

II.2. DERECHO ROMANO

NOTAS SOBRE EL CONSENTIMIENTO COMO REQUISITO MATRIMONIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO DESDE SU ORIGEN EN EL DERECHO ROMANO¹

Por el Dr. ANTONIO SILVA SÁNCHEZ
Área de Derecho Romano
Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura

Resumen

El presente artículo es una reflexión sobre un requisito matrimonial como es el consentimiento, partiendo de sus raíces romanas, en tanto motivo de inspiración de los principios recogidos en los códigos civiles europeos con la excepción del modelo anglosajón y de su repercusión en otros sistemas jurídicos y codificaciones en el mundo. Se explora, pues, el diverso trato que al consentimiento matrimonial, y al matrimonio o uniones similares, se le ha dado por diferentes sistemas jurídicos, tanto desde el punto de vista de su constitución así como de la forma de finalización de la relación matrimonial.

Abstract

This paper is a reflection on the marriage requirement of consent. We begin in Roman times and the foundation of principles for European Law (except for the British model). The influence of Roman regulations can also be examined in other juridical and encoding systems. This paper thus explores the diversity of treatments given to marriage consent and to marriage in general or other similar unions, by different juridical systems.

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco de la financiación obtenida de la Consejería de Educación, Ciencia y Tecnología de la Junta de Extremadura (Orden de 12 de marzo de 2002 –D.O.E. de 21 de marzo de 2002– y Orden de 8 de marzo de 2004 –D.O.E. de 13 de marzo de 2004–), por la que se convocan ayudas para la movilidad del personal investigador en el marco de los Programas Generales del II Plan Regional de Investigación, Desarrollo Tecnológico e Innovación de Extremadura (2001-2004) y Fondo Social Europeo, para a la realización de estancias breves de investigación en Centros nacionales e internacionales. Estancias realizadas en la Facultad de Derecho y en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Oxford (Reino Unido, año 2002) y en el Instituto Suizo de Derecho Comparado de Lausanne (Suiza, año 2004).

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL EN EL DERECHO ROMANO

INTRODUCCIÓN

REQUISITOS E IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

A) INTRODUCCIÓN

B) EN EL CONTINENTE EUROPEO

C) EN EL CONTINENTE AMERICANO

D) EN EL CONTINENTE ASIÁTICO

E) EN EL DERECHO MUSULMÁN (NORTE DE ÁFRICA Y CONTINENTE ASIÁTICO)

F) EN EL DERECHO DEL ÁFRICA SUBSAHARIANA Y MADAGASCAR

CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende ser una reflexión sobre un requisito muy concreto para la válida constitución del matrimonio como es el consentimiento matrimonial, partiendo de las raíces y concepciones romanas, en tanto el derecho romano representa la base para el estudio crítico de las codificaciones civiles y en el derecho privado comparado actual, el positivismo jurídico tanto dentro como fuera de Europa.

El *Corpus Iuris* de Justiniano señala el punto de partida de una larga tradición jurídica europea que llega hasta las codificaciones civiles del siglo XIX. La jurisprudencia romana ha inspirado la mayoría de los principios recogidos en los códigos civiles continentales. Sin embargo, el derecho romano era fruto de una actividad creadora en continuo progreso similar al modelo anglosajón y que choca frontalmente con el sistema de las codificaciones. Éstas suponían, según Savigny, un cierre a las fuentes vivas del derecho en tanto producto espontáneo y genuino del pueblo.

Durante la Edad Media (siglos V d.C. a XV d.C.), la Iglesia dispuso de competencia legislativa en derecho matrimonial (matrimonio, esponsales, dote, etc.) y de familia. El derecho canónico se presenta como el regulador de tales materias y los tribunales eclesiásticos como los competentes para dilucidar las controversias. El Cristianismo incluyó al matrimonio como uno de sus sacramentos: concretamente, el canon 1055 dice:

«La alianza matrimonial... por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de Sacramento entre bautizados. Por tanto, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que no sea, por eso mismo, sacramento».

San Pablo, por su parte, expresa:

«...A través del matrimonio llegarán las generaciones que habrán de sumarse a la adoración y a la glorificación de Dios».

Hacia finales del siglo XVII y principios del XVIII se produce una fuerte resistencia protestante contra la concepción del matrimonio como un asunto eclesiástico, considerándolo como un elemento puramente civil en esos países.

Debido al influjo del derecho natural se produce la secularización del matrimonio como institución jurídica. Se convierte en un contrato de derecho natural que persigue fines naturales. El matrimonio es la comunidad de vida establecida entre dos personas por libre decisión de su voluntad con carácter indisoluble con el objeto de procrear hijos, educarlos y de asistirse recíprocamente.

Hasta el siglo XIX el derecho español estaba integrado por el sistema foral, derechos consuetudinarios y las Siete Partidas. Tras la aprobación, en 1889 del Código Civil español, rige para toda España un concepto unitario de matrimonio y normas generales para el caso de colisión entre los distintos ordenamientos.

En la actualidad, fruto de las diferencias sociales, de los diferentes sistemas jurídicos y de religiones, existen en el mundo diferentes formas de regulación de los sistemas matrimoniales, que pueden sintetizarse en dos grandes grupos: a) ordenamientos en que sólo se reconoce una forma de matrimonio bien exclusivamente religiosa (sistema que imperó en España desde 1564 hasta 1870) bien exclusivamente civil (Alemania, Francia, Suiza, Holanda, Bélgica, México Uruguay y Cuba, entre otros, y España en los sistemas de 1870 y 1932) y b) aquellos otros ordenamientos que recogen un sistema de reconocimiento plural que puede ser bien de matrimonio civil facultativo o de libre elección (actualmente en España, Reino Unido, Italia, Dinamarca, Suecia, Finlandia, Islandia, Noruega) o bien el matrimonio civil subsidiario (España desde 1875 hasta la Constitución de 1978 con la excepción de 1932).

EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL EN EL DERECHO ROMANO

INTRODUCCIÓN

El matrimonio se configura en Roma como una institución social con relevancia jurídica. Se trata de un medio que estructura la familia y se caracteriza por ser monogámico, a diferencia de otros pueblos de la antigüedad. La base sobre la que se sustenta es la permanente situación de convivencia de dos personas de sexo diferente con la voluntad de ser marido y mujer.

En las fuentes jurídicas romanas pueden encontrarse las dos definiciones de matrimonio siguientes:

D. 23.2.1: «Las nupcias son unión del varón y la hembra, y consorcio de vida, comunicación del derecho divino y humano»².

I. 1.9.11: «El matrimonio es la unión entre hombre y mujer con la intención de formar una comunidad de vida indisoluble».

El elemento fundamental de la convivencia como fruto de la voluntad manifestada por los contrayentes es lo que los romanos denominaron como *affectio maritalis*.

Para los romanos, la *affectio maritalis* debe ser permanente, manifestada en el hecho mismo de la convivencia. El matrimonio romano existe mientras perdure la *affectio maritalis* y cuando falta, se disuelve el matrimonio por divorcio.

Resulta evidente que el contenido de las dos primeras definiciones está claramente marcado por un influjo de carácter religioso debido al Cristianismo.

² D. 23.2.1 (Modestino, Libro I Regularum).

En este sentido hay que recordar la defensa a ultranza que de *lo moral* hizo Justiniano a lo largo de toda su etapa como Emperador, que no supone más que la consolidación de lo que ya desde dos siglos antes con Constantino era un hecho³.

Pero volviendo a las definiciones anteriores, cuando se recoge *consorcio o comunidad de vida* se refiere a que la unión ha de realizarse con expectativas de futuro. Es, por tanto, el consenso de los cónyuges, esto es, el mutuo acuerdo de convivencia, lo que hace que el matrimonio sea eficaz o, en caso contrario, se disuelva. El matrimonio romano requiere la persistencia del consentimiento y no la simple prestación del mismo en el momento de su celebración.

A pesar de ello, la legislación romana fue, en ocasiones, flexible pudiendo, por ejemplo, celebrarse el matrimonio aunque el novio (nunca la novia) estuviera ausente de la ceremonia; o no resultando necesaria la efectiva convivencia de los cónyuges para la validez del matrimonio en tanto éste nace de la *affectio maritalis* y no de la cohabitación:

«Si la mujer y el marido hubieren habitado largo tiempo por separados pero tenían voluntad de permanecer unidos en matrimonio... se ha de actuar como si hubiese éste subsistido, porque el matrimonio no lo hace el coito, sino más bien la afección marital⁴».

