídica–los decretalistas calificaban la falta de edad como *impossibilitas conveniendi animo et corpore*–; estos extremos de la capacidad natural son los que siempre han guiado al legislador para establecer la edad, señalando así el *quando* inicial de la madurez psicofísica necesaria para ejercer el *ius connubii*. Pero si «substancialmente conveniente» es “recomendable”, entonces estamos dentro del c. 1072, pero fuera del impedimento de edad, siempre referido al mínimo de capacidad. Todo lo que pase de ese mínimo, no es «substancialmente conveniente», sino “convenientemente recomendable”.

Siguiendo a Hervada, la edad núbil se refiere «a la adecuación del matrimonio con el desarrollo de la persona según la dimensión de historicidad de la naturaleza humana»<sup>246</sup>; o dicho de otro modo, la edad núbil designa el momento en que «el matrimonio es una condición de vida proporcionada a su desarrollo personal»<sup>247</sup>. Ese desarrollo personal es el mínimo psíquico-biológico<sup>248</sup> como señala Hervada en este importante párrafo:

---

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 1255.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 1255.

<sup>246</sup> J. HERVADA *et alii*, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico. III Derecho matrimonial (I)*, Ed. Universidad de Navarra, S.A., Pamplona 1973, p. 337.

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 337.

<sup>248</sup> «La naturaleza se limita a señalar un principio de proporción, que es a su vez un mínimo psíquico-biológico: cuando la persona ha alcanzado tanto la suficiente discreción de juicio como la potencia sexual. Únicamente entonces puede hablarse de que el matrimonio es un estado mínimamente proporcionado al hombre. Mas en esta *cuestión de estado* la naturaleza no da lugar a una incapacidad por este capítulo. La incapacidad natural por causa de la edad proviene de otro capítulo distinto, la falta de discreción de juicio suficiente, no pudiendo decirse lo mismo de la impotencia sexual, pues ésta, por ser temporal, no hace nulo al matrimonio», (*Ibidem*, p. 337).



*La naturaleza se limita a señalar un principio de proporción, que es a su vez un mínimo psíquico-biológico: cuando la persona ha alcanzado tanto la suficiente discreción de juicio como la potencia sexual. Únicamente entonces puede hablarse de que el matrimonio es un estado mínimamente proporcionado al hombre. Mas en esta cuestión de estado la naturaleza no da lugar a una incapacidad por este capítulo. La incapacidad natural por causa de la edad proviene de otro capítulo distinto, la falta de discreción de juicio suficiente, no pudiendo decirse lo mismo de la impotencia sexual, pues ésta, por ser temporal, no hace nulo al matrimonio<sup>249</sup>.*

Así pues, Hervada remarca un aspecto de la edad núbil, que estaría en continuidad con la tradición jurídica, pero sin romper con ella: la historicidad de la naturaleza humana. Dicha historicidad nos lleva a considerar la influencia que los factores externos y los aspectos de la personalidad tienen en la capacidad natural, acelerando o retrasando su aparición a una edad variable según las personas, lugares y costumbres.

La edad legal es una formalización positiva de la edad núbil, entendida como la «época idónea, adecuada y propia» para el matrimonio (expresión de Viladrich), o como la edad de la *possibilitas conveniendi animo et corpore* según los decretalistas. Dicho de otro modo, la edad núbil es la edad en que se tiene la capacidad mínima necesaria para contraer matrimonio. Mientras que lo recomendable se contempla en otros cánones, y viene afectado de ilicitud (c. 1072 y c. 1083 §.2), el impedimento de edad del c. 1083 § 1 no es una mera recomendación, sino una figura jurídica clásica, que hoy aparece entre los impedimentos, y que provoca la nulidad del matrimonio contraído sin la previa dispensa. Una mera recomendación no tiene esta fuerza, salvo que se desconozca el fundamento natural de la edad legal matrimonial.

La edad necesaria para contraer matrimonio incluye la valoración del carácter dinámico y realista de la capacidad matrimonial por exigencias de la historicidad de la naturaleza humana. El c. 1095 no tiene la exclusividad en el tratamiento de la madurez necesaria para contraer matrimonio, y mucho menos cuando se trata de casos que no son patológicos, sino que se refieren al normal desarrollo histórico de una persona que va en camino de alcanzar la madurez plena.

El italiano d'Avack, después de estudiar en la historia la conexión del *defectus aetatis* con la *capacitas animi et corporis* –capacidad natural– ante la elevación de la edad matrimonial en dos años por el CIC 17, sitúa su fundamento en la voluntad del legislador. La edad es un impedimento porque así lo establece la norma, y todo matrimonio contraído con anterioridad a la edad legal es nulo por contravenir la ley, con independencia de toda referencia a la capacidad psicofísica real:

---

<sup>249</sup> J. HERVADA *et alii*, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico. III Derecho matrimonial (I)*, Ed. Universidad de Navarra, S.A., Pamplona 1973, p. 337.

Hervada distingue la cuestión de estado, que no tiene reflejo en el texto legal, de la cuestión de la edad. No habría inconveniente en considerar lo referente a la cuestión de estado dentro de la edad núbil, pues a lo largo de la historia, ha sido la edad legal la que ha aglutinado los distintos aspectos que Hervada distingue en la cuestión de estado y en la cuestión de la edad.

El impedimento de edad es un *impedimento dirimente e una causa di nullità assoluta che non ammette eccezioni, cioè in sostanza di attribuire a questa età minima prescritta ex lege il valore di un limite assoluto e inderogabile di capacità, il cui difetto rende automaticamente inhabilis ad matrimonium contrahendum, indipendentemente dalla capacità effettiva sia intellettuale che fisica del nubente*<sup>250</sup>.

Definir el impedimento de edad remarcando la elección del legislador, y no los motivos que la guiaron, no nos aclara nada sobre la edad. Cabe preguntarse por la *ratio iuris*, y aquí no continúa d'Avack, porque no ve el modo de relacionar el evidente fundamento de la capacidad natural –*discretio iudicii* y *capacitas corporis*– con la norma legal. Dicha postura, si bien dota al Derecho matrimonial de seguridad jurídica, lesiona el *ius connubii*. Si la base del impedimento de edad no es la capacidad natural, la posibilidad de acudir al caso concreto mediante la dispensa –donde se valora la capacidad natural– no se entiende. Se convierte a la edad matrimonial en una *recomendación del legislador* que establece quién es capaz de contraer matrimonio al margen de la capacidad natural.

Otro tanto propone Navarrete, que interpreta la codificación de la edad en el matrimonio como un corte radical con la tradición jurídica:

*El Código de 1917 no sólo eliminó estos principios –y, por tanto las relativas presunciones– que vaciaban de fuerza inhabilitante la pubertad legal fijada en 14 y 12 años, sino que además elevó la edad de esta pubertad en dos años para ambos sexos. Desde entonces, esta pubertad legal es una ley invalidante de Derecho eclesiástico, que tiene un tratamiento idéntico al de todas las demás leyes de la misma naturaleza. Efectivamente, esta ley ejerce su fuerza invalidante sólo en los casos en que los sujetos llegan a la pubertad natural antes de la pubertad legal*<sup>251</sup>.

La última frase del texto citado entiende igualmente la naturaleza jurídica de la edad como una *recomendación legal*, desoyendo la conexión *edad-capacidad natural* –o *pubertad legal-pubertad natural*– de toda la tradición jurídica.

Estas propuestas de d'Avack y Navarrete tienen su origen en el desfase de dos años entre la edad de la pubertad legal (c. 88 CIC 17) y la edad legal matrimonial (c. 1067 § 1).

### 3.2. La propuesta doctrinal de elevar la edad

Los autores que proponen subir la edad legal se basan en la necesidad de protección de la institución matrimonial. El matrimonio, institución natural y sacramento, en sí mismo es algo que no tiene crisis, y no precisa ninguna defensa sino claridad en los requisitos de capacidad necesarios para saber cuándo el matrimonio, entre un hombre y una mujer concretos que viven en una época determinada, es válido

---

<sup>250</sup> P. A. D'AVACK, *Età. Diritto canonico*, en *Enciclopedia del diritto*. XVI, Giuffrè editore, Varese 1967, p. 101.

<sup>251</sup> U. NAVARRETE, *Derecho Matrimonial Canónico. Evolución a la luz del Concilio Vaticano II*, BAC, Madrid 2007, p. 470.

por cumplirse con el mínimo necesario. Proteger el matrimonio no es impedir su ejercicio a quien tiene capacidad, sino saber, en primer lugar, cuál es la adecuada, y en segundo lugar, cuándo se adquiere. Las estadísticas sobre la edad en la que de hecho se contrae, no puede ser aplicadas porque no son jurídicas; nunca ha pertenecido a la *ratio iuris* de la edad, calcular la media de años en que de hecho se contrae ni reflejar ninguna praxis de matrimonios *in facto esse*, error en el que caen algunos trabajos sobre la edad, a mi juicio. Una de las grandes utilidades de la edad en la regulación matrimonial es la de señalar la capacidad natural que se exigirá en “todo” matrimonio *in fieri* además de señalar el momento inicial en el que surge esa capacidad.

En otras ocasiones, la elevación de la edad se justifica por la necesidad de equiparar la legislación canónica con las legislaciones civiles<sup>252</sup>. Este argumento no fue atendido por la Comisión codificadora<sup>253</sup>, porque no es una razón propiamente jurídica y porque, en mi opinión, corta todo progreso jurídico-canónico. Es importante no mezclar los ámbitos civil y canónico del Derecho, ni las finalidades de uno u otro. El Derecho matrimonial no tiene, lógicamente, como objetivo, el buscar unas buenas relaciones diplomáticas mediante la equiparación de códigos. Además, los motivos de la elevación de la edad en el ámbito civil, pueden ser extraños a la tradición canónica, y por tanto no serían aptos para su evolución. Al Derecho canónico le importa primero la verdad<sup>254</sup>.

Muchas de las propuestas de elevación de la edad matrimonial se basan en argumentos ajenos a la propia edad legal, rompiendo con la hermeneútica de la continuidad en la tradición canónica, que aplicada a este caso, no implica mantener siempre la misma edad, sino fijar el criterio permanente –*ratio iuris*– que señala la capacidad necesaria para contraer matrimonio, enriquecido por las nuevas aportaciones, y aunque la edad matrimonial varíe de hecho debido al cambio de circunstancias. El problema no está en redefinir la edad legal, sino en detectar la esencia de la misma –la capacidad necesaria– en los contrayentes de hoy.

Otro problema que se plantea a propósito de la edad, es la relación entre las ciencias experimentales, sobre todo con la psicología. El matrimonio no depende de sus conclusiones exclusivamente; las tiene en cuenta por el contenido natural que tiene el matrimonio, pero las interpreta con un método canónico. En esta fase la ciencia experimental no puede decir nada porque no es su ámbito.

---

<sup>252</sup> Cfr. Communicationes 32, 2000, p. 261.

<sup>253</sup> «Aliqui in lucem posuerunt opportunitatem statuendi eandem aetatem in legibus civilibus statutam. Consultores ob rationem nuper dictam, nolunt normam canonis mutare» (Communicationes 9, 1977, p. 360).

<sup>254</sup> Tomando pie del impedimento de *cognatio legali*, la Comisión codificadora establece el siguiente principio aplicable al derecho matrimonial canónico en sus relaciones con las leyes civiles: «Non expedit canonizatio legis civilis; alia ex parte adsunt perplures rationes convenientiae ut tale impedimentum directe statuatur: quod fit in canone. Neque timendi sunt conflictus cum lege civili; plures, enim, habentur normae canonicae (indissolubilitas) quae conflictus cum lege civili gignere possunt, sed haec non est ratio ut supprimantur» (Communicationes 15, 1983, p. 230).

Todas las propuestas enviadas con motivo del CV II sobre el impedimento de edad no atendían a su *ratio iuris*; los cambios se apoyaban en razones extrínsecas a la misma naturaleza del impedimento de edad que están en el ámbito pastoral, o moral, o en el ámbito de la relación con los Estados, pero sin centrarse en un estudio interno del impedimento. No fueron atendidas, lo cual es más relevante que las mismas propuestas.

Como conclusión del capítulo, examinaré los discursos a la Rota<sup>255</sup> de los Romanos Pontífices porque se han referido al problema de la determinación de la capacidad necesaria para contraer, suministrando principios valiosos que quieren iluminar la reflexión doctrinal y la decisión judicial en las causas matrimoniales por incapacidad de los contrayentes. Muchas de las propuestas de elevación de la edad que vimos no tienen en cuenta estos principios. Son los siguientes:

La madurez canónica es el mínimo necesario para contraer<sup>256</sup>.

El matrimonio se hace por el consentimiento de las partes. El amor tiene otra finalidad dentro del matrimonio<sup>257</sup>.

Las exigencias indebidas de capacidad matrimonial vulneran el *ius connubii*<sup>258</sup>.

La anomalía psíquica que determina la declaración de nulidad del matrimonio ha de ser grave<sup>259</sup>.

Los informes periciales no son Derecho canónico, y menos aún cuando son reductivos<sup>260</sup>.

---

<sup>255</sup> Los discursos a la Rota han sido recopilados en una obra de Lizarraga Artola llamada *Discursos pontificios a la Rota Romana* (hasta el año 2001 en la obra consultada), que tiene al final una útil clasificación de materias, con extractos de los discursos, señalando el año y el párrafo. Los discursos se recogen en la web del Vaticano, soporte oficial de los mismos, a la que se ha acudido para su lectura.

<sup>256</sup> «El equívoco puede nacer del hecho de que el perito declara la incapacidad del contrayente no con referencia a la capacidad mínima, suficiente para un consentimiento válido, sino más bien respecto al ideal de una plena madurez en orden a una vida conyugal feliz» (*Discurso a la Rota*, n.º 2, 1988).

También en el *Discurso a la Rota*, n.º 6, 1987: «Con esas investigaciones (periciales) se acaba de confundir una madurez psíquica que sería el punto de llegada del desarrollo humano, con una madurez canónica, que es en cambio el punto mínimo de arranque para la validez del matrimonio».

<sup>257</sup> «En la concepción cristiana de la institución familiar, de ningún modo se puede aceptar una interpretación del amor conyugal que lleve a abandonar o a disminuir en su valor y significado el conocido principio: *matrimonium facit partium consensus*. Principio éste de capital importancia en toda la tradición canónica y teológica y frecuentemente propuesto por el magisterio de la Iglesia como uno de los puntos clave del derecho natural de la institución matrimonial, así como también del precepto evangélico» (*Discurso a la Rota*, n.º 9, 1976).

<sup>258</sup> «Una ampliación indebida de dichas exigencias personales, (...) acabaría infligiendo un gravísimo *vulnus* a ese derecho al matrimonio que es inalienable y que escapa a cualquier potestad humana» (*Discurso a la Rota*, n.º 7, 1999).

<sup>259</sup> «Sólo las formas más graves de psicopatología llegan a mellar en la libertad sustancial de la persona» (*Discurso a la Rota*, n.º 6, 1988).

También en el *Discurso a la Rota*, n.º 7, 1987: «La hipótesis sobre una verdadera incapacidad solo puede presentarse en presencia de una seria anomalía que, sea como sea se la quiera definir, debe aceptar sustancialmente a la capacidad del entendimiento y/o de la voluntad del contrayente».

<sup>260</sup> «Las categorías pertenecientes a la ciencia psiquiátrica o psicológica no se transfieren automáticamente al campo del Derecho Canónico, sin las necesarias adaptaciones que tengan en cuenta la competencia específica de cada una de las ciencias» (*Discurso a la Rota*, n.º 6, 1988).

La dificultad para prestar el consentimiento no hace nulo el matrimonio<sup>261</sup>.

El fracaso en sí mismo, no es una prueba que demuestre la incapacidad<sup>262</sup>.

La valoración de la normalidad de una persona ha de hacerse desde la *perspectiva unitaria y dinámica de la persona*, y no desde el análisis de comportamientos infantiles y conflictivos desgajados de la situación global del sujeto en cuestión<sup>263</sup>.

Estos principios han de guiar el estudio de los canonistas para conseguir una profundización en dos puntos esenciales que se distinguen: 1) una mayor aclaración de las categorías de incapacidad utilizadas por el c. 1095<sup>264</sup>; y 2) la determinación del umbral mínimo por debajo del cual no hay capacidad consensual:

*Queda la difícil tarea de determinar, también con ayuda de la ciencia humana, el umbral mínimo por debajo del cual no se podría hablar de capacidad y de consentimiento para contraer un matrimonio verdadero*<sup>265</sup>.

---

<sup>261</sup> «Sólo la incapacidad, y no ya la dificultad para prestar el consentimiento y para realizar una verdadera comunidad de vida y amor, hace nulo el matrimonio» (*Discurso a la Rota*, n.º 7, 1987).

<sup>262</sup> «El fracaso de la unión conyugal por otra parte, no es en sí mismo jamás una prueba para demostrar la incapacidad de los contrayentes, que pueden haber descuidado, o usado mal, los medios naturales y sobrenaturales a su disposición, o que pueden no haber aceptado las limitaciones inevitables y el peso de la vida conyugal, sea por un bloqueo de naturaleza inconsciente, sea por leves patologías que no afectan a la sustancial libertad humana, sea por fin por deficiencias de orden moral» (*Discurso a la Rota*, n.º 7, 1987).

<sup>263</sup> «Si se hace solamente un análisis descriptivo de los distintos comportamientos, sin buscar su explicación dinámica y sin intentar una valoración global de los elementos que completan la personalidad del sujeto, el análisis pericial está ya determinado por una sola conclusión: no es difícil detectar en los contrayentes aspectos infantiles y conflictivos que, en un planteamiento así, se convierten inevitablemente en la ‘prueba’ de su anormalidad, mientras que a lo mejor se trata de personas sustancialmente normales, pero con dificultades que podían superarse si no hubiera habido un rechazo de la lucha y del sacrificio» (*Discurso a la Rota*, n.º 8, 1988).

<sup>264</sup> «Todavía hay cánones de importancia relevante en el derecho matrimonial, que necesariamente se han formulado de modo genérico y esperan una ulterior determinación, a la que podría contribuir valiosamente la cualificada jurisprudencia rotal» (*Discurso a la Rota*, n.º 7, 1984).

<sup>265</sup> *Discurso a la Rota*, n.º 5, 1997.

### CAPÍTULO III

## LA EDAD COMO PRESUNCIÓN LEGAL DE CAPACIDAD

La técnica jurídica de impedimento codificado aplicada a la edad legal provoca que sea considerada como una simple elección del legislador para la que tendrá en cuenta, no tanto la capacidad natural, cuanto lo recomendable según los criterios de una sociedad.

Ya hemos visto al principio cuál había sido su origen en el Derecho romano, y cómo se había impuesto la postura de los proculeyanos<sup>266</sup>. Del *Corpus Iuris Civilis* pasó al Ordenamiento canónico, recibiendo alguna puntualización (será una presunción *iuris tantum*). Así llega hasta el momento de la codificación. La Ley Provisional de Matrimonio Civil de 1870, la redacción originaria del Código civil, el CIC 17 y la legislación vigente en España, tanto la civil como la canónica, recogen la edad en el matrimonio como un impedimento.

La categoría jurídica de los impedimentos tiene una larga formación a lo largo de la historia, lo que hace difícil determinar el criterio que armonice todos los elementos que en ella se encuentran. Los autores, en su mayoría, se referían a los impedimentos

---

<sup>266</sup> «I primi (sabiniani) volevano fosse quella stessa naturale e fisiologica da accertarsi caso per caso mediante ispezione corporale e che i secondi viceversa affermavano dovesse essere quella giuridica da fissarsi senz'altro mediante una presunzione legale generale» (P. A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico. Il matrimonio. I. Edizione provvisoria per gli studenti*, Giuffrè Ed., Milano 1961, pp.181-182).



como unas circunstancias externas que limitaban el ejercicio del *ius connubii*<sup>267</sup>; estas circunstancias van aumentando en el transcurrir de los años, y algunas van teniendo más afinidad por tener un principio que las unifica, llegando así a las diversas clasificaciones previas a la codificación. El Código civil y el CIC reflejan esas clasificaciones en su sistemática, llevando a capítulos diferentes todo lo relativo al consentimiento, a la forma de celebración prescrita para la validez del matrimonio, y a los impedimentos propiamente dichos –aunque la redacción originaria del Código civil deja unificados los impedimentos en el mismo capítulo, separando sólo los defectos de forma–. Los estudios de la doctrina ponen de manifiesto lo difícil que es señalar su naturaleza jurídica, con posiciones encontradas por el fundamento doble que vimos.

A pesar de que el Código civil y el CIC encuadran la edad entre los impedimentos, los autores, al describir la edad legal y cómo inciden los diferentes mecanismos jurídicos –la dispensa, convalidaciones, efectos del impedimento–, no dejan de acudir a palabras como *presumir*, *presunción*, *prueba en contrario*, *capacidad biológica*, *capacidad psicológica*, elementos todos ellos que componen la presunción legal *iuris tantum*. La edad como presunción legal de capacidad reorganiza de un modo nuevo y más acorde con el régimen general todos estos elementos que afectan a la edad matrimonial, y a los que he hecho referencia en el estudio de la regulación jurídica del mal llamado *impedimento de edad*. Pero es preciso sacar las consecuencias de calificar la edad como presunción legal de capacidad matrimonial.

La reforma de la edad legal del CIC 17 con la elevación de dos años, y del Código civil por medio de la Ley 30/1981 con el establecimiento de la mayoría de edad (18 años) como regla general para contraer matrimonio, acentuó la idea de que la edad es una cuestión que queda a la libre determinación del legislador, quien tendría más o menos en cuenta la capacidad natural mínima que está en relación con la edad. Esta interpretación no respetaría la *ratio iuris* que la edad tiene en el Derecho, no sólo en la parte general, de aplicación en todos los actos jurídicos, sino de un modo especial en el matrimonio. Por ello es necesario explicar el motivo de las reformas, para comprobar si la edad legal matrimonial sigue manteniendo la *ratio iuris* de la edad en la parte general, es decir, si sigue siendo una presunción legal de capacidad natural, en este caso, matrimonial, con las peculiaridades propias de venir referida al mínimo que han de observar todos los contrayentes. Tendremos ocasión de ver la incidencia que los factores sociales han tenido en las reformas, y si forman parte del contenido de la presunción legal.

---

<sup>267</sup> «Quare impedimentum matrimonii stricto sensu definiri debet: quidquid externum iure divino in lege ecclesiastica proposito aut iure mere ecclesiastico personas a contractu matrimoniali arcet» (A. VEERMEERSCH-J. CREUSEN, *Epitome iuris canonici. Tomus II*, Mechliniae, Bruxelles 1940, 6ª ed., p. 206).

## 1. La edad como presunción legal de la capacidad matrimonial

### 1.1. Origen de la edad como presunción legal de capacidad

El origen de la edad como presunción jurídica de capacidad matrimonial se encuentra en Justiniano. Que en la presunción jurídica se remarque su carácter procesal, tiene su origen en el Derecho romano entendido sobre todo como el derecho privado<sup>268</sup> que aplicaban los jueces cuando se ejercitaban las *actiones*<sup>269</sup> como señala d'Ors:

*En realidad, la facultad de reclamar judicialmente es el momento principal de toda relación jurídica, y de ahí que el estudio de las instituciones consista en el de las acciones procesales típicas de cada relación, y que el derecho romano pueda concebirse como un ordenamiento de tales acciones típicas*<sup>270</sup>.

En la época post-clásica (del 230 d. C. hasta Justiniano), el procedimiento formulario –tal fórmula, tal derecho– en el que el magistrado sólo intervenía en la fase *in iure*, que concluía con la *litis contestatio* por la que los litigantes se obligaban a proseguir el proceso ante el juez elegido por las partes en la fase *apud iudicem*, es sustituido por el procedimiento cognitorio, en el que la actividad jurisdiccional del magistrado se extiende al proceso entero, a modo de funcionario judicial, que lleva a cabo su jurisdicción como delegado del Príncipe, lo que le da más poder y protagonismo. En el ámbito de las pruebas, el principio dispositivo cede ante el inquisitivo<sup>271</sup> –el juez puede acudir libremente a las ellas–, aunque para facilitar y contrapesar su función, se establecen las preferencias legales –principio de prueba tasada– y el sistema de presunciones legales<sup>272</sup> –que no deben confundirse con las

---

<sup>268</sup> «Se entiende por Derecho Romano una serie de escritos de aquellos autores que fueron considerados en la antigua Roma como autoridades en el discernimiento de lo justo e injusto (*iuris prudentes*)» (A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona 2004, 10ª ed. Revisada, p. 31).

<sup>269</sup> «En realidad, la facultad de reclamar judicialmente es el momento principal de toda relación jurídica, y de ahí que el estudio de las instituciones consista en el de las acciones procesales típicas de cada relación, y que el derecho romano pueda concebirse como un ordenamiento de tales acciones típicas» (A. d'ORS, *Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona 2004, 10ª ed. Revisada, p. 31).

«El Derecho privado clásico es, en gran parte, un Derecho de acciones y puede ser denominado así porque aparece en forma de remedios o recursos judiciales. Los juristas clásicos no se ocuparon tanto de los derechos y deberes que subyacían en estas acciones, como de las condiciones en que puede disponerse de una acción y de la reparación que con ella puede obtenerse» (F. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, Bosch, Barcelona 1951).

<sup>270</sup> A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona 2004, 10ª ed. Revisada, p. 31.

<sup>271</sup> «Característica del nuevo proceso es el vínculo de las *praesumptiones* a las que está sometido el magistrado. La presunción puede definirse como la obligación del que juzga de deducir de la constatación de un hecho cierto la existencia de otro incierto o no verificado, al cual se vinculan necesariamente determinados efectos jurídicos» (E. VOLTERRA, *Instituciones de derecho romano*, Civitas, Madrid 1996, p. 276).

<sup>272</sup> «La comisión compiladora de Justiniano halló en los clásicos el término 'praesumere' en el sentido de 'opinar'. Recogen estos casos y utilizan el mismo término para indicar que sirve como válido algo que no lleva en sí de una manera absoluta el signo de la validez, puesto que puede probarse lo contrario» (E. LABANDEIRA, *Las presunciones en derecho canónico. Cuadernos 9*, Rialp, 1967, p. 27).

ficciones—<sup>273</sup>. Sobre el contexto de las presuniones jurídicas, Arias Ramos precisa lo siguiente:

*Una limitación de la libertad de aducir y valorar los medios de prueba la constituían las ‘praesumptiones iuris’, consistentes en que, dados ciertos hechos, dispone la ley que se infiera de ellos necesariamente la existencia de otros. Probados aquéllos, no hace falta prueba de éstos, porque la ley los da por supuestos. Cuando tal suposición es tan absoluta que no admite ninguna prueba en contrario, la ‘praesumptio’ se dice que es ‘iuris et de iure’; si tal prueba se admite, la presunción es ‘iuris tantum’<sup>274</sup>.*

Este es el ambiente jurídico-procesal<sup>275</sup> en que surge la inclusión de la *aetas* en el matrimonio como *praesumptio iuris* de capacidad mínima, según la propuesta de los proculeyanos, y que hereda toda la civilización jurídica de Occidente:

*En el Derecho antiguo el criterio (de la capacidad mínima) se regía por la edad considerada normal para la pubertad, esto es, los doce años para la mujer, y los catorce para el varón. Con todo, el criterio de la edad mínima señalada no se entendía de modo absoluto, sino más bien como una presunción, y así, cabía la excepción ‘nisi malitia suppleat aetatem’; es decir, salvo que la naturaleza les haya adelantado los rasgos típicos –también los psíquicos– de la edad núbil<sup>276</sup>.*

En el Derecho romano se configuró como una presunción *iuris et de iure*<sup>277</sup> de capacidad matrimonial, sin posibilidad de la prueba en contrario, que será introducida por los canonistas al fijar la edad como una presunción *iuris tantum*, por el mayor interés del Derecho de la Iglesia en la justicia del caso concreto. En cierta medida, la Iglesia imprime su propio temperamento al Derecho romano, dando lugar también a su desarrollo: «Mientras que en el Derecho secular con frecuencia se acude al cómodo expediente de sustituir la verdad por la seguridad jurídica, en el canónico hay diversas

---

<sup>273</sup> Cfr. A. D’ORS, *Derecho privado romano*, Eunsá, Pamplona 2004, 10ª ed. Revisada, p. 185. Especifica además, que «son desconocidas en el proceso de la época clásica (del 130 a. C. al 230 d. C.) unas reglas sobre presunciones, que consisten en una dispensa de prueba, partiendo de la prueba o evidencia de otro hecho del que el hecho que no se necesita probar depende según la experiencia ordinaria; se distinguen de las ficciones precisamente en partir de una probabilidad» (A. D’ORS, *Derecho privado romano*, Eunsá, Pamplona 2004, 10ª ed. Revisada, p. 163).

<sup>274</sup> J. ARIAS RAMOS *et alii*, *Derecho romano. I. Parte general. Derechos reales*, ERDP, Madrid 1977, 14ª ed., p. 210.