Por tanto, puede apreciarse la inmensa importancia que para los romanos tenía el consentimiento como forma de manifestar la voluntad de contraer un negocio jurídico y como requisito fundamental para su permanencia, manifestándose de manera continuada y no sólo inicial.

REQUISITOS E IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

En Roma, caben destacar tres requisitos imprescindibles para la existencia del matrimonio: a) la *capacidad natural*; es decir, los contrayentes debían ser *puberes*. Justiniano fijó este requisito en 14 años para los varones y 12 para la mujer, b) el *ius connubi* o derecho a contraer matrimonio, siendo preciso que los contrayentes tuvieran uno respecto a otro esa capacidad llamada *connubium*⁵ y c) el *consentimiento*. En el derecho romano más arcaico era necesario el de los respectivos *paterfamilias* de los que contraían matrimonio. En el derecho clásico sólo se deberá obtener del *pater* una no oposición al matrimonio. Este consentimiento del *pater* era necesario sólo inicialmente. Finalmente, sólo resultará válido y suficiente el consentimiento prestado por los contrayentes sin tener en cuenta

³ Justiniano entendía que debía defender la pureza de la moralidad y de los comportamientos y las costumbres de su pueblo, extendiendo *su lucha* incluso a la prohibición de celebración de espectáculos, luchas de gladiadores y juegos lo que, desde luego, no le hizo muy popular.

⁴ D. 24.1.32.13 (*Ulpiano, Libro XXXIII ad Sabinum*).

⁵ Los plebeyos no lo tuvieron con los patricios hasta la *Lex Cannuleia* del año 445 a.C.; ni los ciudadanos con el resto de personas libres del Imperio hasta el Edicto de Caracalla del año 212 d.C.

el parecer de los *paterfamilias*. Un primer paso dentro de esta evolución, puede apreciarse en un texto de *Modestino* que dice:

«El hijo emancipado puede tomar mujer aun sin consentimiento de su padre, y tendrá por heredero al hijo que hubiere tenido⁶».

Lo que diferencia el consentimiento expresado por los contrayentes con respecto al paterno es que el de los contrayentes (*affectio maritalis*) debía perdurar para que el matrimonio tuviera continuidad⁷. Siendo el consentimiento permanente el requisito esencial para que hubiera *iustum matrimonium*, se requerían también otras condiciones como la capacidad natural o pubertad (*potentia coeundi*⁸), la *monogamia*⁹, la exogamia y el *connubium*. Sin embargo, no se requería formalidad alguna para contraer válidamente el matrimonio, quedando las formas relegadas al plano de lo meramente probatorio, tal y como nuevamente indica *Modestino*:

«En el consorcio con una mujer libre no se ha de entender que hay concubinato, sino nupcias, si no hubiere hecho comercio con su cuerpo¹⁰».

No puede pasarse por alto la importante legislación de Augusto sobre el matrimonio. De la misma, cabe destacar tres leyes que datan del año 18 a. C.: a) la *Lex Iulia de Adulteris*, b) la *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*, y c) la *Lex Papia Poppaea*. La primera de ellas, supone un primer paso en el castigo del adulterio¹¹. La *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* establece la obligación general de contraer matrimonio para todos los romanos comprendidos entre 25 y 60 años y romanas entre 20 y 50. Por su parte, la *Lex Papia Poppaea*; persigue potenciar el incremento de la natalidad exigiendo una cantidad mínima de hijos determinada para los matrimonios de ingenuas y de libertos¹² y concediendo unos plazos a los viudos y divorciados para cumplir estas obligaciones¹³.

Sin embargo, cabía también la unión estable de un hombre y un mujer sin intención o sin posibilidad de ser marido y mujer, bien por la falta de *affectio maritalis*, bien por la falta de *ius connubi*, unión conocida como concubinato;

⁶ D. 23.2.25 (*Libro I Regularum*).

⁷ Con el propósito de fomentar los matrimonios, la *Lex Iulia* permitió recurrir al magistrado en caso de una negativa sin motivación alguna del *paterfamilias*.

⁸ No podrá contraer matrimonio el *castratus* pero sí el *spadon* o persona estéril.

⁹ *Gayo, Instit.*, 1.63.

¹⁰ D. 23.2.24 (*Libro XXIII Digestorum*).

¹¹ No sólo para los adúlteros sino también para el marido que descubriendo la infidelidad no recurre a la venganza ni castiga a su mujer. A partir de la época postclásica y por influencia del Cristianismo, se refleja en las *Novellae* (22, 127, 134) la condena de la mujer adúltera.

¹² Tres hijos para las ingenuas y cuatro para las libertas.

¹³ Además, contenían también prohibiciones como la impuesta a los ciudadanos ingenuos, a los que se prohibió el matrimonio con mujeres de mala nota: adúlteras, prostitutas, actrices. El incumplimiento de estas prohibiciones no declaraba la nulidad del matrimonio aunque no era considerado como un matrimonio perfecto legalmente. Posteriormente, un senadoconsulto de la época de Marco Aurelio los declaró nulos.

practicada con normalidad durante el período republicano y progresivamente dotada de reconocimiento jurídico durante la etapa del dominado si bien con la finalidad última de procurar poner a salvo los intereses de la familia legítima¹⁴.

Volviendo al consentimiento o *affectio maritalis* como elemento que da lugar al matrimonio y lo mantiene vigente, si falta, se produce el divorcio sin exigirse, en principio, forma específica alguna tal y como dice *Paulo*:

«El matrimonio se disuelve por el divorcio, por la muerte, por el cautiverio u otra contingente esclavitud de cualquiera de los cónyuges».

En Roma era muy normal que el matrimonio pudiera disolverse por la voluntad de los cónyuges. Tanto en el derecho antiguo como en el clásico no hubo ningún tipo de limitaciones al divorcio. Sin embargo, desde Constantino se inicia una lucha contra el divorcio. Se establecen penas y desventajas patrimoniales para desalentarlo, aunque sin llegar a negar su validez. De igual forma, se propone la voluntad permanente de no mantener la convivencia frente al simple arrebató para que el divorcio sea efectivo como señala *Paulo*:

«No es divorcio sino el verdadero, que se hace con ánimo de constituir perpetua separación. Y así, cualquiera cosa que o se hace o se dice en el calor de la ira, no es válida antes que por su perseverancia haya aparecido que fue resolución del ánimo; y por esto, habiéndose mandado por acaloramiento el repudio, si a poco volvió la mujer, no se considera que se divorció¹⁵».

En época de Justiniano, se regulará el divorcio estableciéndose un régimen¹⁶ del que cabe destacar la prohibición del divorcio por común acuerdo de las partes, inmediatamente restablecido, a su muerte por Justino:

«Así pues, juzgando eso impropio de nuestros tiempos, hemos establecido ahora una sagrada ley, por la cual, mandamos que sea lícito, como antiguamente, que por el consentimiento de los cónyuges se disuelvan las nupcias, y que no tengan validez en lo sucesivo, las penas establecidas en la constitución de nuestro padre contra los que por su consentimiento disuelvan los matrimonios. Porque si el mutuo afecto consolida las nupcias, con razón las disuelve por el consentimiento una voluntad contraria, significándola aquellas cosas que desunen los matrimonios».

¹⁴ En este sentido, Constantino prohíbe las donaciones a la concubina y a sus hijos, resultando posible el reconocimiento del padre por el posterior matrimonio con la concubina.

¹⁵ *D. 44.2.3 (Libro XXV ad Edictum)*.

¹⁶ a) *Divortium ex iusta causa*; resulta de la voluntad de uno de los contrayentes y está motivado por culpa del otro (atentado contra la vida del otro cónyuge, incitación a la prostitución, etc.), b) *divortium sine causa*; también unilateral, pero sin una causa imputable al otro cónyuge. Fue desalentado con la imposición de cargas y sanciones, pero se le reconoce válido, c) *divortium ex communi consensu*; por común consentimiento, prohibido por Justiniano, d) *divortium bona gratia*; no produce sanción para ninguno de los cónyuges, aunque son casos y causa suficiente para motivar la disolución matrimonial (locura, cautiverio bélico de más de 5 años, etcétera).

EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Hasta un Decreto de 1564, el sistema matrimonial que se aplicaba en España era el sistema romano en el que no se imponía una forma concreta para celebrar un matrimonio sino que bastaba el mero consentimiento o convivencia sobre la base de la *affectio maritalis* de los cónyuges. Desde 1564 hasta 1870 se aplicará el matrimonio canónico. Es precisamente a partir de 1870 cuando, por primera vez, se establece un sistema matrimonial civil español. En él, el Estado no reconocía ni validez ni eficacia al matrimonio celebrado fuera de las causas civiles establecidas¹⁷. Ese sistema se derogó en 1875 a través de un Decreto de 19 de febrero. En 1889 se aprueba el Código Civil español en el que se recoge el sistema de 1875, rigiendo para toda España un concepto unitario de matrimonio, estableciendo normas generales para el caso de colisión de ordenamientos. Ha sido el que ha perdurado hasta la Constitución de 1978 y la posterior reforma de 1981. El art. 32 de la Constitución de 1978 dice:

*«El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»*¹⁸.

El citado artículo se encuentra vinculado con el principio de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3), de libertad religiosa¹⁹ (art. 16.1) y de igualdad ante la ley (art. 14).

El matrimonio en España presenta unas características específicas como son la procreación y educación de la prole (que exige distinto sexo, exogamia, etc.), amor conyugal y unidad e indisolubilidad, al menos, inicialmente. De acuerdo con ello, el ordenamiento establece unos requisitos²⁰ para que el matrimonio pueda surtir efectos válidamente, establecidos tras la reforma de 1981, como los recogidos en el Código Civil.

Según los caracteres vistos, puede definirse el matrimonio como la unión estable de un hombre y una mujer con el fin de establecer una plena comunidad de vida. En este sentido, cabe destacar el art. 45 del Código Civil sobre la necesidad del consentimiento de los contrayentes. En relación con dicho requisito, si uno de los contrayentes se viera afectado por deficiencias psíquicas se exigirá un dictamen médico favorable para contraer matrimonio:

¹⁷ Sistema sobre el que se basará el modelo de matrimonio en España en 1932.

¹⁸ Concepto recogido en los arts. 10 y 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹⁹ En este sentido cabe destacar los sucesivos acuerdos del Estado con la Santa Sede (Concordato de 27 de agosto de 1953 y otros acuerdos de 3 de enero de 1979, que reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado según el Derecho canónico).

²⁰ No pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados (art. 46 del C.c.), salvo que el juez lo dispense oído el menor y sus padres (art. 48 del C.c.), los ya casados (art. 46 del C.c.), etc. El art. 73 del C.c. señala como causas de nulidad matrimonial los vicios de error, coacción o miedo grave (art. 76 del C.c.).

Art. 45: «No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta»; art. 56: «Quienes deseen contraer matrimonio, acreditarán... que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código». Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá examen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento».

Del art. 45 del Código Civil, se desprende que no es suficiente cualquier declaración de consentimiento sino uno específicamente matrimonial y en las formas que se determinan en los arts. 49 y 50 del mismo²¹. El consentimiento bajo condición, término o modo se tiene como no válida al igual que el prestado por error en la persona, coacción o miedo grave y por persona con deficiencias psíquicas (art. 56). En el Código Civil español se exige la observancia de unas formas, si bien desligadas en todo momento del requisito del consentimiento matrimonial²².

El matrimonio se disuelve sea cual fuera la forma y el tiempo de su celebración por distintas causas como la muerte, la declaración de fallecimiento y el divorcio²³, en tanto este último supone el cese en la voluntad de, al menos, uno de los cónyuges en continuar la convivencia marital con el otro.

EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

A) INTRODUCCIÓN

Muchos de los pueblos modernos más civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. Se puede decir que ésta es una necesidad periódica de las sociedades. Por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, las ideas nuevas, los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica, etc., provocan sin cesar novedades que se acumulan a las experiencias anteriores, interpretándolas, adicionándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes y contradictorios, dándoles consistencia y

²¹ También en este mismo sentido cabe citar los arts. 59 y 60 del C.c.: art. 59: «El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado, o en su defecto, autoridades por la legislación de éste»; art. 60: «El matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el art. 59, produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente».

²² Arts. 49, 57, 58, 59 y 60 del C.c.

²³ Causas de divorcio (art. 86 del C.c.). Supone el cese de la convivencia conyugal durante: a) al menos un año ininterrumpido desde la demanda de separación desde la celebración del matrimonio, b) cinco años a petición de cualquiera de los cónyuges, c) condena en sentencia firme por atender contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes. La acción de divorcio se extingue con la muerte de cualquiera de los cónyuges o su reconciliación. La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales (art. 22.2 del C.c.). También los casos de nulidad y separación vienen recogidos en los arts. 74 a 76, 81, 86, 90, 92, 93, 95, 98 y 101 del C.c. español.

poniéndolas en relación con el orden social²⁴. En este sentido, veremos a continuación las bases y modificaciones más recientes de algunas de las codificaciones más destacadas en el mundo moderno.

B) EN EL CONTINENTE EUROPEO

a) Los requisitos que tienen que ver con la celebración del matrimonio en Holanda, vienen regulados en la sección 1.^a, título 5.^o del Código Civil holandés, en donde se hace referencia: a) a la edad (mayor de 18 años, con algunas excepciones) y b) al vínculo matrimonial preexistente y parentesco. No se menciona, sin embargo, al crimen o a la prestación del consentimiento, a diferencia del Código Civil español. Sí al consentimiento que deben prestar los padres o tutores salvo que sus facultades mentales estén perturbadas o que el menor solicite su sustitución por un Juez de distrito²⁵. La interrupción del matrimonio²⁶ podrá producirse por no reunir las partes los requisitos requeridos o cuando se simule el matrimonio con fines distintos a los matrimoniales²⁷.

b) En la república de Irlanda, el matrimonio no está definido en ningún texto legal. Existe, no obstante, un concepto procedente del derecho inglés que lo entiende como:

«*La unión voluntaria de por vida entre un hombre y una mujer con exclusión de todos los demás*²⁸».

Dicho concepto ha sido reconocido como válido en Irlanda debido, fundamentalmente, a su pertenencia al sistema anglosajón, en el que destaca la concepción contractual, aunque con matices, del matrimonio, donde cabe tanto la celebración del matrimonio civil como en la forma religiosa²⁹.

Los requisitos que se exigen para la validez del matrimonio son: a) *edad suficiente* (16 años tanto del varón como en la mujer), b) *capacidad para entender y querer* (las partes sean conscientes de las obligaciones y contenido que supone la celebración del matrimonio³⁰), c) la *no existencia de prohibiciones por razón de*

²⁴ Mensaje del Ejecutivo chileno al Congreso proponiendo la aprobación de las modificaciones del C.c. de 2000, dirigido a los conciudadanos del Senado y de la Cámara de Diputados.

²⁵ Que será quien emita el consentimiento, recurrible en los 14 días siguientes.

²⁶ Sección 3.^a, título 5, arts. 50 a 57 del C.c. holandés.

²⁷ Están facultados para solicitar la interrupción: los parientes en línea recta, hermanos y hermanas, tutores y curadores, así como el vinculado con una de las partes por precedente matrimonio no disuelto y el Ministerio público.

²⁸ Definición de matrimonio de Lord Penzance, *sentencia Hyde vs. Hyde and Woodmansee (1866) LR 1 PD 130, 133*.

²⁹ Art. 44.2.2 de la Constitución de 1937. Permitiéndose, en este caso, incluso la ausencia de testigos, de acuerdo con una antigua norma del *Common Law*, anterior a la reforma protestante y al Concilio de Trento. Vid. R. PALÁ, *La institución del matrimonio en la república de Irlanda*, Barcelona, 1993.

³⁰ Nada se dice en relación con los casos de demencia o enfermedades mentales.

parentesco (por consanguinidad hasta tercer grado colateral o por afinidad y adopción), d) *libertad de estado* (inexistencia en los contrayentes de un matrimonio precedente no disuelto).

En Irlanda, el matrimonio es una unión de por vida y sólo podrá finalizar a través de la muerte de los cónyuges o de uno de ellos. Las partes, por tanto no pueden hacerlo³¹. El divorcio está prohibido por la Constitución y sólo a través de su reforma podrá regularse el divorcio en el futuro:

Art. 41.3.2: «Nadie podrá contraer matrimonio válidamente en Irlanda aún habiéndose disuelto su anterior matrimonio en el extranjero».