<sup>275</sup> «El concepto de presunción encontró su asiento como hemos visto, en la ley procesal. Pero con los casos particulares de aplicación no sucede lo mismo. Y ello es natural. Siendo la presunción una figura destinada a servir para la regulación de la carga de la prueba, resulta que todo caso concreto de aplicación lleva consigo una ventaja para una de las partes. Este beneficio no puede ser dispensado de una manera general, sino que, al contrario, tiene que ser llevado a los distintos negocios jurídicos y relaciones de derecho en particular, adaptado a los mismos y ligado a ellos. Así es como se comunica vida al concepto inerte y podemos comprender lo que significa que alguien tiene una presunción de su parte» (J. H. Hedemann, *Las presunciones en el Derecho*, RDP, Madrid 1931, p. 225).

<sup>276</sup> J. I. BAÑARES, *Comentario al canon 1083*, en *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Vol. III/2, Pamplona 2002, 3ª ed., p. 1165.

<sup>277</sup> «Giustiniano risolse autenticamente la controversia (entre proculeyanos y sabinianos) in favore della teoria proculeiana, disponendo che ‘quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo pubescere iudicantur, ita et mares post excessum quattuordecim annorum puberes existimantur’ (3, C., V, 60), e sancendo in conseguenza l’inabilità assoluta a contrarre matrimonio per *praesumptio iuris et de iure* e quindi senza possibilità di prova contraria prima del raggiungimento di tale età legale» (P. A. D’AVACK, *Corso di diritto canonico. Il matrimonio. I. Edizione provvisoria per gli studenti*, Giuffrè Ed., Milano 1961, p. 182).

esferas en que tal sustitución no es admisible; piénsese en la validez de los sacramentos y en particular del matrimonio, que no depende simplemente de la regulación jurídica, sino también de unos elementos de hecho señalados por el Derecho divino-positivo o natural»<sup>278</sup>. Con la búsqueda de la mayor justicia se perfeccionó la técnica de la presunción bajo la forma *iuris tantum* con gran proliferación en la Edad Media<sup>279</sup>. En el caso del matrimonio, la cláusula *nisi malitia suppleat aetatem* hace de la edad legal matrimonial una presunción *iuris tantum*.

La admisión de la cláusula *nisi malitia suppleat aetatem*, consistía en un procedimiento de verificación de la presencia de la *discretio iudicii* mediante la prueba de la *capacitas corporis*: esa verificación tenía lugar mediante la *carnalis conmixtio*<sup>280</sup>, o *per signa, puta ex aspectu corporis, vel ex aliis signis extrinsecis* o cualquier otro «dato sufficiente per desumerne l'esistenza in loro di un grado di sviluppo fisiologico»<sup>281</sup>. Esta prueba, basada sobre todo en la dimensión corporal o biológica, ha hecho que algunos autores encontraran el fundamento de la edad en la sola *capacitas corporis*, pero, a mi juicio, se da una confusión, pues la citada cláusula era una prueba de la *malitia o prudentia o discretio iudicii* utilizando mecanismos de prueba basados en la *capacitas corporis*; una cosa es el objeto de prueba, y otra el medio de prueba. La técnica de la presunción jurídica armoniza debidamente los hechos distintos pero relacionados: el hecho probado –*capacitas corporis*–, el hecho presunto –*discretio iudicii*– y el hecho base –la edad–.

<sup>278</sup> E. LABANDEIRA, *Las presunciones en derecho canónico. Cuadernos 9*, Rialp, 1967, p. 17.

<sup>279</sup> «Ya los glosadores se vieron obligados a agrupar la enorme masa de presunciones que se había ido formando. Las clasificaron con arreglo a sus efectos (...) en tres categorías: 1. *Quaedam est talis, cui statuer etiamsi contra quis probaret* (presunción *iuris et de iure*); 2. *Alia, cui statuer, donec contra probatur* (presunción *iuris tantum*); 3. *Alia, cui non statuer aliquo modo, nisi adminicula habeat* (presunción *facti*)» (J. W. HEDEMANN, *Las presunciones en el Derecho*, RDP, Madrid 1931, p. 75).

<sup>280</sup> La discusión sobre los elementos constitutivos del matrimonio, pone de relieve la referencia que la *conmixtio carnalis* hace al *consensus* y por tanto a la *discretio iudicii*: «Mentre cioè Alessandro III era il *consensus de futuro* stesso più la *copula carnalis* che poneva in essere il matrimonio, senza bisogno dell'esistenza di alcun nuovo consenso attuale di contraenti, per Innocezo III viceversa anche in tal caso era appunto e soltanto il *consensus de praesenti* a dar vita al vincolo matrimoniale; solo che questi, ricorrendo i due elementi della promessa precedente di matrimonio e dell'unione sessuale, non era necessario venisse espresso, ma si presumeva per *praesumptio iuris et de iure* effettivamente dato al momento e in virtù della stessa *copula carnalis*» (P. A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico. Volume primo*, Casa editrice del Dott. Carlo Cya, Firenze 1952, ed. innovata, p. 32).

<sup>281</sup> P. A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico. Il matrimonio. I. Edizione provvisoria per gli studenti*, Giuffrè Ed., Milano 1961, p. 391.

«Iure naturae ad validitatem matrimonii ea discretio requiritur qua sponsi essentielles huius contractus obligationes cognoscere et ad illas se sub gravi obligare possint, etiamsi copulae carnalis nondum capaces sint. Quae discretio cum ante pubertatem haberi non *praesumeretur*, Ecclesia, ius romanum imitata, ante Codicem, invalidum matrimonium declarabat quod ante adeptam pubertatem initum esset. Sed cum minus deceret pubertatem ex statu corporis declarare, ius romanum omnibus habilitatem aetate definiverat, sc. 14 annorum in viro 12 annorum in muliere, quod ius ecclesiasticum admisit et retinuit. Veritati tamen praesumptio cedebat, etenim malitia suppleat aetatem; ideoque validum habebatur matrimonium, dummodo constaret sponso copulae capaces, obligationibus essentialibus contractus perspectis, contraxisse» (A. VEERMEERSCH-J. CREUSEN, *Epitome iuris canonici. Tomus II*, Mechliniae, Bruxelles 1940, 6ª ed., p. 236).

La edad como presunción jurídica supuso por un lado, evitar situaciones incompatibles con la dignidad personal como era la *inspectio corporis*; por otro lado, al sustituir los trámites de hecho por la presunción jurídica, se ganó en rapidez y claridad para determinar el inicio de la capacidad de obrar mínima, a la vez que se facilitaba el ejercicio del *ius connubii*.

En el siglo XIX, con la especialización del Derecho en varias ramas y con el desarrollo de la teoría de los derechos subjetivos, surge en la ciencia jurídica la importante clasificación entre Derecho procesal y Derecho material; en el primer grupo se encontrarían las normas formales que regulan la actuación en el proceso y la tutela judicial de los derechos –carácter instrumental–; en el segundo, estarían las normas materiales o sustantivas que los determinan y fundan.

Esta clasificación tiene excepciones, ya que existen normas procesales y materiales a la vez de las que nacen obligaciones y derechos como «las que otorgan y regulan la capacidad de las partes, las que señalan los requisitos de los actos procesales y los efectos de las resoluciones judiciales»<sup>282</sup>, y normas sustantivas instrumentales. La presunción *iuris tantum* tiene ese carácter mixto, con autores que recalcan más el aspecto material<sup>283</sup>, y otros el procesal. Keller se inclina por considerarla de Derecho material «porque las presunciones legales especiales, en cuanto tales, no vierten inmediata y positivamente su fuerza en el proceso, sino que eximen ciertas materias de la prueba y del proceso, y fundan derechos y deberes de carácter material, y sólo en un segundo momento podrían tener efectos procesales»<sup>284</sup>. Es posible por tanto la aplicación de alguna presunción jurídica –es el caso de la edad legal– fuera del ámbito estricto del proceso, aunque si bien no desligada de la admisión de la prueba en contrario –que le da el temperamento procesal– al margen de una controversia ante el juez. Devis Echandía cita algunos ejemplos de estas presunciones legales:

*Las presunciones legales tienen principalmente una función sustancial y extraprocesal, además de la indirectamente probatoria: darle seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial, como a la legitimidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio, a la posesión de las tierras, al ejercicio de los derechos políticos –presunción de capacidad para su ejercicio de los mayores de edad–, etc. Desde este punto de vista reconocen ciertos derechos sustanciales y permiten su ejercicio extrajudicial y judicialmente. Las judiciales o de hombre cumplen una función exclusivamente procesal, sin ser medios de prueba. Es una diferencia muy importante entre los dos tipos de presunciones, que determina la verdadera naturaleza jurídica de las primeras*<sup>285</sup>.

---

<sup>282</sup> E. LABANDEIRA, *Las presunciones en derecho canónico. Cuadernos 9*, Rialp, 1967, p. 131.

<sup>283</sup> «Las presunciones legales son reglas sustanciales con efectos procesales sobre la carga de prueba, pero no verdaderas reglas de prueba. Por esta razón las normas que las consagran son de naturaleza sustancial y no procesal, como lo reconoce la mayoría de los autores modernos, pues el hecho de que una norma sustancial llegue a prestar una función procesal, no altera su naturaleza» (H. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba. Tomo II*, Temis S. A., Bogotá 2002, 5ª ed., p. 684).

<sup>284</sup> KELLER, *De usu praesumptionis in iure canonico*, en «Periodica de re morali et liturgica», XXXIII (1934), p. 15 y 22.

<sup>285</sup> H. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba. Tomo II*, Temis S. A., Bogotá 2002, 5ª ed., pp. 678-679. Un poco más adelante, el mismo autor señala que «las presunciones legales son reglas jurídicas sustanciales para la aplicación del derecho objetivo a ciertos casos concretos, cuyos efectos sustanciales



Otros autores, sobre todo del ámbito civil, insisten en el carácter procesal, rama donde hoy se estudian las presunciones jurídicas, con independencia de su contenido sustantivo o formal; pero incluso aquí, no se identifica la presunción jurídica con la prueba en un proceso judicial, sino que se entiende como un traslado de la misma a un hecho distinto, además de producir una variedad de efectos en distintos momentos «en cuanto al sujeto, al objeto, a la apreciación del juez, a la valoración de las pruebas y a su admisión»<sup>286</sup>.

Es significativo en este sentido el cambio operado en el Derecho civil, que inicialmente recogía la parte general de las presunciones en el cap. V del Libro IV del Código civil, derogado por la LEC 1/2000 de 7 de enero, lugar donde se recogen ahora las presunciones junto a los medios de prueba aunque distinguiéndolas de la prueba en el mismo epígrafe del cap. VI *De los medios de prueba y de las presunciones*-. El CIC 17 y el CIC, dedicado conjuntamente a las normas materiales y procesales, lleva lo correspondiente a las presunciones al Libro dedicado a los procesos, concretamente al cap. VI del título X *De las pruebas* en el CIC 17, y al cap. VI del título IV en el CIC también llamado *De las pruebas*. Las concretas presunciones jurídicas aparecen sin embargo dispersas en el Código civil (artículos 193, 194, 436, 448, 449, 459, 572, etc.), así como en los distintos libros del CIC. Estas presunciones jurídicas codiciales –civiles y canónicas– continúan la tradición jurídica iniciada en el Derecho Romano con la misma naturaleza jurídica y los mismos elementos y efectos propios que entonces.

La edad, que era y actuaba como una presunción jurídica aún estando incluida entre la imprecisa gama de circunstancias que impedían el ejercicio del *ius connubii* hasta el siglo XIX, fue constreñida por la nueva categoría de los impedimentos que surgió en el Código civil y en el CIC; no obstante, la regulación jurídica del llamado impedimento de edad, de su dispensa y de las convalidaciones, es una vía por donde emerge tortuosamente la completa naturaleza jurídica de la edad como presunción jurídica, toda vez que esta técnica mantiene en la codificación la *ratio* genuina que ha tenido a lo largo de la historia del Derecho.

## 1.2. Noción de la edad como presunción legal de capacidad

La presunción legal es una aplicación científico-jurídica de la presunción natural entendida como razonamiento lógico que el hombre lleva a cabo para el conocimiento de los hechos ocultos. El Derecho, movido por criterios ideales de justicia al regular la realidad social, acude a las presunciones como una técnica que posibilita el ejercicio de algunos derechos que exigen condiciones difíciles de demostrar, entre las que está la capacidad, como señala De Santo:

---

se producen fuera del proceso y son reconocidos en este, donde además influyen en la carga de la prueba» (*Ibidem*, p. 681).

<sup>286</sup> E. LABANDEIRA, *Las presunciones en derecho canónico*. Cuadernos 9, Rialp, 1967, p. 137.



*Las presunciones legales, por su parte, también tienen una finalidad sustancial y extraprocesal, de gran relevancia, además de la indirectamente probatoria: otorgarle seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial (legitimidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio, posesión de la tierra, ejercicio de derechos políticos, presunción de capacidad para su ejercicio por ser mayores de edad, etc). Desde este aspecto reconocen ciertos derechos sustanciales y permiten su ejercicio extrajudicial y judicialmente<sup>287</sup>.*

Para evitar que se cree una situación injusta, por ejemplo, que una persona que tiene capacidad mínima para contraer matrimonio no lo pueda hacer por la dificultad<sup>288</sup> que entraña probar la concurrencia de la *discretio iudicii* y de la *capacitas corporis*, el Derecho crea una presunción impidiendo la ineficacia de la norma que reconoce el *ius connubii*.

Los efectos de la edad como presunción legal de capacidad, en un primer momento, no tienen lugar en el proceso por ser una norma predominantemente de Derecho material sobre la capacidad de los sujetos de derechos y obligaciones, lo que provoca un modo de funcionar menos “procesalizado” con respecto a otras presunciones legales.

Tanto el Código civil como el CIC recogen el sistema general de presunciones –en el ámbito civil pasan a la LEC del 2000–; sólo el CIC define la presunción en el c. 1584 § 1 (antiguo c. 1825 § 1. 1º): «La presunción es una conjetura probable sobre una cosa incierta»; esta definición, no sólo coincide con la de autores contemporáneos en el ámbito canónico y en el ámbito civil, sino también con la que da Alciato en el siglo XV recogiendo la tradición anterior:

*Est probabilis coniectura ex certo signo proveniens, quae alio non aduccto, pro veritate habetur. Omnis praesumptio legis est fundata super verisimili<sup>289</sup>.*

De la noción de la edad como presunción jurídica se pueden deducir sus elementos. En primer lugar, el *hecho base*, que es la edad natural computada según las reglas del mismo código, cuya prueba resulta más fácil en orden a la certeza<sup>290</sup>, sirviendo así de indicio o signo del hecho presunto; es el fundamento de la presunción legal de la edad. En segundo lugar, el *hecho presunto*<sup>291</sup>, que es la capacidad natural

<sup>287</sup> V. DE SANTO, *La prueba judicial. Teoría y práctica*, Universidad, Buenos Aires 1994, 2ª ed., pp. 680-681.

<sup>288</sup> Labandeira justifica las presunciones al decir que «mientras será fácil que nos cerciorem de lo externo, presente, manifiesto y universal, surgen graves dificultades al tratar de desentrañar los actos internos ajenos, los ocultos, lejanos o particulares» (E. LABANDEIRA, *Las presunciones en derecho canónico. Cuadernos 9*, Rialp, 1967, p. 125, apoyándose en L. Keller, *De usu praesumptionis in iure canonico*, en «Periodica de re morali et liturgica» XXXIII (1934), pp. 7-8).

Hablando de la razón de ser de las presunciones, el mismo autor sostiene que «hay casos que son de tal trascendencia que impelen al legislador a tomar cartas en el asunto. Las dificultades que ofrece en ocasiones la prueba son una directa amenaza contra la *salus animarum*, el bien público, la justicia, la seguridad, la eficacia de la norma u otro bien que conviene amparar» (*Ibidem*, p. 125).

<sup>289</sup> A. ALCIATO, *De praesumptionibus tractatus*, Venecia 1564, p. 11.

<sup>290</sup> Art. 385. 1. 1.º LEC: «Tales presunciones (legales) sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante la admisión o prueba». En el mismo sentido el derogado art. 1249 establecía: «Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado».

<sup>291</sup> Es la *rei incerta* del c. 1584 CIC (antiguo c. 1825).

mínima para contraer matrimonio –la *discretio iudicii* y la *capacitas corporis*– hecho que en principio es desconocido y cuya prueba resulta difícil y gravosa por tratarse en parte de hechos internos; es el resultado de la presunción legal de la edad. En tercer lugar, la *relacion entre los hechos*<sup>292</sup>, que no ha de ser necesaria, porque si no sería una prueba directa, y no tendría sentido la presunción; es decir, no en todos los casos, ni de forma indubitada se da siempre la capacidad natural mínima para contraer matrimonio al llegar a la edad matrimonial; se establece una presunción porque no hay certeza sino probabilidad, verosimilitud; y ha de ser una relación objetiva –real, extramental, histórica<sup>293</sup>–, no sólo de razón, y que en nuestro caso es la progresiva adquisición de las facultades humanas –*discretio iudicii* y *capacitas corporis*– con el pasar de los años; todavía estamos en el plano fáctico que toma de fundamento el legislador. En cuarto y último lugar, está el *razonamiento presuntivo*, que es el razonamiento lógico basado en la probabilidad, que siguiendo la relación entre el término *a quo* –la edad natural– y el término *ad quem* –la capacidad natural mínima para contraer–, saca una conclusión con eficacia jurídica<sup>294</sup>: dotar de capacidad de obrar matrimonial al que acredite la edad. Por lo tanto, el varón y la mujer de 16 y 14 años respectivamente, tienen la mínima capacidad natural –*discretio iudicii* y *capacitas corporis*– exigida para el matrimonio, porque es probable que la tengan a esa edad, y por ello se les facilita ejercer el *ius connubii*. Este es el sentido del art. 83. 1º –según la redacción originaria–, del c. 1067 § 1 del CIC 17, del c. 1083 § 1 del CIC, y del art. 46 Cc en parte según la redacción de la Ley 30/1981, en continuidad con la tradición jurídico-clásica.

La *probabilidad* es la esencia del razonamiento presuntivo, que permite al legislador, apoyándose en criterios de prudencia humana, establecer la edad legal en un momento en que ni existe una mera posibilidad ni una necesidad<sup>295</sup>. La probabilidad, que admite diversos grados, se basa en la certeza que se tiene sobre la edad, y en la conexión de ésta con la capacidad natural. Para saber el grado de probabilidad ante el que nos encontramos el legislador ha de hacer un cálculo con prudencia, recurriendo a un número significativo de casos, es decir, a la *experiencia*<sup>296</sup>. El papel de la experiencia en la presunción es puesto de manifiesto por Lorca Navarrete:

<sup>292</sup> Es «el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción» (art. 385.2). El c. 1584 CIC lo llama *probabilis coniectura* (antiguo c. 1825).

<sup>293</sup> «No basta para la unión de ambas afirmaciones una simple actividad lógica, sino que se requiere, en mayor o menor grado, la existencia de máximas y criterios de experiencia» (A. M. LORCA NAVARRETE, *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. El nuevo proceso civil*, Dykinson 2000, p. 779).

<sup>294</sup> Precisa Ortells Ramos, que «la consecuencia jurídica de una norma está vinculada a un supuesto de hecho de difícil o imposible comprobación o, simplemente, no comprobado» (M. ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2008, 8ª ed., p. 372).

<sup>295</sup> «La relazione inferenziale tra el fatto ‘noto’ e quello ‘ignorato’ non deve avere alcuna connotazione di ‘necessità’, madeve semplicemente porsi come ‘conseguenza ragionevolmente possibile e verosimile’, secondo un criterio di ‘mormalità’ causale» (L. P. COMOLOGLIO, *Le prove civili*, UTET, Torino 2004, 2ª ed., p. 489).

<sup>296</sup> «Tienen las presunciones en común con los indicios, que se basan en la regla general de experiencia que indica qué es lo ordinario y lo constante en los fenómenos físicos y morales, de los que se presume o se infiere lo ocurrido en el caso particular. A esta regla se llega por un proceso inductivo que parte de la observación de casos particulares análogos; pero en la presunción de origen legal se prescinde de este proceso inductivo previo, que está implícito en la norma» (H. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba. Tomo II*, Temis S. A., Bogotá 2002, 5ª ed., p. 682).

*La presunción es un mecanismo mental interno, con la finalidad de inferir del hecho ya conocido, el hecho desconocido, con un iter de la hilación fundado en la experiencia o a menudo en el 'id quod plerumque accedit'<sup>297</sup>.*

La experiencia, según mi parecer, en ocasiones se ha sobrevalorado en contra de la *ratio iuris* de la edad. Algunos autores se basan en el mayor fracaso de los matrimonios contraídos a temprana edad para proponer su elevación; el mayor fracaso nada nos dice sobre la validez de los mismos, que en principio, gozarán del *favor matrimonii* –no hay razonamiento lógico posible contra un principio general del Derecho–. Otros dicen que proporcionalmente son más las declaraciones de nulidad de los matrimonios contraídos a corta edad que aquellos que se contraen entre personas de más edad; pero tampoco es un razonamiento válido, porque el elemento de comparación no ha de ser el éxito de los matrimonios contraídos a más edad, sino los matrimonios contraídos a los 16 y 14 años para varón y mujer respectivamente, únicos sobre los que versa la presunción legal de la edad, en el supuesto de que el éxito fuera un criterio admisible desde el punto de vista jurídico. Es más, la técnica de la presunción aplicada a este ámbito de determinación de la capacidad mínima matrimonial, lo que indica precisamente, es la voluntad del legislador de no acudir a una edad donde haya casi una certeza absoluta sobre la capacidad natural para contraer, sino aquella edad que señale el punto mínimo e inicial de dicha capacidad aunque implique un cierto “riesgo”; este modo de proceder se basa en el prudente respeto al ejercicio del *ius connubii* que el legislador debe facilitar.

Ese riesgo asumido se presenta en dos direcciones: la negación de la capacidad de obrar matrimonial a los que tienen menos edad y que sin embargo pueden tener capacidad natural para contraer, y la atribución de la capacidad de obrar a los que en cambio pueden carecer de la capacidad natural mínima a pesar de tener la edad legal. Estos riesgos son amortiguados, en el primer caso, al configurarse la edad como presunción legal *iuris tantum*, que permite la admisión de la prueba en contrario por medio de la dispensa y las convalidaciones –para los que tienen menos edad–; y en el segundo caso, los riesgos se tratan de evitar a través del expediente matrimonial previo en el que se hace un somero examen de la capacidad de los contrayentes, y por el proceso judicial en el que se declare la nulidad matrimonial de aquéllos que teniendo la edad legal no tienen la capacidad natural mínima que la ley presume–. La prueba recibida por estos mecanismos tiene por objeto la *malitia* –o *prudentia* o *discretio iudicii*–, que es la capacidad natural a la que hacía referencia la antigua excepción *nisi malitia suppleat aetatem*.

La experiencia permite distinguir la presunción de otra figura jurídica: la ficción<sup>298</sup>. A la presunción le interesa la verdad objetiva, y a ella sirve apoyándose en la

---

<sup>297</sup> A. M. LORCA NAVARRETE *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. El nuevo proceso civil*, Dykinson 2000, p 778.

<sup>298</sup> «La ficción es un mandato legal que no se basa en ninguna regla general de experiencia, en lo constante de los fenómenos físicos o morales y ni siquiera en su carácter ordinario, sino en la voluntad del legislador que parte de una base absolutamente contraria: el conocimiento de que la realidad es distinta» (H. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba. Tomo II*, Temis S. A., Bogotá 2002, 5ª ed., p. 691).

experiencia, a diferencia de la ficción, que establece como verdad jurídica algo que sabe que no pertenece a la realidad. La presunción parte de lo dudoso para llegar a lo real y jurídicamente cierto, la ficción de lo cierto para llegar a lo jurídicamente falso.

El elemento de la experiencia ayuda a la configuración de la presunción legal y le permite una conexión con la realidad social porque es el principio de normalidad de la producción de los hechos:

*La presunción legal se basa en la admisión general por el legislador del que puede llamarse principio de normalidad de la producción de los hechos (la regla de *id quod plerumque accedit*), pero nada impide que ese principio no sea aplicable en un caso concreto, y de ahí la necesidad de admitir la prueba en contrario pues, como dice la STS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999, 4731), cabe su destrucción si por los motivos adecuados se impugna o bien la acreditación del hecho básico o bien que la deducción es manifiesta y claramente errónea<sup>299</sup>.*

Pero cuando el recurso al caso concreto del que habla Montero Aroca pasa a ser la regla general, es preciso proceder a un cambio legislativo motivado por el cambio de la regla *id quod plerumque accedit*. Este es el motivo de la reforma del CIC 17 con la elevación de la edad legal en dos años tanto para el varón como para la mujer. Ya vimos cómo esta elevación había provocado una confusión sobre la naturaleza jurídica del entonces c. 1067 § 1 y que continúa con el actual 1083 § 1 CIC. En el apartado siguiente veremos cómo un cambio en la experiencia ha de producir lógicamente un cambio en la presunción legal, ya que esta técnica es un modo peculiar de contacto del Derecho con la conducta humana real que pretende regular. Asimismo, examinaré las diferencias entre el ámbito civil y canónico a la hora de configurar la presunción legal de la edad matrimonial.

## **2. La extensión de la edad como presunción legal de capacidad**

### **2.1. Lo natural y lo socio-cultural**

La experiencia, entendida como la conjunción que se da en la realidad entre el hecho presunto y el hecho base, puede variar por influencia de los diversos factores que inciden sobre ellos, máxime cuando esos hechos son actos internos que dependen de las facultades humanas y que van emergiendo en contacto con la realidad familiar y social de su época<sup>300</sup>. El legislador canónico supo leer en 1917 este cambio social, estableciendo la elevación de dos años en la edad legal matrimonial, reconociendo con ello la repercusión que lo social tiene sobre lo natural –*discretio iudicii* sobre todo, pero también la *capacitas corporis*–.

<sup>299</sup> J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Pamplona 2007, 5ª ed., p.187.

<sup>300</sup> «La precocidad en la adquisición de la madurez personal, la ayuda prestada por la familia y la sociedad a los matrimonios jóvenes, la necesidad en que se encuentran, etc., son, entre otros, un conjunto de factores históricos y culturales, cuyo enjuiciamiento corresponde al derecho positivo» (J. HERVADA, *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Eunsa, Pamplona 2000, p. 647-648).

Puesto que se trata del ejercicio del *ius connubii*, que es un derecho humano, esa elevación de la edad sólo está justificada en cuanto esos factores diversos influyen en la capacidad natural, alterando la probabilidad de que a determinada edad se tenga la concreta capacidad adecuada. Veremos esa “naturalización” de los factores sociales, y en qué modo pueden afectar a la capacidad.

Es preciso señalar, previamente, unas cautelas necesarias que permitan un correcto uso de las fuentes de producción de los hechos que sirven de base para establecer la presunción legal de capacidad matrimonial, evitando caer en la estadística como criterio no jurídico que legisle sobre la edad: el matrimonio es antes que nada una institución natural, no una praxis.

Puesto que la edad en el matrimonio es una cuestión jurídica, no estadística, la praxis de la edad en la que de hecho se contraen los matrimonios nada aclara a nuestro tema. Desde el Derecho romano se señalaba la edad a partir de la cual se podía contraer, no que fuera la edad media en que de hecho se contraía; tampoco se entendía como un consejo del legislador. Si la edad legal no era ni es la praxis habitual, habrá que pensar que fueron otras las razones para fijarla en 14/12 años para hombres y mujeres respectivamente –regulación anterior–, en 16/14 años en el CIC, y entre 14 y 18 años en el Código civil –siendo los 18 años la regla general–, como la de señalar el momento inicial en que se tiene la capacidad de obrar mínima para el matrimonio. Sobre la relación entre Derecho y Sociología, Navarro-Valls precisa lo siguiente:

*La Sociología, en la medida que clasifica hechos, mide grados de urgencia, y determina leyes tendenciales del comportamiento humano, supone tan sólo uno de los niveles de atención del jurista, que deberá enjuiciar los datos sociales desde la perspectiva más amplia de quien sabe que el Derecho no es un simple precipitado de la realidad humana, sino también y antes una realidad en sí que se comporta formalmente frente a los hechos, intentando encauzarlos y, a veces, dando una respuesta negativa a lo que el análisis meramente social y estadístico pretendidamente plantea como razonable afirmativa jurídica. Esto no significa que no comparta las preocupaciones metodológicas que postulan una mayor interrelación entre Derecho y Sociología*<sup>301</sup>.

El mismo autor llama la atención ante una posible actitud del jurista: «Tendemos a hurgar en la patología de las instituciones, sin valorar, a veces, la sanidad del conjunto»<sup>302</sup>; esta actitud tendría su correlato en la legislación «tentacular que trata de adaptarse a todas las vicisitudes de la pareja, creando así una legislación de remedios más que de modelos»<sup>303</sup>. La consecuencia más profunda es «la conceptualización del matrimonio como un hecho *cultural* y no *natural*»<sup>304</sup>.

La edad como presunción legal de capacidad señala que la *discretio iudicii* proporcionada al matrimonio acontece a unos años determinados; un cambio en la

<sup>301</sup> R. NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y derecho*, Tecnos, Madrid 1995, p.39.

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>303</sup> *Ibidem*, pp. 129-130 (es una idea que refiere a P. Rémy, recogida en su obra *Philosophie du mariage civil dans la législation contemporaine*).