Sin embargo, hay otros supuestos como la nulidad³², anulabilidad³³ y separación³⁴ del matrimonio que sí se contemplan en la legislación irlandesa.

c) La legislación italiana tampoco ofrece una definición de matrimonio ni en la Constitución ni en el Código³⁵, si bien el art. 29.1 de la Constitución hace referencia al matrimonio cuando dice que:

«La familia es una sociedad natural fundada sobre el matrimonio».

Tampoco la prestación del consentimiento por los contrayentes figura como un requisito expresamente recogido en el texto constitucional o en las leyes italianas. Sin embargo, sí se recogen otros requisitos exigidos para contraer matrimonio como: a) la mayoría de edad (salvo autorización para los menores de 18 años y mayores de 16 ó 14)³⁶, en donde el consentimiento lo otorga la persona que ejerce la patria potestad o tutela³⁷, b) la ausencia de enfermedad mental declarada con interdicción judicial³⁸, c) la inexistencia de relación por consanguinidad, afinidad o adopción en línea recta³⁹, d) la existencia de *libertà di stato* (libre de vínculo matrimonial⁴⁰), e) la ausencia de condena por homici-

³¹ Arts. 41.1.1 y 41.3.1 de la Constitución.

³² Casos de nulidad en que incurrirían, entre otras, las uniones de homosexuales, la celebración del matrimonio por falta de edad o de consentimiento, la falta de libertad de estado, etcétera.

³³ La anulabilidad cabe en ciertos supuestos como los de enfermedad que incapacite para iniciar o mantener una relación conyugal.

³⁴ La demanda de separación puede presentarse, entre otras causas, por hechos como cometer adulterio o pecado contra la naturaleza, etcétera.

³⁵ Lo referente al matrimonio ha de extraerse a tenor de lo dispuesto en los arts. 84, 87, 89, 122, 140, 143 bis, 147 y 148, 261 y 317 bis.

³⁶ Art. 84 del Código. Incluso los 14 y 12 años respectivamente, en autorización por Autoridad competente y por motivos muy graves.

³⁷ En el caso del matrimonio del menor emancipado es necesario el consentimiento del curador cuando éste sea uno de sus progenitores. El consentimiento, cuando no se otorga personalmente debe constar en documento público o escrito privado autenticado. Cuando se niegue el consentimiento, el matrimonio puede ser autorizado por motivos graves, art. 90.

³⁸ Art. 85.

³⁹ Art. 87.

⁴⁰ Art. 86.

dio consumado o en grado de tentativa respecto del cónyuge del otro⁴¹ y f) el transcurso del *tempus lugendi*, salvo dispensa en casos particulares⁴².

d) En Alemania, antes de 1875 el matrimonio civil se celebraba de manera subsidiaria. Hoy, por influjo del derecho francés sólo puede contraerse matrimonio civil. Puede entenderse que el B.G.B. expresa una definición de matrimonio en su art. 1353.1 en donde, de los efectos del matrimonio, dice:

«El matrimonio se contrae de por vida. Los esposos están recíprocamente obligados a vivir en comunidad conyugal».

En 1976 entra en vigor un nuevo régimen de divorcios que se fundamenta en la *ruptura* del matrimonio (arts. 1565 y 1566) y no en el antiguo principio de la culpabilidad. En este sentido, el matrimonio se disuelve por divorcio, en tanto voluntad de no continuar la convivencia, tal y como se recoge en los arts. 1564 a 1568:

Art. 1565: «Podrá obtener el divorcio en caso de ruptura del matrimonio...; art. 1566: «Se presumirá irrefutablemente la ruptura del matrimonio cuando los cónyuges vivan separados...»; art. 1567.1: «...los cónyuges viven por separado...cuando uno de los cónyuges claramente no desea restablecerla...».

e) La Codificación suiza por su parte, en el art. 94 del Código Civil, recoge la capacidad para *discernir* como requisito para contraer matrimonio. Dicha capacidad la ostenta todo aquél mayor de dieciocho años:

Art. 94: «Entre los requisitos para contraer matrimonio se encuentra haber cumplido dieciocho años y ostentar capacidad de discernimiento. No podrá contraerse el matrimonio sin el consentimiento...».

Se entiende, por tanto, que el mayor de dieciocho años puede prestar válidamente el consentimiento matrimonial, es decir, está perfectamente capacitado para conocer las consecuencias y deberes que conlleva la celebración del matrimonio⁴³.

f) En Portugal, cabe la celebración tanto del matrimonio civil como religioso si bien este último no tiene efectos civiles aun estando inscrito en el registro civil. Puede encontrarse una definición de matrimonio en el art. 1557 del Código Civil:

«El matrimonio es un contrato celebrado entre dos personas de sexo diferente que pretenden constituir una familia como una comunidad plena de vida».

⁴¹ Art. 88.

⁴² Art. 89.

⁴³ Art. 159: «*Unione coniugale; diritti doveri dei coniugi: a) La celebrazione del matrimonio crea l'unione coniugale, b) I coniugi si obbligano a cooperare alla prosperità dell'unione ed a provvedere in comune ai bisogni della prole, c) Essi si devono reciproca assistenza e fedeltà*».

c) EN EL CONTINENTE AMERICANO

a) En México, el Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal Concordado de 1870, regula el matrimonio en el libro I, arts. 139 a 265. En realidad no se encuentra definición alguna de matrimonio en el articulado si bien se citan los requisitos para contraerlo en los arts. 146 y 148, en conexión con los impedimentos enumerados en el art. 156.

Art. 146: «El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige».

La regulación del matrimonio se entiende desde el punto de vista contractual, tal y como se dispone en el capítulo IV (libro I, título V). Por ello, el consentimiento matrimonial se configura como un requisito esencial para la válida celebración del matrimonio pese a no estar recogido como tal en los arts. 146 y 148, dado que su falta determinará la no celebración válida del matrimonio o la disolución del matrimonio ya existente:

Art. 238: «La nulidad por falta de consentimiento...»; art. 240: «La nulidad por falta de consentimiento...», art. 245: «El miedo y la violencia serán causa de nulidad del matrimonio...».

El divorcio se regula en los arts. 266 a 291. En ellos no se recoge tampoco una definición de divorcio, si bien se regulan exhaustivamente las causas objetivas en las que se puede fundamentar, como puede comprobarse en los arts. 267, 268, 270. Por su parte, la falta de voluntad de los cónyuges de mantener el proyecto de vida en común como causa de disolución del matrimonio, se regula de manera escasa recogiéndose tan sólo en dos artículos⁴⁴.

b) Muy distinto es el caso de Chile, en los momentos iniciales de su independencia, donde el matrimonio se regía por el derecho canónico. Será a partir de 1820 cuando se emita una ley que impone a las mujeres menores de 22 años y a los varones menores de 24 la obligación de contar con el consentimiento del padre, la madre o el abuelo para contraer matrimonio. En 1844 se permitirá la celebración de matrimonio entre no católicos aunque la ceremonia debía celebrarla un párroco. Una definición del matrimonio puede encontrarse en el art. 102 del Código Civil chileno, en el que se dice:

«El matrimonio es un contrato por el que un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente⁴⁵ y por toda la vida con el fin de vivir juntos, de procrear⁴⁶ y de auxiliarse mutuamente».

⁴⁴ Concretamente, los arts. 267 y 272 (en relación con los 273 a 276, 288 a 289 y 1158).

⁴⁵ El objetivo de la introducción de esta expresión es el de no condicionar la celebración del matrimonio a la inclusión de una condición suspensiva.

⁴⁶ Con algunas excepciones como los matrimonios entre personas incapaces para generar o en lecho de muerte, etcétera.

Los requisitos para la válida celebración del matrimonio exigidos por la legislación chilena son los siguientes: a) la diversidad de sexos, b) el consentimiento libre y espontáneo y c) la presencia de un oficial del registro civil, llamado por ley a solemnizar el matrimonio. El consentimiento se entiende que falta cuando ha habido error en la identidad del otro contratante o fuerza, según los términos expresados en los arts. 1456 y 1457 del Código Civil o cuando ha habido raptó y, al tiempo de celebrarse el matrimonio, la mujer no ha recuperado la libertad. La fuerza vicia el consentimiento y se entiende por tal la fuerza moral, esto es, las amenazas. La fuerza física directamente suprime el consentimiento. Sin embargo, el temor reverencial (en tanto temor a desagradar a ciertas personas a las que se debe respeto y sumisión) no es suficiente para viciar al consentimiento. La voluntad de los contratantes sólo juega un papel generador de la relación matrimonial⁴⁷.

c) Al contrario que el Código Civil chileno, el argentino, en vigor desde 1861, no define el matrimonio⁴⁸. En el art. 172 recoge el *consentimiento pleno y libremente prestado por el hombre y la mujer ante la autoridad competente para celebrarlo, como requisito indispensable para la existencia del matrimonio*.

En el art. 213.3 se establece el divorcio como una de las causas de disolución del vínculo matrimonial. Dicha regulación se extiende hasta el art. 218 en el que se recoge la prestación de alimentos.

d) En el Código Civil paraguayo tampoco se encuentra definición alguna de matrimonio y ni tan siquiera del consentimiento como requisito matrimonial. Es más, en los arts. 163 a 165 no se permite la disolución del matrimonio más que por la muerte de uno de los esposos. Será a través de la Ley 45 de 1991 cuando se introduzca la posibilidad de la disolución matrimonial a través del divorcio:

Art. 1.º: «Esta ley establece el divorcio que disuelve el vínculo matrimonial y habilita a los cónyuges divorciados a contraer nuevas nupcias...».

e) Sin embargo, en Cuba, el matrimonio se encuentra definido en el art. 2.º del Código de Familia de 14 de febrero de 1975 al tiempo que se establecen sus requisitos:

«El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida común».

⁴⁷ Se conserva a la autoridad eclesiástica el derecho de decisión sobre la validez del matrimonio. El matrimonio válido para la Iglesia, lo es también ante la ley civil. Conservando la potestad marital, se ha querido limitar sus abusos y la suerte de la mujer, suprimiendo los privilegios de la dote. En este sentido, se copia la tendencia de la jurisprudencia española ampliando, en beneficio de la mujer, de la separación de bienes y minorando la desigualdad de los efectos civiles del divorcio entre los consortes, regularizándose la sociedad de gananciales y concediéndose garantías a la conservación de los bienes de la mujer en manos del marido.

⁴⁸ Sí se recoge, por el contrario, una definición del matrimonio a distancia en los arts. 173 a 175.

Y en el art. 51 del Código de familia⁴⁹ se hace referencia a la procedencia del divorcio⁵⁰ cuando una o ambas partes muestran su voluntad de no continuar en la convivencia común.

Art. 51: «Procederá el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges o cuando el tribunal compruebe que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y para los hijos y con ello también para la sociedad»; art. 52: «Se entiende... que el matrimonio pierde su sentido para los cónyuges y para los hijos y con ello también para la sociedad, cuando existan causas que hayan creado una situación objetiva en la que el matrimonio haya dejado de ser o ya no pueda ser en el futuro la unión de un hombre y una mujer en que de modo adecuado se puedan ejercer los derechos, cumplir las obligaciones y lograrse los fines a que se refieren los arts. 24 a 28, ambos inclusive».

Pero también en el Código de Familia, en sus arts. 18 y 19, se reconoce el *matrimonio no formalizado*:

Art. 18, párrafo 1.º: «La existencia de una unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, sufrirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocida por tribunal competente; art. 19: «La formalización o reconocimiento judicial del matrimonio entre hombre y mujer unidos en la forma señalada en el artículo que antecede, retrotraerá sus efectos a la fecha iniciada la unión, de acuerdo con lo manifestado por los cónyuges y testigos en el acta de formalización del matrimonio o la declarada en la sentencia judicial».

f) En Panamá, el matrimonio se regula en el Código de familia de 1994. Precisamente el art. 25 lo define como:

«El matrimonio es la unión voluntariamente concertada⁵¹ entre un hombre y una mujer⁵², con capacidad legal⁵³, que se unen para hacer y compartir una vida en común».

Se concede especial atención, al igual que sucede en el derecho cubano, al matrimonio no formalizado o *matrimonio de hecho*⁵⁴. Así, el art. 53 dice:

«La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas⁵⁵ para contraer matrimonio, mantenida durante 5 años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil⁵⁶».

⁴⁹ En conexión con los arts. 50 y 52.

⁵⁰ Regulado de manera bastante realista y acorde con la sociedad de acuerdos con los arts. 49 a 64 del Código de familia cubano.

⁵¹ El art. 44 dice: «La declaración de los contrayentes no puede estar sujeta a condición ni plazo. Si las partes agregan una condición o un plazo, el funcionario no debe proceder a la celebración del matrimonio. No obstante, si el matrimonio se celebra, la condición y el plazo no tendrán validez».

⁵² El art. 34.1 dice: «No pueden contraer matrimonio entre sí, las personas del mismo sexo».

⁵³ El art. 33.1 exige una edad mínima de 16 años en el varón y 14 en la mujer, en conexión con el 35.1 que exige en estos casos el consentimiento de quien ostente la patria potestad del menor o su tutela.

⁵⁴ En lo relativo a las formas exigidas para la validez y efectos del matrimonio, vienen determinadas en los arts. 27 a 32 y 37 a 52 del Código de familia.

⁵⁵ Es decir, no se incurra en alguno de los impedimentos matrimoniales enumerados en el art. 34 del Código de familia.

⁵⁶ Los formalismos exigidos se contienen en los arts. 55 a 59.

¿Qué se entiende por *singularidad* y *estabilidad*? El art. 54 párrafo 2.º dice:

«La condición de singularidad consiste en que la unión sea de un solo hombre con una sola mujer», el párrafo 3.º dice: «La condición de estabilidad se cumple cuando la convivencia sea constante, durable y permanente».

También el Código de familia regula otros tipos de matrimonios como el de los indígenas. Así, en los arts. 60 a 66 se regula lo relativo a la celebración matrimonial en el seno de la comunidad indígena de los Kunas en la Comarca de San Blas y el 67 el resto de grupos indígenas.

Por otra parte, cuando falta el consentimiento de continuar conviviendo o cuando nunca se prestó de manera válida, se produce la disolución del matrimonio⁵⁷. Para que haya divorcio⁵⁸ debe haber acuerdo entre los cónyuges y cumplir los requisitos establecidos en el art. 212.10. Se puede pedir la nulidad matrimonial, sin embargo, cuando el consentimiento se otorgó mediando violencia, coacción o miedo grave⁵⁹.

g) En Uruguay, en el art. 84 se establecen las bases para la válida celebración del matrimonio en relación con las formas⁶⁰:

«Efectuado el matrimonio civil a que se refiere el art. 83, los contrayentes podrán libremente solicitar la ceremonia religiosa de la Iglesia a que pertenezcan, pero ningún ministro de la Iglesia Católica o pastor de las diferentes comuniones disidentes en el país, podrá proceder a las bendiciones nupciales sin que se le haya hecho constar la celebración del matrimonio civil, por certificado expedido en forma por el Oficial del Estado Civil y si lo efectuase sin dicha constancia incurrirá en la pena de seis meses de prisión y en caso de reincidencia un año de prisión».

Una excepción del art. 84, son los matrimonios *in extremis*, que no producirán efectos civiles⁶¹.

Sin embargo, el requisito del consentimiento se contempla aquí desde el punto de vista de su falta inicial constituyendo ésta un impedimento para la válida celebración del matrimonio⁶²:

⁵⁷ Art. 207.

⁵⁸ Art. 212.

⁵⁹ Art. 224.3.

⁶⁰ En relación con lo dispuesto en el art. 88: *«Todos los matrimonios efectuados civilmente durante la vigencia de las Leyes anteriores, aunque hayan tenido lugar entre personas católicas, que por razones de conciencia o cualesquiera otras prefirieron el acto civil con prescindencia de la ceremonia religiosa establecida por las leyes canónicas o eclesiásticas, se declaran válidos y legítimos ante las leyes civiles, considerándose que esos matrimonios producen todos sus efectos legales desde el día de su celebración».*

⁶¹ En relación con lo dispuesto en el art. 87 del mismo Código: *«Llenados estos requisitos y corrido el término de la publicación, el Oficial del Estado Civil pasará los antecedentes al Juez Letrado competente del domicilio de los contrayentes, quien no teniendo reparo que hacer al procedimiento seguido y no habiéndose interpuesto oposición justificada, declarará válido el contrato de matrimonio civil celebrado in extremis. Tratándose de viudo o viuda, divorciado o divorciada, el Juez Letrado exigirá que acredite la presentación de la declaración jurada establecida por el art. 113».*

⁶² *«...Los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito son hábiles para contraer matrimonio, siempre que se compruebe que pueden otorgar consentimiento. La comprobación se hará por informe médico aprobado judicialmente...».*

Art. 91: «Son impedimentos dirimentes para el matrimonio... la falta de consentimiento en los contrayentes...».