<sup>304</sup> *Ibidem*, p. 133.



experiencia –esa regla de lo que generalmente ocurre–, justifica que antes fuera una edad en los textos legislativos y luego otra.

A partir de aquí, me centraré en el ámbito canónico porque la doctrina le ha prestado más atención, y porque mantiene de modo más reconocible la *ratio iuris* que la edad legal ha tenido en la tradición jurídico-clásica. Y en el apartado siguiente, señalaré la extensión que tiene la edad legal como presunción jurídica de capacidad, donde se apuntarán las diferencias entre el régimen canónico y el civil.

El autor más influyente en la redacción del CIC 17 fue Gasparri, así como en las posturas de los autores sobre la naturaleza jurídica de la edad legal matrimonial. El CIC 17 considera como un impedimento más la edad legal para el matrimonio; además, elimina la cláusula *nisi malitia suppleat aetatem*, y por último separa sistemáticamente la edad del resto de circunstancias de la capacidad natural con relevancia canónica –como el *defectus discretionis iudicii*–; la interpretación que se da de estos cambios suponía una ruptura con la *ratio iuris* de la edad en el matrimonio.

Este es el contexto de la elevación de la edad en dos años, que Gasparri justifica con la siguiente afirmación que hubiera de tener una gran influencia en la doctrina:

*Ecclesia iure meritoque maiorem aetatem exigit pro matrimonii validitate, quia mentis discretio necessaria, si ante hanc aetatem habeatur, debilis<sup>305</sup> est, matrimonii usus sanitati et parentum et filiorum valde nocere solet<sup>306</sup>.*

Este texto suscita algunas cuestiones: ¿la afirmación «*mentis discretio debilis est*» significa que es la «*mentis discretio necessaria*» para el matrimonio o no? ¿qué significa «*debilis est*»? Si es «*sufficiens*» como afirma, ¿no sigue siendo acaso el mismo criterio que antes, a saber, el de marcar el «*minimum necessarium*» para prestar el consentimiento? Entonces ¿por qué se dice que *debilis est* si la edad legal matrimonial no tiene otra función que marcar el mínimo necesario y no lo más conveniente? Y si por el contrario no es «*sufficiens mentis discretio*», ¿cómo es posible que «*ante hanc aetatem* (16/14) *habeatur*»?

Este texto muestra lo difícil que es señalar cuándo se da la capacidad mínima, dificultad que siempre ha acompañado a la edad en el matrimonio, debido al interés de la Iglesia en saber con la mayor precisión posible el momento inicial en que se puede prestar el consentimiento matrimonial, pues el *ius connubii* no debe ser limitado por la edad legal allí donde hay capacidad natural. Esta problemática se ha resuelto en el Derecho con las vías que se abren para atender al caso concreto, aunque razones de una mínima seguridad jurídica imponen el recurso a la edad legal. La dificultad estriba en la

<sup>305</sup> «El término *debilis* no es adecuado para referirlo a la ‘discreción de juicio’, puesto que, siendo éste un concepto relativo a la capacidad de obrar, no admite grados: entre la capacidad y la incapacidad no existe un término medio. Si no se tiene en cuenta esto, se llegaría al absurdo de pensar que Gasparri permitiera la celebración de las nupcias a personas que, por su escasa edad, deberían ser consideradas incapaces de consentir, desde el punto de vista del derecho natural» (F. J. AMERISIO, *El fundamento del impedimento de edad. Evolución histórica y doctrinal*, Ateneo Romano Santa Cruz, Roma 1985, p. 158).

<sup>306</sup> P. CARD. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio, Vol. I*, Typis Polyglottis Vaticanis, Vaticano 1932, p. 291.



determinación de la capacidad real del hombre concreto, con su particular desarrollo psicofísico con el que va progresivamente haciéndose cargo de las distintas realidades.

La elevación de la edad es el intento de seguir la estela que la experiencia marca como la primera edad en que se puede llegar a consentir. En el CIC 17 se observa que la discreción de juicio acontece más tarde de lo considerado en el Derecho anterior, y llevado, no por el afán de regular el *ius connubii* sino por el interés de facilitar su ejercicio, eleva la edad. No ha cambiado tanto la norma como la capacidad natural que la norma presupone, y que pide un cambio legislativo acorde con el modo de funcionar la presunción jurídica de la edad. La importancia de estos factores es señalada por Hervada en el siguiente texto:

*El acto de dar una norma importa una elección. Esta elección está desde luego condicionada por una serie de factores, de los cuales los principales son el Derecho divino y la naturaleza de las cosas. No puede ser pues, una decisión voluntarista, como pretende la doctrina del voluntarismo jurídico. Por el contrario, implica, junto a una voluntad de justicia, el conocimiento de la realidad y de los factores condicionantes. ¿Por qué el conocimiento de la realidad? Porque los fines a los que se tiende y los principios que deben ser aplicados hacen referencia inmediata a la situación real. Es ésta la que ha de ser social y justamente ordenada, y en consecuencia debe serlo según su propia naturaleza y situación histórica<sup>307</sup>.*

Advirtió Gasparri que a la edad de 14/12 años no se daba la *debita mentis discretio*, elemento clásico en la edad matrimonial, y al proponer elevar la edad en dos años, se producía un distanciamiento con la *capacitas corporis* —el otro elemento de la capacidad natural que concurría casi simultáneamente con la *discretio iudicii*—, lo que lleva a justificar la reforma legal en las circunstancias sociales y de mentalidad de la época, y no en la capacidad natural que era el fundamento de la edad legal en el Derecho anterior. Pero al romper aparentemente con este fundamento natural, unido a la inclusión de la edad legal entre los impedimentos y además de Derecho eclesiástico —según los entiende el CIC 17<sup>308</sup>— hace que se pierda el carácter positivo y dinámico que la edad tenía en la determinación de la capacidad de obrar. Venía facilitado por la proliferación de impedimentos a lo largo de la tradición jurídico-matrimonial.

La edad, en tanto que presunción legal, siempre parte de unos datos de la experiencia, en la que se atenderá a la *debita mentis discretio* y menos a la *capacitas corporis*, con toda la influencia del factor social que pueda haber sobre estos hechos, ya que la capacidad de obrar es poder contraer matrimonio, en cuanto se tenga la capacidad natural mínima, por un sujeto concreto que vive en una sociedad determinada; pero al ser un impedimento de Derecho eclesiástico, hace que se distorsione su vinculación con el núcleo esencial de la capacidad natural —que a su vez está en conexión con los fines del matrimonio—. Aún así, la doctrina posterior no puede dejar de hablar de *praesumitur* al describir el modo de funcionar del llamado *impedimento de edad*, y llegan a una

<sup>307</sup> J. HERVADA, *Introducción al derecho canónico*, Eunsa, Pamplona 2007, p. 84.

<sup>308</sup> El modo de entender los impedimentos en el CIC 17 y en el CIC es distinto del modo en que los entendía el Derecho anterior, donde aparecían como una categoría no delimitada que permitía que cada uno de los impedimentos conservara su peculiaridad. En el caso de la edad legal se conservaba la cláusula *nisi malitia suppleat aetatem*.

solución extraña que ya se encontraba en Gasparri: la edad es un impedimento de Derecho eclesiástico referido a la *capacitas corporis*, pero por otra parte es un impedimento de Derecho natural en lo que se refiere a la *debita mentis discretio*. Este es un planteamiento difícil de conjugar que provoca grandes dificultades en el tratamiento de la edad matrimonial codificada.

También en la fase de preparación del CIC hay varios textos que reflejan el debate sobre la importancia que se deba dar a los factores sociales en la regulación jurídica de la edad. Por ejemplo, se hablaba de unas razones sociales en las que en principio se basaba la legislación civil para exigir una edad mayor: «Rev.mo septimo Consultori canonizatio non placet, quia leges civiles respiciunt quandam maturitatem socialem nupturientum vel ob alias rationes, puta demographicas, altiore aetate exigere possunt»<sup>309</sup>. Otro Consultor habla de la conveniencia de atender a esas razones sociales: «Rev.mus Relator censet magis attendendas esse rationes quae gubernia civilia induxerint ad exigendum aetatem altiore. Christiani necessitates sociales ignorare nequeunt. Ipsi non licet negligere bonum sociale, promovendum, ne in remedium concupiscentiae quidem»<sup>310</sup>.

Un paso más en la consideración de los factores sociales se da en el siguiente texto, calificándolos tan esenciales para el matrimonio como el consentimiento: «Rev.mus secundus Consultor consentit cum Exc.mo duodecimo Consultore et censet consensum non esse unicum elementum essenziale ad matrimonium faciendum; pro diversis enim culturis populorum possibile est et de facto evenit ut alia elementa essentialia habeantur. (...). Matrimonium est institutum praeprimis sociale, cuius notio et vis necessario cum progressu culturae intime ligatur, prout nempe cardo populi stat aut in familia sensu lato se *clan*, aut in familia sensu stricto, et prout valor personalitatis plene, minus aut parum agnoscitur. Es his oriuntur elementa essentialia matrimonii in fieri quae non agnoscere debemus»<sup>311</sup>. Hasta aquí los textos que reflejan la importancia que tiene la atención dada a las razones sociales que envuelven al matrimonio.

Desde otra perspectiva, en un principio se planteó conjuntamente la edad legal matrimonial necesaria para la validez del matrimonio junto al mandato a los pastores de desaconsejar el matrimonio de aquellos que tuvieran una edad inferior a la que normalmente se contrae en la región<sup>312</sup> por la importancia que ya en el CIC 17 daba al elemento cultural y social.

Una vez mostrada la importancia de estos factores sociales, es necesario aclarar la repercusión jurídica que pueden tener en la edad legal matrimonial, que comprende únicamente la capacidad natural y sus modificaciones. Dicho de otro modo, y siendo

---

<sup>309</sup> Communicationes 32, 2000, p. 261.

<sup>310</sup> Communicationes 32, 2000, p. 261.

<sup>311</sup> Communicationes 33, 2001, p. 38.

<sup>312</sup> Después del impedimento de edad en el c. 1067. 1, el apdo. 2 establecía: «Licet matrimonium post praedictam aetatem contractum validum sit, curent tamen animarum pastores ab eo avertere iuvenes ante aetatem, qua, secundum regionis receptos mores, matrimonium iniri solet» (Communicationes 32, 2000, p. 283).

firme el principio de que el *consentimiento hace el matrimonio*, lo que toca plantearse es lo siguiente: ¿en qué medida las condiciones sociales afectan a la discreción de juicio necesaria para prestar el consentimiento? , ¿en qué medida lo social afecta a lo natural?

Las respuestas que se den tienen que tener en cuenta que la capacidad natural ha de ser definida en medio de una gran diversidad de pueblos y culturas, como también se hace mención en el proceso de elaboración del CIC: «notat, praeterea, gradum discretionis coherere cum gradu culturae singulorum hominum et populum, qua causa difficilis evaderet redactio normae quae omnibus applicari posset»<sup>313</sup>.

No es lo mismo lo que opera desde fuera, restando y quitando la capacidad normal –como las enfermedades–, que aquellos factores que modifican desde dentro el surgir de esa discreción de juicio; aquellos siguen siendo vistos por el Derecho como elementos exógenos, lo que es distinto de los factores sociales que se incorporan a la capacidad natural dándole un nuevo modo de ser y manifestarse, entrando por tanto bajo la presunción legal de capacidad matrimonial. A continuación, veremos cuándo los factores sociales importan para la edad legal matrimonial por comprometer verdaderamente la mínima capacidad.

La capacidad matrimonial emerge en contacto con el contexto social, y se basa no únicamente en lo natural *dado*, sino en lo natural *adquirido* que es el desarrollo de lo natural *dado*<sup>314</sup>. Lo cierto es que no existe una naturaleza estancada, parada, inmovilizada, pasiva. La naturaleza humana se desenvuelve en la historia, en el tiempo, y crece: es la *naturaleza adquirida*<sup>315</sup>, a la que corresponde emitir el consentimiento natural. Ya vimos cómo Hervada había puesto de manifiesto la importancia de la historicidad del hombre para la edad núbil, que conlleva una atención a varios factores:

*La madurez por edad para el matrimonio tiene un supuesto natural que es la conjunción de la capacidad para consentir, la potencia sexual y el desarrollo de la responsabilidad personal; pero alcanzar esa madurez no depende sólo de factores naturales, sino también de factores históricos y culturales que escapan a lo estrictamente natural*<sup>316</sup>.

Respecto la edad núbil, se ve que es difícil precisar qué es lo estrictamente natural de lo simplemente natural, y diferenciarlo de lo que no es ni siquiera natural. Pero es preciso hallar el criterio de la mínima capacidad natural para contraer matrimonio con todo su contenido con independencia de su origen.

Puesto que el ámbito de aplicación del Derecho canónico es universal, es preciso acudir a lo que de común tienen todos los hombres y mujeres –la capacidad natural mínima–, que será donde las variables serán menores. Se justifica por un nuevo título acudir a la técnica de la presunción jurídica que admita prueba en contrario para acudir

<sup>313</sup> Communicationes 33, 2001, p. 63.

<sup>314</sup> «Es preciso tener en cuenta que el hombre es naturaleza e historia, o visto desde otro punto de vista, que el hombre tiene, junto a lo naturalmente dado, inventiva y autonomía para moldear su destino» (J. HERVADA, *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Eunsa, Pamplona 2000, p. 647).

<sup>315</sup> Término utilizado en el entorno de la filosofía de Leonardo Polo.

<sup>316</sup> J. HERVADA, *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Eunsa, Pamplona 2000, p. 647.

al caso concreto, y lograr así el equilibrio de una norma de aplicación universal: «dadas las variables posibles en relación con esta etapa (pubertad), en función de las características personales, el único criterio factible para la presunción de la aptitud requerida, en el Derecho, es la concreción en años transcurridos desde el nacimiento»<sup>317</sup>.

Los factores sociales, con interés para la edad legal matrimonial, son los que afectan a la *inclinatio naturae* de la que hablaba Santo Tomás de Aquino. Actualmente, la *inclinatio naturae* no llevaría a la *discretio iudicii* a desarrollarse en una edad temprana por no encontrarse en el contexto social ni ejemplos, ni posibilidades, ni configuraciones que lo contemplen, ni opiniones favorables, etc; casi nadie, poco antes de llegar a la edad legal del c. 1083 § 1, tiene en su horizonte existencial contraer matrimonio. Bajo el Derecho anterior, no es que siempre se contrajera matrimonio con 14/12 años, pero a esa edad ya existía un cierto planteamiento de la posibilidad de un matrimonio no muy lejano, que unido a la *inclinatio naturae*, facilitaba una respuesta de maduración psicológica eficaz en orden al futuro matrimonio. Se daba por hecho que la *discretio iudicii* existía, y lo que planteaba problemas a la canonística era determinar cuándo tenía lugar la *capacitas corporis*, madurez corporal que iba unida a la madurez psicológica; por eso la *capacitas corporis* se configuró como el elemento sobre el que recaía la prueba en contrario de la presunción legal de la edad, lo que llevó a reconocer a una parte de la doctrina, que el fundamento de la edad legal matrimonial era sólo biológico como ya vimos.