En relación con el artículo precedente, el art. 98.6 (en conexión con el 105 y siguientes⁶³) dice:

«El consentimiento del sordomudo contrayente que no pueda darse a entender por escrito, será expresado por su representante legal...».

La falta de consentimiento o el prestado bajo violencia o error, también conlleva la nulidad matrimonial con una excepción y es que haya mediado cohabitación continuada por sesenta días:

Art. 199: «No puede decirse de nulidad del matrimonio contraído sin el consentimiento libre de los cónyuges, sino por el contrayente, cuyo consentimiento no ha sido libre. Si el vicio del consentimiento proviniese de violencia o de error sobre la persona, no será admisible la demanda de nulidad, cuando haya mediado cohabitación continuada por sesenta días, desde que el cónyuge adquirió su libertad absoluta o conoció el error de que había sido víctima».

La finalización del matrimonio por divorcio se recoge en los art. 186 y siguientes:

Art. 186: «El matrimonio se disuelve...por el divorcio legalmente pronunciado».

h) En Puerto Rico, se define el matrimonio en el art. 68 del Código Civil de 1930:

«El matrimonio es una institución civil que procede de un contrato civil en virtud del cual un hombre y una mujer se obligan mutuamente a ser esposo y esposa, y a cumplir el uno para con el otro los deberes que la Ley les impone. Será válido solamente cuando se celebre y solemnice con arreglo a las prescripciones de aquella...cualquier matrimonio entre personas del mismo sexo o transexuales contraído en otras jurisdicciones, no será válido ni reconocido en derecho en Puerto Rico»⁶⁴.

Los requisitos exigidos por el Código portorriqueño en su art. 69 para contraer matrimonio son:

«a) la capacidad legal de los contratantes, b) el consentimiento de las partes contratantes, c) la autorización y celebración de un contrato».

⁶³ Art. 105: *«No se procederá a la celebración de matrimonio alguno, sin el ascenso o licencia de la persona o personas, cuyo consentimiento sea necesario, según las reglas que van a expresarse o sin que conste que el respectivo contrayente no ha de menester para casarse el consentimiento de otra persona o que ha obtenido el de la justicia en subsidio»*; art. 106: *«Los hijos que no hayan cumplido veintiún años de edad, cualquiera sea su sexo, necesitan para casarse el consentimiento expreso de sus padres legítimos o, falta de ambos, el del ascendiente o ascendientes legítimos en grado más próximo. En igualdad de votos contrarios, preferirá el favorable al matrimonio»*. Texto dado por Decreto ley 14.350 de 29/3/75; y el art. 107: *«A falta de dichos padres o ascendientes legítimos, será necesario al que no haya cumplido veintiún años, el consentimiento expreso de su tutor o curador especial»*. Texto dado por Decreto ley 14.350 de 29/3/75.

⁶⁴ Modificado en 1999 por la Ley 94.

El art. 73 se recoge los casos en que el consentimiento no es válido⁶⁵:

«No es eficaz el consentimiento: a) cuando sea dado al raptor por la raptada, mientras ésta no haya recobrado por completo su libertad, b) cuando sea obtenido por violencia o intimidación, c) cuando hay error respecto a la persona con quien se va a contraer matrimonio».
(Enmendado en el 1983, ley 27.)

i) Mucho más al norte, en el Estado de Quebec, el art. 365 del Código Civil recoge una definición de matrimonio estableciéndolo como un contrato en donde el consentimiento de las partes, la presencia de testigos y de un funcionario competente son condiciones fundamentales para su válida celebración y como medio de prueba del mismo:

«El matrimonio deberá contraerse públicamente, ante la presencia de dos testigos y persona competente para celebrarlo. Se contraerá sólo por un hombre y una mujer que libre y públicamente prestarán su consentimiento».

Igualmente se regulan los matrimonios celebrados por la comunidad Mohawk dentro de su territorio, siempre que éstos se lleven a cabo según lo acordado con las autoridades gubernamentales correspondientes⁶⁶.

La disolución matrimonial por divorcio se regula en los arts. 465 y 516 a 521, limitándose, en ellos, a establecer unos principios cuyo desarrollo y aplicación remite a lo dispuesto en el Diverce Act of Canada⁶⁷.

D) EN EL CONTINENTE ASIÁTICO

a) En Japón, la familia se ha organizado, tradicionalmente, en torno a una figura parecida al *paterfamilias* romano cuyo deber era el de mantener a los sometidos a su autoridad y éstos le debían respeto y pedir el consentimiento para contraer matrimonio⁶⁸. Su sucesor lo era el primogénito varón, pues la condición de la mujer era inferior a la del hombre y sólo la mujer viuda puede ejercer la patria potestad. Se trata de una forma de entender la familia muy común en el continente asiático. El matrimonio se concibe como una forma de organización de la familia más que como una unión libre entre hombre y mujer⁶⁹. Esta concepción matrimonial se fue relajando y se llegó a establecer, en el art. 808 del Código de 1898, la posibilidad del divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges que coincide con la redacción del actual.

El Código Civil que rige hoy en Japón es el de 1898 con las reformas introducidas por los norteamericanos tras la II Guerra Mundial. A partir de la

⁶⁵ 31 L.P.R.A. sec. 241.

⁶⁶ Art. 366, párrafo 3.º.

⁶⁷ «Loi concernant le divorce et les mesures accessoires», L.R.C., 1985, c. 3 (2º suppl.) [L.R.C., c. D-3-4]. Québec, D.O.R.S./97-237.

⁶⁸ Art. 750 del C.c. japonés de 1898.

⁶⁹ Art. 772 del C.c. japonés de 1898.

constitución de 1947, se establece la dignidad del individuo (art. 13), su igualdad ante la ley (art. 14) y la igualdad de sexos en el matrimonio y la vida de familia (art. 24). En el Código Civil no se encuentra definición alguna de matrimonio y ni tan siquiera del consentimiento como requisito matrimonial. Sin embargo, en los arts. 742.1 y 747.1 se establece la nulidad del matrimonio por vicio del consentimiento de cualquiera de los cónyuges debido a error y dolo o coacción. De ellos se desprende la necesidad de los cónyuges de expresar un consentimiento específicamente matrimonial, libre y en pie de igualdad entre ellos.

Se admite el divorcio por mutuo consentimiento dada la posición de igualdad de los esposos⁷⁰. El divorcio se encuentra recogido en el art. 763:

«Los cónyuges podrán disolver el matrimonio de común acuerdo».

b) En China, el origen del Derecho es la ley que no debe transgredirse y cuyo cometido es mantener el orden⁷¹. La República Popular se funda a partir de 1949 y los principios sobre los que se sustenta el régimen son según el preámbulo de la Constitución china de 1975:

«...perseguir los tres grandes movimientos revolucionarios que son la lucha de clases, la lucha por la producción y la experimentación científica, concluir la edificación del socialismo...trabajar duro, edificar el país con diligencia y economía...y hacer todo en interés del pueblo⁷²».

El derecho privado chino se ha ido estableciendo a través de la costumbre⁷³. Sin embargo, en 1980 se publica la ley sobre matrimonio que viene a sustituir a la de 1950. El matrimonio se contrae sobre el principio del libre consentimiento de los futuros esposos⁷⁴. La introducción de la libertad de consentimiento de los cónyuges, dada la tradición de concertar, desde pequeños, los matrimonios por sus padres, práctica que hoy está penada⁷⁵.

⁷⁰ La repartición de los bienes en estos casos, se regula en el art. 768 del C.c., y en caso de desacuerdo, se someterá a la correspondiente decisión de un tribunal.

⁷¹ El contacto con occidente y la introducción de la idea de los derechos subjetivos, suaviza la aplicación rígida de la ley. A partir de 1911 se funda la República China por Sun Yixian y se acepta el principio de separación de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) preconizado por Montesquieu, añadiendo Sun Yixian otros dos: el sistema de examen y el de control.

⁷² El art. 10 de la Constitución dice: *«El Estado aplica el principio de hacer la revolución y promover la producción, mejora el trabajo...hacer pujar plenamente la iniciativa de la autoridad central y de la autoridad local estimulando el desarrollo planificado de la economía socialista. El mejoramiento continuo de la vida material y cultural del pueblo sobre la base del crecimiento continuo de la producción social y consolidar la independencia y la seguridad del país»* y el art. 9 en la misma línea dispone: *«Quien no trabaja no come...a cada uno según su trabajo...de cada uno según su capacidad».*

⁷³ Fuente de creación de Derecho que trata de derecho civil y mercantil y que, en ocasiones ha llegado a imponerse a la norma escrita de superior rango jerárquico.

⁷⁴ En general, la edad establecida para contraerlo es de 20 años para la mujer y 24 para el varón.

⁷⁵ En cuanto a los formalismos, la ley sólo exige la presencia de los contrayentes ante el despacho de registros de matrimonios de la localidad de residencia donde constará la edad, consentimiento, etcétera.

El Derecho chino regula también el divorcio como modo de finalización del matrimonio. En este sentido, se recogen dos formas distintas: a) el divorcio de mutuo acuerdo, no plantea problemas si los cónyuges acuerdan el régimen de visitas de los hijos, la patria potestad y la disolución del régimen económico matrimonial y b) el divorcio como consecuencia de una voluntad unilateral⁷⁶.

E) EN EL DERECHO MUSULMÁN (NORTE DE ÁFRICA Y CONTINENTE ASIÁTICO)

El derecho musulmán es el que rige para los adeptos de la religión islámica. La ciencia jurídica musulmana se formó y consolidó a lo largo de la alta Edad Media. Uno de sus rasgos principales es el de los escasos principios jurídicos fijados por el Corán y que constituirán la base de su casuística y la falta de sistematización. Para autores como Lambert, el derecho musulmán se confunde con la religión; los legisladores son la divinidad misma y su esfuerzo a lo largo del siglo X sienta las bases de su contenido actual.

El derecho musulmán para los juristas europeos es muy poco conocido y, sin embargo, algunos de sus principios fundamentales son perfectamente asumibles y acordes con el modelo de convivencia occidental, como, por ejemplo, su huida de los formalismos y el principio de la libertad contractual o su interés por la seguridad jurídica. Es de destacar, sin embargo, que los países⁷⁷ en que se aplica el derecho musulmán no son precisamente ejemplos de intensa labor codificadora a excepciones de estados como Irán y Pakistán donde cabe destacar el Código de familia de 1927 en el primero de ellos y la reforma del derecho de familia de 1961 en el segundo.

En relación con el derecho privado y, concretamente, con el derecho de familia, cabe decir que su desarrollo ha sido elaborado por la doctrina musulmana debido a su escaso tratamiento en el Corán. La familia musulmana contiene estrechas vinculaciones con la religión y la moral y su régimen está basado sobre un sistema patriarcal donde destaca el sometimiento de la mujer al poder del marido.

El matrimonio en el derecho musulmán pone en juego intereses morales y materiales y consiste en un contrato entre un hombre y una mujer aunque con grandes diferencias entre ellos y sus efectos jurídicos. Los requisitos para la validez del matrimonio son: a) la ausencia de impedimentos, b) el consentimiento prestado por toda persona que haya llegado a la pubertad⁷⁸, c) la

⁷⁶ En estos casos, el tribunal popular de la localidad donde residen los esposos tratará de conciliar por dos veces a las partes. Tras esos intentos, el juez declara el divorcio cuando se constata la falta de *affectio maritalis* y el fracaso de las tentativas de conciliación.

⁷⁷ Estados de aplicación pura del Derecho musulmán: Arabia Saudita, Irak, Irán, Yemen, Emiratos Árabes: Omán, Qatar, Bahrein; Afganistán, Somalia. Otros estados lo materializan bajo la influencia del marxismo-leninismo como Kazakstán, Turkmenistán, Uzbekistán, Kirghizistán, Tadjikistán, Albania. Por último, cabe señalar los que tiene influencias del *civil law* o bien del *common law*, como Egipto, Argelia, Túnez, Libia, Marruecos, Sudán, entre los primeros y Pakistán, Malasia, Nigeria e Indonesia entre los segundos.

⁷⁸ O, en caso contrario, por su padre, tutor testamentario o ascendientes.

dote⁷⁹, y d) demás formalidades prescritas por la ley. Los efectos del matrimonio comportan obligaciones para el marido y la mujer. En el primer caso, se le exige la cohabitación, la consumación del matrimonio y no causar malos tratos a la esposa. Por su parte, a la mujer se le exige la obediencia al marido, a la cohabitación y fidelidad, entre otras cuestiones de carácter patrimonial.

Las causas de disolución del matrimonio se derivan del incumplimiento de estas obligaciones junto con la muerte de cualquiera de los cónyuges, el repudio unilateral del marido y el divorcio por común acuerdo o por decisión judicial.

F) EN EL DERECHO DEL ÁFRICA SUBSAHARIANA Y MADAGASCAR

La realidad social africana concerniente a este apartado es la correspondiente al Sur del Sahara, también conocida como el África Negra. El derecho de los países africanos independizados de los países colonizadores europeos se debate entre continuar con el sistema jurídico llevado por los europeos o mantener sus tradiciones adaptándolas a los nuevos tiempos.

Los pueblos africanos ofrecen una gran diversidad de costumbres y tradiciones así como una importante escasez de fuentes para realizar una sistematización de su derecho, de carácter consuetudinario y casuístico. Por ello, no resulta habitual la elaboración de codificaciones jurídicas si bien pueden encontrarse excepciones como Senegal, donde en 1973 se realizó una codificación del régimen matrimonial con el fin de mantener la coexistencia de las tradiciones y la modernización de la institución matrimonial⁸⁰.

A pesar de lo anterior, puede partirse de unas premisas muy generales y comunes a estos pueblos como son: a) la desconfianza por el pueblo a que el Estado pueda garantizar sus derechos, b) la función mediadora del Estado en los conflictos entre familias y c) la importancia de éstas que son las verdaderas vertebradoras de la sociedad y a cuya cabeza hay un jefe.

Establecidas estas premisas, la familia se configura como una persona jurídica, en parte, similar a la romana, con un ascendiente común y de la que se excluían a las mujeres casadas que continuaban perteneciendo a su familia originaria. El jefe administra los bienes comunes y establece los acuerdos familiares, dejando a sus miembros la propiedad de pequeños objetos y utensilios de escaso valor económico.

En cuanto al sistema matrimonial, cabe la celebración del matrimonio, generalmente monogámico, aunque la poligamia está muy generalizada con la excepción de Madagascar. El consentimiento de los futuros cónyuges es un requisito fundamental para la validez del matrimonio, así como que éste

⁷⁹ Que debe constituirse legalmente y determinarse en función de la condición social de la mujer y el patrimonio del marido.

⁸⁰ Art. 830.

sea libremente prestado y las partes hayan llegado a la pubertad. También las uniones al margen del mismo con los mismos efectos jurídicos. En realidad, la única diferencia entre ellas es que el matrimonio conlleva la constitución y entrega de bienes en concepto de dote al marido que, en caso de divorcio, deberán ser devueltos.

El divorcio es un hecho recogido y regulado según la costumbre e igualmente cabe la declaración de la nulidad del matrimonio o unión de hecho cuando no media un consentimiento libremente expresado por sus componentes.