Dada la influencia que los factores sociales tienen en la capacidad natural para el matrimonio, nos preguntamos ahora si debe ser recibido por la edad legal cualquier factor social con independencia del sentido de su influencia. Es decir, ¿todo factor social es objeto de la experiencia que la presunción tiene en cuenta? En este punto, la postura que se adopte dependerá de las respuestas que se den a las siguientes cuestiones: ¿qué es lo natural?, ¿lo que surge, sean cuales fueren sus fuentes, o lo que tiende a lo justo según un modelo de hombre y de sociedad?, ¿en qué se fundamentarían esos modelos?, ¿no habría que diferenciar entre aquellas circunstancias sociales las que se oponen a la *inclinatio naturae*, y las que tratan de fortalecerla y orientarla? La respuesta, a mi modo de ver, ha de ser negativa porque el Derecho es el arte de lo justo<sup>318</sup> en las relaciones sociales, no de lo habitual.

La presunción legal de capacidad matrimonial implica una ley humana que se refiere a un aspecto del matrimonio, institución natural. La elección del legislador debería tener los criterios que cita Hervada: «dentro del Derecho divino, y junto a un núcleo de normas inmutables que regulan de modo completo una relación social, existen otros dos tipos de normas: a) aquellas que señalan una relación jurídica genérica, que se

---

<sup>317</sup> J. I. BAÑARES, *Comentario al canon 1083*, en *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Vol. III/2, Pamplona 2002, 3ª ed., p. 1167.

<sup>318</sup> «El legislador humano tiene la misión de gobernar y regular la vida social y, por consiguiente, reconocer o no las nuevas situaciones sociales de acuerdo siempre a la justicia» (J. HERVADA, *El ordenamiento canónico*, Eunsa, Pamplona 2008, p. 102).

concreta por una disposición positiva; b) aquellas que pertenecen a la historicidad del hombre, al ámbito de lo mudable de la naturaleza humana y al constante surgir de nuevas situaciones, a su transformación o a su desaparición. También en estas nuevas situaciones hay un núcleo de orden natural, de ese orden ínsito en la naturaleza de las cosas, que el legislador humano ha de tener en cuenta si sus leyes deben ser justas. (...) Esto es especialmente válido para el segundo caso en el que más que un orden siquiera incompleto, lo que hay es un principio de orden»<sup>319</sup>.

Por tanto, el legislador, al establecer la edad legal, ha de considerar todos los factores sociales<sup>320</sup> que inciden en la capacidad natural, y a la vez las exigencias de orden y justicia que surgen del matrimonio y de la naturaleza humana<sup>321</sup>.

## 2.2. Diferencias entre el Código civil y el Código de Derecho canónico

La extensión de la edad legal como presunción jurídica en el Código civil difiere de la estudiada en el CIC, como consecuencia de la diversa recepción que la tradición jurídico-clásica ha tenido en este punto en uno y otro ámbito.

El Código civil –según su redacción originaria–, mantiene la edad de 14/12 años (art. 83. 1º) para varón y mujer respectivamente, mientras que el CIC 17 eleva la edad en dos años (c. 1067 § 1) que queda en 16/14 años, por las razones sociales que afectaban coherentemente a la mínima capacidad natural para el matrimonio. Estos factores sociales no son propios de ningún ordenamiento, sino que se presentan ante las legislaciones –civil y canónica– reclamando una reforma legislativa que los incorpore. La misma estructura de la presunción jurídica, basada en la experiencia –generalidad de los casos–, pide un cambio legislativo cuando cambian las circunstancias. Y aquí comienzan las diferencias entre el ámbito civil y el ámbito canónico.

La promulgación del Código civil viene separada únicamente por veintiocho años de la del CIC 17, por lo que el contexto social de uno y otro código es similar. Mientras que el CIC 17 observó un cambio en el momento en que acontecía la mínima capacidad natural por una serie de factores sociales que la modificaban –que llevó a la elevación de la edad legal en dos años–, el Código civil mantiene, antes este mismo contexto social, la edad de 14/12 años para el varón y la mujer respectivamente. Así, la extensión de la presunción legal de capacidad matrimonial comprende, en la edad civil, la sola capacidad natural –considerada de modo estático, en abstracto–, y en la edad canónica, esa misma capacidad natural más sus modificaciones por los factores sociales

---

<sup>319</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>320</sup> «Pero toda la realidad social, aunque presente una gama de posibilidades de ordenación en la cual se funda la opción legislativa, tiene un núcleo fundamental de orden incoado; presenta un núcleo de normatividad, porque toda la realidad tiene naturalmente un sentido y una dirección» (IDEM, *Introducción al derecho canónico*, Eunsa, Pamplona 2007, p. 120).

<sup>321</sup> «La estructura jurídica existe en función de la realidad social. Su razón de ser y existencia se funda en estas dos coordenadas: una realidad social que ha de ser regulada; y las exigencias de orden y justicia a las que la ley pretende servir» (*Ibidem*, p. 120).

—de acuerdo con la historicidad de la naturaleza humana—. La distinta extensión en la edad como presunción legal de capacidad matrimonial justifica la diversa regulación jurídica. No obstante, tanto el Código civil —redacción originaria—, como el CIC 17 —y el CIC—, mantienen la *ratio iuris* de la edad en el mínimo de capacidad natural, aunque con distintas consideraciones al definirla.

La segunda diferencia sobre el alcance de la presunción entre el CIC y el Código civil se debe a la reforma introducida por la Ley 30/1981 en este último, por la que se establece la edad de 18 años como regla general para ejercer el *ius connubii* (art. 46 Cc). Esta es la mayoría de edad en la que se tiene la plena capacidad de obrar para todos los actos jurídicos —con alguna excepción—, como se recogía ya en el art. 12 CE.

Según la citada reforma, si bien la regla general es la mayoría de edad, se puede contraer matrimonio desde los 14 años mediando la oportuna dispensa, desde la emancipación por previo matrimonio, y desde los 16 años por la emancipación obtenida en los restantes casos. La edad legal civil aparece escalonada en los 14, 16 y 18 años; la edad como presunción legal de capacidad matrimonial se extiende, en los 14 años, a la sola capacidad natural, y a medida que se va alejando de esa edad va teniendo en cuenta nuevos elementos que pasan a incorporarse en la edad legal como presunción jurídica de capacidad. Los autores fundamentan la elevación de la edad legal hasta los 18 años —regla general— en exigencias de madurez, lo que está fuera toda duda; lo que no es tan claro es que la edad de 18 años sea el momento inicial de la mínima madurez para contraer matrimonio. Ante esto cabe la siguiente pregunta: la edad legal de los 18 años, ¿es una presunción legal de la mínima capacidad matrimonial o es una recomendación legal? En este último caso, se habría roto la continuidad con la *ratio iuris* que la edad ha tenido en la tradición jurídico-clásica, al extender la edad legal matrimonial a elementos que no constituyen la mínima capacidad natural. Es preciso recordar, que tal planteamiento aparece fuertemente matizado por la posibilidad de contraer matrimonio desde los 14 años y desde la emancipación.

### **3. Las características de la edad como presunción legal de capacidad**

#### **3.1. Notas generales de la edad legal matrimonial**

En primer lugar, la edad como presunción es *legal*. Hace referencia al origen de la presunción en el legislador<sup>322</sup>, y no en el razonamiento del juez para obtener la certeza necesaria en alguna resolución. El legislador señala en la norma una edad cierta —hecho base—, en virtud de la cual se hace depender la capacidad natural mínima —hecho presunto—, y de donde se deducen unas consecuencias jurídicas precisas —capacidad de obrar matrimonial— que han de ser aplicadas en la fase administrativa y judicial. La configuración técnica de la edad como presunción legal de capacidad pretende, por una

---

<sup>322</sup> Art. 46. 1 Cc y c. 1083 § 1.



parte, salvaguardar el aspecto natural de la institución matrimonial al exigir un mínimo por debajo del cual no se puede acceder porque es imposible que cumpla su función, y por otra parte, facilitar el ejercicio del *ius connubii*, que de no existir la presunción legal se haría gravoso su ejercicio por la dificultad de prueba de la mínima capacidad natural matrimonial dependiente de facultades internas y por la posible lesión de la dignidad personal de algunos medios de prueba –evitar la *inspectio corporis* fue la razón de los proculeyanos para proponer la edad como presunción jurídica–.

En segundo lugar, es una presunción *positiva*. Es una característica de la presunción el que sus conclusiones sean primeramente positivas, aunque a *sensu contrario*, se pueda establecer lo que no se presume. Pero técnicamente, la presunción contiene una dispensa de prueba de unos hechos que son los que se presumen, con sus consecuencias jurídicas. No delimita desde fuera –es el caso de los impedimentos–, sino desde dentro. La misma lógica de la presunción aplicada a la capacidad de obrar del *ius connubii*, hace que se mire a lo positivo porque lo que interesa es que los derechos se ejerzan. Pretende llegar a una situación segura en la que los efectos jurídicos se puedan dar con ciertas garantías, mirando así a la eficacia del bien jurídico de su titular (los contrayentes).

En tercer lugar, la edad es una presunción legal *dinámica*. Esta nota de la presunción obedece a dos motivos: su conexión con la experiencia o generalidad de los casos y la admisión de la prueba en contrario que le permite atender al caso concreto. Esto hace de la presunción un mecanismo de adecuación de la norma –edad legal– a la realidad social. Las circunstancias reales y concretas en que se encuentran los contrayentes pueden modificar en cada caso las consecuencias jurídicas que la presunción prevé de modo general. Otra cosa distinta es la estabilidad que tienen las normas, también la edad como presunción legal. La reforma legal sería necesaria cuando la conexión entre la edad –hecho base– y la capacidad natural matrimonial –hecho presunto– no se pueda verificar en la mayoría de los casos. De no proceder a esta reforma, la presunción quedaría desnaturalizada en su esencia, y la norma obsoleta.

### **3.2. Notas específicas de la edad legal matrimonial**

La edad como presunción legal de capacidad matrimonial es regulada entre los impedimentos, lo que provoca algunas peculiaridades.

En primer lugar, es una presunción mixta: *sustantivo-procesal*. Las presunciones legales han sido estudiadas sobre todo en el marco de un proceso judicial, momento en que despliegan sus efectos al ser aplicadas por el juez. En el hipotético caso de que alguien atente matrimonio antes de la edad legal, podrá pedir la declaración de nulidad en un proceso judicial, probando la ausencia del hecho base –la falta de edad debida–. Pero además, y será lo normal en el caso de la edad legal, la presunción despliega sus efectos en el momento de ejercer los derechos –*ius connubii*–, que es cuando se considera la capacidad de las partes introducida con la presunción. Aquí no hay

controversia alguna, sino sólo los contrayentes frente a la misma institución matrimonial que exige por la presunción legal de la edad una capacidad adecuada. Por ello, en esta fase inmediatamente anterior a la celebración del matrimonio, se deben verificar todos los elementos de la presunción legal de la edad, entre ellos la posibilidad de la prueba en contrario, que tiene lugar mediante la dispensa y las futuras convalidaciones. Si los contrayentes tienen la edad, les favorece la presunción legal de capacidad matrimonial; pero si tienen una edad inferior a la establecida por el legislador, les perjudica, y tendrán que destruir la presunción mediante la prueba del hecho presunto –mínima capacidad natural–.

En segundo lugar, es una presunción *iuris tantum*, por contraposición a *iuris et de iure*. La primera admite prueba en contrario, la segunda no. La presunción *iuris et de iure* es característica del Derecho romano, y extraña en los actuales ordenamientos<sup>323</sup> por no avenirse bien a la solución más justa, propia del recurso al caso concreto mediante la posibilidad de la prueba en contrario. En el caso de la edad legal, la presunción comprende la capacidad de obrar matrimonial de las partes alcanzada la edad legal; mientras que la prueba en contrario del hecho presunto –*discretio iudicii*– llevaría a reconocer capacidad de obrar matrimonial a quien no ha llegado a la edad legal.

La cláusula *nisi malitia suppleat aetatem*, permitía la posibilidad de destruir la presunción de la edad legal mediante la prueba de la *debita mentis discretio* –hecho presunto– para lo que se acudía normalmente al indicio de la *capacitas corporis* –como medio de prueba–, conectada con la *discretio iudicii* –la *inspectio corporis* fue abandonada por Justiniano por ser contraria a la dignidad humana–. En la actualidad, también se permite esa prueba por otros medios jurídicos que tienen la misma finalidad: la dispensa y las distintas convalidaciones para el que no tiene la edad legal.

La *dispensa*, en cuanto relajación de la ley para un caso concreto, tiene su fundamento jurídico en la defectibilidad de la ley humana, proveniente de la necesaria abstracción de las circunstancias concretas para formular una regla que sirva para la generalidad de los casos<sup>324</sup>. La generalidad es una ventaja. El inconveniente, que se construye un orden extrínseco, que no abarca los detalles del caso concreto, que en ocasiones, pueden aconsejar –y tratándose del ejercicio de un derecho es obligatorio– una solución distinta de la establecida por la ley. Se justifica así la relajación de la ley en función de lo más justo, permitiendo acudir a la prueba en contrario.

---

<sup>323</sup> Art. 385.3 LEC: «Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo que en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba». El CIC no recoge el c. 1826 CIC 17, que reconocía tanto la presunción *iuris tantum* como la *iuris et de iure*: «Contra la presunción simplemente de derecho se admite prueba tanto directa como indirecta; contra la presunción de derecho y por derecho, sólo indirecta, esto es, contra el hecho en que se funda la presunción», que es lo mismo que decir que no admite prueba contra la presunción, sino prueba para saber que no es de aplicación la presunción en el caso».

<sup>324</sup> Cfr. J. MIRAS *et alii*, *Compendio de derecho administrativo canónico*, Eunsas, Pamplona 2005, 2ª ed., p. 246.

La finalidad perseguida con la dispensa de la edad legal es la misma que antes de la codificación, aunque con las limitaciones propias de este mecanismo: 1) si es un derecho natural no se tiene que permitir su ejercicio por una gracia; 2) la dispensa es de leyes eclesiásticas, y la edad legal en cuanto concreta el derecho a contraer matrimonio del que tiene la mínima discreción de juicio es de Derecho natural; 3) la dispensa se interpreta de forma estricta, lo que choca con la interpretación también estricta de toda limitación en el ejercicio del *ius connubii*. La aplicación de la dispensa como método para admitir la prueba de la discreción de juicio –hecho presunto– se debe a la incorrecta inclusión de la edad entre los impedimentos codificados, distintos de los impedimentos matrimoniales anteriores que mantenían una cierta autonomía al conservar sus peculiaridades.

La dispensa permite, con deficiencias, la posibilidad de la prueba de la mínima capacidad natural para poder contraer matrimonio, y en este sentido, recoge uno de los elementos clásicos de la naturaleza jurídica de la edad: la presunción *iuris tantum* de la mínima capacidad matrimonial.

Veremos ahora la *convalidación*. En el ámbito civil, la revalidación *ipso facto* del art. 83. 1 Cc<sup>325</sup> según la redacción originaria, implicaba la validez del matrimonio cuando concurrían una serie de indicios de la *discretio iudicii* –vivir juntos hasta un día después de la pubertad legal, o que la mujer haya concebido antes de la pubertad legal o de la reclamación–. Esta solución es posible por la *anulabilidad* con la que está sancionado el matrimonio procurado sin la edad legal, que tiene su fundamento en la búsqueda de la solución más justa para el caso concreto, aunque genere una situación de inseguridad jurídica. Lo relevante es la prioridad de la discreción de juicio –bien presumida por la edad legal o por los indicios mencionados– a la hora de mantener la nulidad o de dar validez definitivas al matrimonio en cuestión. En cambio, en el art. 75 Cc<sup>326</sup> –según redacción dada por la Ley 30/1981– la revalidación *ipso facto* exige vivir juntos un año después de alcanzada la mayoría de edad; con esta norma, se deja decidir la nulidad del matrimonio y durante un año a quien tiene discreción de juicio, dando lugar a una situación, que en mi opinión, contradice la estabilidad que el Derecho establece para el matrimonio al margen de la voluntad de las partes. Además se contempla la posibilidad de dispensa ulterior al matrimonio, que «convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes»<sup>327</sup>; por medio de esta dispensa se admite la prueba del mínimo de capacidad, del mismo modo a como lo hacía la cláusula *nisi malitia suppleat aetatem*.

En el ámbito canónico y bajo sus dos formas –la convalidación simple y la sanación en la raíz– la convalidación del matrimonio es una figura rígida por exigencia

---

<sup>325</sup> «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».

<sup>326</sup> «Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubiesen vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla».

<sup>327</sup> Art. 48 § 3.

de una mayor seguridad jurídica. El régimen de las convalidaciones se aplica al matrimonio nulo que fue atentado, entre otras causas, con un impedimento de edad. En mi opinión, es una consecuencia negativa de la introducción de la edad entre los impedimentos de Derecho eclesiástico teniendo elementos de Derecho natural. Teniendo en cuenta el examen de las convalidaciones hecho en el capítulo anterior, resta por decir, que el CIC quiere que conste con certeza el estado de las personas, y por ello exige una declaración expresa de la autoridad sobre el matrimonio –en la sanación en la raíz–, o una declaración expresa de las partes recibida por la autoridad –en la convalidación simple–. En todo caso, estas convalidaciones suponen la admisión de la prueba de la discreción de juicio en un momento posterior al matrimonio atentado bajo el impedimento de edad, y la atribución de más o menos efectos al mismo, si bien no hay dudas sobre la nulidad del matrimonio celebrado bajo el impedimento de edad. Es en este punto donde menos reconocible es la antigua cláusula *nisi malitia suppleat aetatem*, en la que la prueba de la discreción de juicio suponía la declaración de que el matrimonio fue válido desde el principio.

En la práctica, no será frecuente, que se contraiga un matrimonio con impedimento de edad debido al expediente previo que se exige en ambos ordenamientos. De producirse, el Código civil prevé la revalidación *ipso facto* por transcurso de la convivencia durante un año; y el CIC integra en las convalidaciones canónicas la dispensa –previa en la convalidación simple, incorporada en la sanación en la raíz–. Por este cauce las partes tienen la posibilidad de destruir la presunción legal de la edad mediante la prueba de la *discretio iudicii* adecuada al matrimonio. Surge así, uno de los elementos configuradores de la presunción legal de la edad, como es la admisión de la prueba del hecho presunto, antes y después de la celebración del matrimonio, como ocurría con la suprimida excepción *nisi malitia suppleat aetatem*.

En tercer lugar, la presunción *iuris tantum* es reforzada. El expediente matrimonial, que se exige para la celebración del matrimonio, al hacer un examen<sup>328</sup> de la capacidad natural de los contrayentes, supone una mitigación de la fuerza de la presunción. Entre los extremos de la comprobación caso por caso, y de la presunción *iuris et de iure*, quedan en medio la presunción *iuris tantum* sin más, y la presunción *iuris tantum* con previo expediente en el que se hace un somero examen de la capacidad matrimonial. Con este requisito, se estaría más cerca de la comprobación caso por caso al hacer un control de la mínima capacidad a quien tiene la edad legal. Esto se explica por la relevancia que el matrimonio tiene para toda sociedad, y porque la exigencia de la forma de celebración del matrimonio –por razones de publicidad– permite el conocimiento previo de los que van a contraer matrimonio. Este examen previo, cuando el contrayente tiene la edad legal, entiendo que no puede ser exhaustivo por respeto al

---

<sup>328</sup> C. 1066: «Antes de que se celebre el matrimonio, debe constar que nada se opone a su celebración válida y lícita»; c. 1067: «La Conferencia Episcopal establecerá normas sobre el examen de los contrayentes, así como sobre las proclamas matrimoniales y otros medios oportunos para realizar las investigaciones que deben necesariamente preceder al matrimonio, de manera que, diligentemente observadas, pueda el párroco asistir al matrimonio»; la CEpE las establece en el art. 12 del Decreto de la CEpE de 26.XI.1983.

*ius connubii*, y ante la duda fundada sobre su capacidad natural, la carga de la prueba no recaería sobre el contrayente, sino sobre la autoridad que ha de velar por la institución matrimonial. Cuando el contrayente no tiene la edad legal, el examen del expediente previo es más riguroso en el procedimiento de otorgamiento de la dispensa, pues incluye una prueba de justa causa –*discretio iudicii*– de tal entidad que se destruya la presunción; aquí la carga de la prueba corresponde al que no ha llegado a la edad legal.

En cuarto y último lugar, y en atención al objeto de la presunción, es *mínima*. Esta nota de la *ratio iuris* de la edad, es un aspecto abandonado en algún sector de la doctrina. La edad legal se refiere al ejercicio del *ius connubii* –un derecho natural– a quien tiene la mínima capacidad para contraer, y por ello se debe facilitar y no limitarlo más de lo estrictamente necesario. Es precisamente este motivo el que llevó a utilizar la técnica de la presunción legal, a través de la cual, el legislador se atenía con probabilidad –más que la mera posibilidad, y menos que la certeza total– al momento inicial en que concurre la capacidad natural imprescindible para el matrimonio, logrando así un equilibrio que no dificultara la eficacia del *ius connubii*.

La regulación jurídica de la edad núbil, a mi modo de ver, no debe mirar tanto a las estadísticas, sino sobre todo, a la edad en que unos jóvenes o adolescentes pueden reunir los criterios de capacidad matrimonial de modo realista, aunque sean sólo unos pocos en una sociedad determinada. Es decir, el mal llamado impedimento de edad no busca fijar el nivel medio en que la mayoría de los jóvenes, aquí y ahora, puedan tener capacidad matrimonial, sino el nivel mínimo que hace posible el matrimonio en una situación de normalidad –aún cuando lo normal sea lo escaso–. Ya dije más arriba, que la atención prestada a los factores sociales ha de ser relativa: no cualquier factor, sino sólo aquéllos que no impiden a la naturaleza humana desplegar con más autenticidad su esencia en el matrimonio.

## CONCLUSIONES

### *Primera*

El régimen general de capacidad que el Código civil y el Código de Derecho canónico establecen, basado en la teoría de la capacidad de obrar elaborada por la doctrina, configura la edad como elemento que concentra la capacidad natural adecuada a los actos jurídicos. La edad, incorporada por el legislador en los textos, se llama *edad legal*, y actúa como una presunción legal de capacidad. De este modo, el legislador facilita el tráfico jurídico, y permite la actuación eficaz en el ámbito civil y en el ámbito canónico de aquéllos que tienen la edad legal, momento en que se presume adquirida la necesaria capacidad natural. Este régimen general de la capacidad de obrar se aplica a todos los actos jurídicos con las puntualizaciones que se establezcan en la parte especial para el concreto acto jurídico, como ocurre en el matrimonio.

### *Segunda*

La capacidad de obrar matrimonial, que prevé una edad legal inferior, es una aplicación particular de los principios de la capacidad de obrar general prevista en el Código civil y en el Código de Derecho canónico. Es particular, de un lado, por la mayor relevancia con respecto al resto de actos jurídicos que la capacidad natural tiene en el matrimonio, en cuyo contenido se distingue un aspecto psicológico –*discretio iudicii*– y un aspecto biológico –*capacitas corporis*– de acuerdo con los fines del matrimonio; y de otro lado, porque el *ius connubii* es un derecho humano, cuyo ejercicio debe ser facilitado desde el momento en que se tenga la mínima capacidad natural. En este sentido, la edad legal se configura como una presunción legal de



capacidad matrimonial *iuris tantum* que permite la prueba de la capacidad natural matrimonial en contra de la presunción y facilita el ejercicio del derecho a contraer matrimonio.

### *Tercera*

La categoría de impedimento en la codificación es una creación *ex novo* y no es equiparable al conjunto de circunstancias que genéricamente se denominan impedimento en el Derecho anterior. En el Código civil y en el Código de Derecho canónico, surge un régimen jurídico común de los impedimentos que no se corresponde con una *ratio iuris* común de las circunstancias y situaciones englobadas bajo ese título. El carácter negativo de los impedimentos (nos dicen quiénes no pueden contraer matrimonio) no es coherente con la positiva determinación de la capacidad mínima que supone la edad legal matrimonial, y provoca una laguna sistemática en el Código civil y en el Código de Derecho canónico. Ambos textos, después de reconocer el *ius connubii*, proceden a enumerar quiénes no pueden ejercerlo por carecer de la capacidad de obrar matrimonial –por estar bajo algún impedimento–, sin haber señalado antes cuál es esa capacidad. Ésta viene determinada en aquellos impedimentos que incorporan la mínima capacidad natural acorde a los fines del matrimonio: la edad (para los casos en los que se da una normal evolución en el tiempo de todos los aspectos de la personalidad), la incapacidad consensual o carencia del pleno uso de razón (en caso de patología) y la incapacidad corporal o impotencia (también en caso de patología). El régimen jurídico común de los impedimentos del Código civil y del Código de Derecho canónico es inadecuado para expresar la *ratio iuris* de la edad, a pesar de lo cual no impide que ésta sea una presunción legal de la mínima capacidad matrimonial con las trabas propias del régimen jurídico de los impedimentos.

### *Cuarta*

La capacidad de obrar matrimonial canónica básica, se configura por la conjunción de la edad legal matrimonial (c. 1083 § 1), la impotencia perpetua y antecedente (c. 1084) y la incapacidad consensual (c. 1095). Mientras que la edad legal presume la mínima capacidad natural –exigida por lo tanto en todo matrimonio– y cuándo acontece en la normalidad de los casos, los otros dos se refieren a la ausencia de algún aspecto de la capacidad natural por alguna patología con independencia de la edad. Se propone unificar sistemáticamente como determinación más básica de la capacidad de obrar y junto al reconocimiento del *ius connubii* –ya que es de aplicación a toda persona– el c. 1083 § 1 y el c. 1084 –los dos primeros cánones del cap. III *De los impedimentos dirimentes en particular*–, y el c. 1095 –primer canon del cap. IV *Del consentimiento matrimonial*–, por depender de la capacidad natural en los tres casos, a diferencia del resto de impedimentos y defectos del consentimiento.

### Quinta

La redacción originaria del Código civil refleja la mejor expresión jurídica de la capacidad de obrar matrimonial que se haya recogido en el cualquier texto codicial (a excepción de la Ley de 1870 que los consigna en sentido positivo), porque los tres supuestos (edad-falta de uso de razón-impotencia) aparecen juntos en un mismo artículo y vienen titulados como requisitos de capacidad. Con la reforma llevada a cabo por la Ley 30/1981, este régimen pasa a ser incompleto, debido a la negación del aspecto biológico de la capacidad natural por la eliminación del impedimento de impotencia antecedente y perpetua; implícito, pues se ha eliminado la mención expresa de la carencia en el pleno uso de la razón; confuso desde el punto de vista sistemático al venir junto a un impedimento de otro orden; general, porque se establece la misma edad que para el resto de actos jurídicos (18 años); y contradictorio en el caso de la edad. Respecto a lo último, es *communis opinio* que el fundamento prevalente de la edad legal civil (art. 46. 1 Cc) es la capacidad psicológica o madurez, y sin embargo se permite el matrimonio a partir de los 14 años (art. 48 Cc) en atención también a la capacidad biológica, en la que se fundamentaba, en parte o exclusivamente, según la doctrina común también, la edad de 14 y 12 años prevista por art. 83.1 Cc en su redacción originaria. Además, es contradictoria, porque se suprime el artículo que hacía mención al impedimento de impotencia después de haber reconocido cierta relevancia a la capacidad biológica. Pero si se dice, que ahora en el matrimonio contraído a los 14 años el fundamento es la sola capacidad psicológica, entonces se habrá cambiado la *ratio iuris* de la edad matrimonial al establecer los 18 años como regla general, en cuyo caso la edad legal pasa a ser una mera recomendación del legislador al servicio de la estadística, con independencia de la capacidad natural (al menos psicológica). Desde la Ley 30/1981 es irreconocible la *ratio iuris* que la edad legal matrimonial había tenido en toda su existencia.

### Sexta

La reforma de la edad legal matrimonial presente en la tradición jurídico-clásica del c. 1067 § 1 CIC 17 (que mantiene el c. 1083 § 1 CIC) elevándola en dos años –16 años para el varón y 14 años para la mujer– es un perfeccionamiento de la edad legal matrimonial conforme a su *ratio iuris*. Puesto que la edad legal presume la capacidad natural mínima para contraer matrimonio, con esta reforma se ha incorporado la modificación que los factores sociales causan en esa misma capacidad de acuerdo con la naturaleza humana, haciéndola surgir más tarde. La edad es una presunción legal de la mínima capacidad natural y sus modificaciones, no de sus desviaciones.

### Séptima

La sustitución de la cláusula *nisi malitia suppleat aetatem* del Derecho anterior por el régimen jurídico de la dispensa y la convalidación de los impedimentos supone

un debilitamiento, en contra de la *ratio iuris* de la edad como presunción legal *iuris tantum* de la mínima capacidad natural. Las previsiones específicas en cuanto a la edad sobre la dispensa y la revalidación del art. 83. 1 Cc en su redacción originaria, constituyen la más lograda expresión codicial de la antigua cláusula *nisi malitia suppleat aetatem*. El régimen jurídico de la edad previsto en el CIC contiene una contradicción, ya que se declara nulo el matrimonio por razón de la edad (c. 1083 § 1 CIC) al contrayente que prueba haber tenido la capacidad natural, que es el fundamento de la edad legal (c. 1083 § 1 CIC). La rigidez de la dispensa y de la convalidación en cuanto mecanismos que sirven para incorporar la prueba de la capacidad natural, provoca una limitación injustificada en el ejercicio del *ius connubii*, como consecuencia de la inadecuada inclusión de la edad legal matrimonial entre los impedimentos.

En consecuencia, propongo extraer de los impedimentos la edad legal matrimonial, y colocarla en el Código civil y en el Código de Derecho canónico junto al reconocimiento del *ius connubii* como determinación básica de la capacidad de obrar específica del matrimonio, y poder ahí actuar como una presunción legal de la mínima capacidad psicofísica de acuerdo a la *ratio iuris* que este mecanismo tiene en el Derecho matrimonial y sin los límites del impedimento.

## BIBLIOGRAFÍA

AMERISIO, F. J., *El fundamento del impedimento de edad. Evolución histórica y doctrinal*, Ateneo Romano Santa Cruz, Roma 1985.

ANDRÉS MARCOS, T., *Instituciones de derecho canónico. Tomo III*, Universidad de Salamanca, Salamanca 1943.

ALBADALEJO, M., *Curso de derecho civil. IV. Derecho de familia*, Bosch, Barcelona 1982.

– *Derecho civil. I. introducción y parte general*, Edisofer, Madrid 2006, 17ª ed.

ALCIATO, A., *De praesumptionibus tractatus*, Venecia 1564.

ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, N., *Derecho canónico y codificación: alcance y límites de la asunción de una técnica*, en «Ius Canonicum» Vol. LI, núm. 101, Pamplona 2011.

ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., *Comentario al art. 45 Cc*, en J. L. LACRUZ BERDEJO (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro primero del código civil*, Civitas, Madrid 1992.

ARIAS RAMOS *et alii*, J., *Derecho romano. I. Parte general. Derechos reales*, ERDP, Madrid 1977, 14ª ed.

AZNAR GIL, F. R., *Derecho matrimonial canónico. Vol. I: Cánones 1055-1094*, Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca 2007, 2ª ed.

BANK, J., *Connubia canonica*, Herder, Roma 1959.

BAÑARES, J. I., *Comentario al canon 1083*, en *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Vol. III/2, Eunsa, Pamplona 2002, 3ª ed.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (coord.), *Comentarios al código civil*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra 2009, 3ª ed.

BERNÁRDEZ CANTÓN, A., *Compendio de derecho matrimonial canónico*, Tecnos, Madrid 1986, 5ª ed.

BERTOLA, A., *Il matrimonio religioso nel diritto canonico e nell'ordinamento concordatario italiano*, Torinese, Torino 1966.

BLANCO NÁJERA, F., *El código de derecho canónico traducido y comentado. Tomo II. Derecho sacramental*, Escelicer S. L., Cádiz 1945.

BLASCO GASCÓ, F. (coord.), *Derecho Civil. Parte general. Derecho de la persona*, Tirant lo blanch, Valencia 2003, 4ª ed.

BORRERO ARIAS, J., *Consideraciones generales de la edad en el código de derecho canónico de 1983*, en *Dimensiones jurídicas del factor religioso. Estudios en homenaje al prof. López Alarcón*, Universidad de Murcia, Murcia 1987.

CAPELLO, F. M., *Tractatus canonico-moralis de sacramentis. Vol. V.- De matrimonio*, Marieti, Romae 1950, 6ª ed.

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral. Tomo V. Derecho de familia. Vol. I. Relaciones conyugales*, Ed. Reus S. A., Madrid 1994, 12ª ed. rev.

– *Derecho civil español, común y foral. Tomo I. Introduccióedn y parte general. Vol. II*, Reus S. A., Madrid 2007, 15ª ed.

CENALMOR *et alii*, D., *El derecho de la Iglesia*, Eunsa, Pamplona 2005, 2ªed.

CHELODI, I., *Ius matrimoniale iuxta Codicem Iuris Canonici*, Tridentum, Tridenti 1921, 3ª ed.

CHIAPPETTA, L., *Il matrimonio nella nuova legislazione cononica e concordataria*, ed. Dehoniane, Roma 1990.

COMOLOGLIO, L. P., *Le prove civili*, UTET, Torino 2004, 2ª ed.

CONTE A CORONATA, M., *Institutiones iuris canonici. De sacramentis. Tractatus canonicus. Vol. III*, Marietti, Casali 1957, 3ª ed.

CORTÉS DIÉGUEZ, M., *El matrimonio de los menores de edad en España. Cuestiones canónicas y pastorales*, en «Revista Española de Derecho Canónico», Vol. 52, núm. 138 (1995).

D'AVACK, P. A., *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico. Volume primo*, Casa editrice del Dott. Carlo Cya, Firenze 1952, ed. innovata.

- *Il "defectus aetatis" nelle fonti e nella dottrina matrimoniale classica della Chiesa*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli, Volume primo*, Unione tipografica – Editrice Torinese, Torino 1960.
- *Corso di diritto canonico. Il matrimonio. I. Edizione provvisoria per gli studenti*, Giuffrè Ed., Milano 1961.
- *Età. Diritto canonico*, in *Enciclopedia del diritto. XVI*, Giuffrè editore, Varese 1967.

DAZA MARTÍNEZ *et alii*, J., *Instituciones de derecho privado romano*, Tirant lo lo blanch, Valencia 2009, 4ª ed.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España. Tomo II. Derecho de la persona. Parte primera. La persona y su estado civil*, Instituto de estudios políticos, Madrid 1952.

DE FRANCISCI, P., *Síntesis histórica del derecho romano*, ERDP, Madrid 1954.

DEL GIUDICE, V., *Nociones de Derecho Canónico*, Eunsa, Pamplona 1964.

DELLA ROCCA, F., *Manual de derecho canónico I*, Ed. Guadarrama, Madrid 1962.

DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho civil. Volumen I, Derecho privado. Derecho de la persona*, Colex, Madrid 2011, 4ª ed.

- *Comentario al art. 46 Código civil*, in *Código civil comentado. Vol. I*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra 2011.

DE SANTO, V., *La prueba judicial. Teoría y práctica*, Universidad, Buenos Aires 1994, 2ª ed.

DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba. Tomo II*, Temis S. A., Bogotá 2002, 5ª ed.

D'ORS, Á., *Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona 2004, 10ª ed. Revisada.

DÍEZ PICAZO *et alii*, L., *Sistema de derecho civil. Vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid 1982, 2ª ed.

ENTRENA KLETT, C. M., *Matrimonio, separación y divorcio*, Aranzadi, Pamplona 1984, 2ª ed.

ESMEIN, A., *Le mariage en droit canonique. Tome premier*, Burt Franklin, New York 1968, reimpresión.

FANTAPPIÈ, C., *Introduzione storica al diritto canonico*, Il mulino, Bologna 1999.



FERRER ORTIZ, J., *El matrimonio canónico en el ordenamiento español*, Eunsa, Pamplona 1986.

- *El sistema matrimonial*, en *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Eunsa, Pamplona 1994.

FORNÉS, J., *Derecho matrimonial canónico*, Tecnos, Madrid 2008, 5ª ed.

FRANCESCHI, H., *El contenido y la determinación del «ius connubii» y sus manifestaciones en el sistema matrimonial canónico vigente*, en «Ius canonicum», Vol. XLVI, nº. 92 (2006).

GARCÍA CANTERO, G., *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, CSIC, Roma 1959.

- *Comentarios a los artículos 42 a 107 del Código Civil*, en M. ALBADALEJO (dir.), *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid 1982.

GASPARRI, P. CARD., *Tractatus canonicus de matrimonio, Vol. I-II*, Typis Polyglottis Vaticanis, Vaticano 1932.

GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M., *La institución matrimonial según el derecho de la Iglesia Católica*, CSIC, Madrid 1947, 3ª ed.

GIRAUDO, A., *L'impedimento di età nel matrimonio canonico (Can. 1083). Evoluzione storica e analisi delle problematiche attuali della dottrina e della prassi*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma 2007.

GOFFI, T., *Enciclopedia del matrimonio*, Quiriniana, Brescia 1959.

GÓMEZ, Y., *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid 1990.

GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M., *Derecho canónico matrimonial*, Eunsa, Pamplona 2009, 11ª ed.

GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ, F., *Ignorancia y consentimiento matrimonial*, Colegio Universitario de León, León 1982.

GROCHOLEWSKI *et alii*, Z., *Il matrimonio nel nuovo codice di diritto canonico. Annotazioni di diritto sostanziale e processuale*, Gregoriana Editrice, Padova 1984.

HEDEMANN, J. W., *Las presunciones en el Derecho*, RDP, Madrid 1931.

HERVADA *et alii*, J., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico. III Derecho matrimonial (I)*, Ed. Universidad de Navarra, S.A., Pamplona 1973.

- *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Eunsa, Pamplona 2000.

- *Introducción al derecho canónico*, Eunsa, Pamplona 2007.
  - *Comentario al Título VII. De matrimonio*, en *Código de derecho canónico. Edición anotada*, Eunsa, Pamplona 2007, 7ª ed.
  - *El ordenamiento canónico*, Eunsa, Pamplona 2008.
- JEMOLO, A. C., *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Il Mulino, Bologna 1993.
- JUSDADO RUIZ-CAPILLAS *et alii*, M. A., *Derecho matrimonial canónico y eclesiástico del Estado*, Colex, Madrid 2008, 3ª ed.
- KNECHT, A., *Derecho matrimonial católico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1932.
- MANS PUIGARNAU, J. M., *Derecho matrimonial canónico. Vol. I*, Bosch, Barcelona 1959.
- MARTÍN DE AGAR, J. T., *El matrimonio canónico en el Derecho civil español*, Eunsa, Pamplona 1985, p. 102.
- MARTINELL, M. J., *Los impedimentos matrimoniales en el Derecho Civil español*, en *Estudios de derecho canónico y derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1983.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.), *Curso de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia*, Colex, Madrid 2011, 3ª ed.
- MIRAS *et alii*, J., *Compendio de derecho administrativo canónico*, Eunsa, Pamplona 2005, 2ª ed.
- MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Pamplona 2007, 5ª ed.
- MONTERO Y GUTIÉRREZ, E., *El matrimonio y las causas matrimoniales*, Imprenta Sáez, Madrid 1965, 7ª ed.
- MONTINI, G., *Gli impedimenti dirimenti in genere*, en *Diritto matrimoniale canonico, Vol. I*, Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2002.
- NAVARRETE, U., *Derecho Matrimonial Canónico. Evolución a la luz del Concilio Vaticano II*, BAC, Madrid 2007.
- NAVARRO-VALLS, R., *Matrimonio y derecho*, Tecnos, Madrid 1995.
- LABANDEIRA, E., *Las presunciones en derecho canónico. Cuadernos 9*, Rialp, 1967.
- LACRUZ BERDEJO (coord.), J. L., *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro primero del código civil*, Civitas, Madrid 1982.

- *Elementos de Derecho Civil. Vol. IV. Familia*, Dykinson, Madrid 2010, 4ª ed.
  - *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Vol. II, Personas*, Dykinson, Madrid 2010, 6ª ed.
- LIZARRAGA ARTOLA, A., *Discursos pontificios a la Rota Romana*, Navarra gráfica ediciones, Pamplona 2001.
- LÓPEZ ALARCÓN, M., *El matrimonio canónico en el Proyecto de la reforma del Título IV del Libro I del Código Civil*, en «RDP», 1980, pp. 883-911.
- *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, Tecnos, Madrid 1989, 3ª ed.
  - *El matrimonio de los menores*, en *El matrimonio. Cuestiones de derecho administrativo-canónico. IX Jornadas de la Asociación Española de Canonistas*, Madrid 29-31 marzo 1989, Salamanca 1990.
- LORCA NAVARRETE, A. M., *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. El nuevo proceso civil*, Dykinson 2000.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de derecho civil. Tomo IV. Derecho de familia*, Edersa, Madrid 1983.
- O'DEA, J. C., *The matrimonial impediment of non-age*, The Catholic University of America, Washington 1944.
- ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2008, 8ª ed.
- PELLEGRINO, P., *Gli impedimenti relativi alla dignità dell'uomo nel matrimonio canonico*, G. Giappichelli Editore, Torino 2000.
- PETRONCELLI, M., *Diritto canonico*, Jovene Editore, Napoli 1983, 8ª ed.
- PUIG I FERROL *et alii*, L., *Manual de Derecho Civil. I. Introducción y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid 2001, 3ª ed.
- REINA *et alii*, V., *Curso de derecho matrimonial*, Marcial Pons, Madrid 1995.
- REGATILLO, E. F., *Derecho matrimonial eclesiástico*, Sal terrae, Santander 1962.
- ROCA I TRÍAS, E., *La celebración del matrimonio*, en *Derecho de familia*, Tirant lo blanch, Valencia 1995, 2ª ed.
- SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Bosch, Barcelona 1951.
- SOUTO PAZ, J. A., *Derecho matrimonial*, Marcial Pons, Madrid 2002, 2ª ed.
- TALAMANCA, M., *Instituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano 1990.

TEJERO, E., *La discreción de juicio para consentir en matrimonio*, en «Ius Canonicum», Vol. XXII, nº. 44, Pamplona 1982.

TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional español. I. Sistema de fuentes. Sistema de los derechos*, Universidad Complutense Madrid, Madrid 2004, 5ª ed.

VEERMEERSCH, A.-CREUSEN, J., *Epitome iuris canonici. Tomus II*, Mechliniae, Bruxelles 1940, 6ª ed.

VILADRICH, J. P., *Comentario al canon 1095*, en *Comentario exegético al código de derecho canónico. Vol. III/2*, Eunsa, Pamplona 2002, 3ª ed.

– *Comentario al capítulo IV. Del consentimiento matrimonial*, en *Código de derecho canónico. Edición anotada*, Eunsa, Pamplona 2007, 7ª ed.

VLAMING *et alii*, T. M., *Praelectiones iuris canonici*, Paulus Brand, Holanda 1950, 4ª ed.

VITALI *et alii*, E., *Il matrimonio canonico*, Giuffrè editore, Milano 2003, 2ª ed.

VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho romano*, Civitas, Madrid 1996.

WERNZ, F. X., *Ius Decretalium. Liber IV. De iure matrimoniale Ecclesiae Catholicae*, Roma, 1890.

WERNZ-VIDAL, *Ius canonicum. Tomo V. Ius matrimoniale*, Universitatis Gregoriana, Romae 1925.