CONCLUSIONES

- 1.º Como ha podido observarse, no en todos los ordenamientos jurídicos se define la institución del matrimonio. Tampoco es uniforme la forma de regular dicha institución e incluso no siempre tendrá un carácter monogámico si bien, no es un hecho muy extendido en las legislaciones modernas. Por otra parte, habrá algunos países cuyas líneas fundamentales las establezca en sus Códigos civiles, otros que aprueben un Código específico como es el de familia y otros que regulen dicha institución a través de leyes específicas. De entre los países que otorgan una definición de matrimonio en su legislación civil cabe destacar la antigua Roma, la Constitución Española de 1978, Irlanda, Alemania, Chile, Cuba, Panamá, Puerto Rico y Japón. Entre aquellos otros en que no se establece concepto alguno de matrimonio cabe citar países como Holanda, Italia, Suiza, México, Argentina, Uruguay, Paraguay, China, la mayoría de los países musulmanes y africanos y Madagascar.
- 2.º En relación con el consentimiento específicamente matrimonial cabe, igualmente, citar países que recogen expresamente tal requisito como ya sucedía en el derecho romano y otros que, si bien no lo expresan de tal manera sí que establecen que su falta supone la consideración de matrimonio nulo. Entre los primeros encontramos países como España, Irlanda, Suiza, Chile, Cuba, Argentina, Panamá, Japón, China y la mayor parte de los países musulmanes y africanos. Entre los segundos, cabe citar Holanda, Italia, Alemania, Uruguay, Paraguay, Puerto Rico y México, entre otros.
- 3.º Existen países en que la prestación del consentimiento da lugar a una unión válida aunque no se hayan observado las formas que la perfeccionarían como una unión matrimonial. Son aquellos casos en que las uniones de hecho constituyen una verdadera unión de derecho y se denominan en estas codificaciones como *matrimonio no formalizado* surtiendo los mismos efectos que el matrimonio formalizado. Su fundamento se encuentra en la voluntad del legislador de ofrecer una alternativa jurídica a las uniones estables y voluntarias cuyos componentes, con suficiente capacidad de *entender y querer*, llevan una vida conyugal

en un mismo hogar al margen del matrimonio pero sin realizar los trámites formales del mismo.

En España es incipiente la regulación de dicha situación⁸¹, pero otros países le han dado una amplia cobertura legal ya sean parejas del mismo sexo⁸² o de diferente. Dentro de este último caso, cabe destacar la legislación de países como Panamá, Cuba y la mayoría de los países africanos y algunos musulmanes, que no hacen más que recoger la idea ya expresada por Modestino cuando decía que el consorcio con una mujer libre no era concubinato sino nupcias.

- 4.º Por último, en relación con la falta de *affectio maritalis*, ésta supone la disolución del matrimonio por divorcio. Se caracteriza éste por la falta entre los cónyuges de mantener de manera permanente la convivencia en común, expresada de manera definitiva. No es suficiente para que haya divorcio una falta de *affectio* transitoria, exigiéndose el transcurso de unos plazos como medida preventiva y confirmatoria de la voluntad de perpetua separación mostrada por la pareja.

Sin embargo, no todos los países están a favor de que la falta de *affectio* suponga la desvinculación por divorcio de la unión establecida en tanto en algún caso el matrimonio es un sacramento religioso. Así, en Irlanda la Constitución prohíbe expresamente el divorcio (art. 41.3.2) aunque sí admita la separación y la nulidad del matrimonio en tanto el consentimiento prestado no era válido desde su origen. En otros casos como Paraguay, sólo recientemente se ha admitido la disolución matrimonial por divorcio; si bien, en general, la inmensa mayoría de legislaciones civiles europeas, americanas, asiáticas, africanas e incluso de países que profesan unos convencimientos y profundas raíces religiosas como es el caso de los musulmanes, aceptan tal forma de finalización del matrimonio.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAL, E., *Fundamentals on turkish private law*, 6.ª ed., Istanbul, 2002.
- AJANI, G./MONATERI, P. G., *Casi e materiali di sistemi giuridici comparati*, Torino, 1998.
- ANSON, *Law of contract*, 25.ª ed., London, 1960.
- ATYAH, P. S./SMITH, S. A., *An Introduction to the Law of Contract*, 6.ª ed., Oxford, 2003.
- BAKER, J. H., *Common law tradition*, London and Río Grande, 2000.
- BAUMANN, R./WESTERMANN, D., *Les peuples et les civilisations de l'Afrique*, Paris, 1967.

⁸¹ Fundamentalmente cabe destacar la Ley sobre uniones estables de Cataluña y la Orden de 8 de septiembre de 2000 de la Consejería de Administraciones Públicas que desarrolla el Decreto 124/2000 de Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

⁸² Tratando de los casos de uniones de parejas homosexuales, han sido objeto de regulación en países como Dinamarca en 1989, Noruega en 1993, Suecia en 1995, Hungría e Islandia en 1996, Francia en 2000, y en España se prevé la aprobación de una ley para el próximo año 2005.

- BEATSON, J., *Anson's Law of Contract*, 28.^a ed., Oxford, 2002.
- BELLE, R. M., *Commonwealth caribbean law and legal systems*, London, 1999.
- BEVILAQUA, C., *Resumo das licções de legislação comparada sobre o direito privado*, Bahia, 1897.
- BIRKS, P./PRETTO, A., *Themes in Comparative Law-In Honour of Bernard Rudden*, Oxford, 2002.
- BODGAN, M., *Comparative law*, Goteborg, 1994.
- BOGDAN, M. (Coord.), *Swedish law in the new millennium*, Stockholm, 2000.
- BOEG, N. V., *Danish and norwegian law*, Copenhagen, 1963.
- BROWN, L. N., «*General principles of law and the English legal system*», Bruxelles, 1978.
- CAIRNS, J. W./ROBINSON, O. F., *Critical studies in ancient law, comparative law and legal history*, Oxford, 2001.
- COING, H., *Derecho Privado Europeo* (trad. de A. Pérez), Murcia, 1998.
- CONSTANTINESCO, R., *Traité de droit comparé*, tomos I, II y III, París, 1972-1983.
- CORRIN, J., *Contract law in the south pacific*, London, 2001.
- CRUZ, P. de, *Comparative law in a changing world*, 2.^a ed., London-Sydney, 1999.
- DAVID, R., *Cours de droit civil comparé*, vols. I, II y III, París, 1946-1949.
- *Traité élémentaire de droit comparé*, París, 1950.
- *English award french law*, London-Calcutta, 1980.
- DEAN, M., *Japanese Legal System: Text and Materials*, London, 1997.
- DEBENE, M., «Le sisteme foncier senegalaise», *R.I.D.C.*, 1989.
- DEKKERS, R., *El derecho privado de los pueblos*, Madrid, 1957.
- DÍEZ-PICAZO, L./ROCA, E./MORALES, A., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.
- DLAWALE, T., *The nature of African Customary law*, Manchester-Paris, 1965.
- DOMINGO DE MORATÓ, D. R., *El derecho civil español con las correspondencias del romano*, 2.^a ed. (1871) Pamplona, 2002.
- DOUGLAS, G., *An introduction to family law*, Oxford, 2001.
- EÖRSI, L., *Comparative civil (private) law*, Budapest, 1979.
- FARRAN, C. O., *Matrimonial laws of Sudan*, London, 2002.
- FOSTER, N., *Austrian legal systems and laws*, London, 2003.
- FUEYO, F., *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago de Chile, 1990.
- GALVAO, A., *Dos contratos en geral*, Coimbra, 1947.
- GLENDON, M. A./GORDON, M./OSAKWE, C., *Comparative legal traditions*, Minnesota, 1982.
- GONIDEC, P. F., *Les droits africains. Evolution et sources*, París, 1968.
- GUINCHARD, S., «Le mariage coutumier en droit senegalais», *R.I.D.C.*, 1990.
- HALL, J., *Comparative law and social theory*, Louisiana, 1963.
- HESSELINK, M. W., *The new european private law*, Dordrecht, 2002.

- HOZUMI, N., *The new Japanese Civil Code as material for the Study of Comparative Jurisprudence*, San Luis, 1904.
- IMBLEAU, M./SCHABAS, W. A., *Introduction au droit rwandais*, Cowansville, 1999.
- KÖTZ, H./FLESSNER, A., *European Contract Law – Volume 1: Formation, Validity, and Content of Contract; Contract and Third Parties*, Cambridge, 1998.
- LAWRENCE, O., *Sistematic approach to questions of law of contract*, Bantamer, 1998.
- LEE, R. W., *An introduction of roman-dutch law*, 5.^a ed., Oxford, 1961.
- LUO, W., *The contract law of the People's Republic of China*, New York, 1999.
- MANRESA, J. M.^a, *Comentarios al C.c. español*, tomo XII, Madrid, 1907.
- MASSIMO, C., *Diritto civile*, Milano, 1987.
- MC GREGOR, H., *Contract code*, Milano, 1993.
- MORETTI, F., «Civil Law y Common Law», *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Madrid, 2000.
- NDOKO, N. C., «Droit du familie dans l'Afrique noir», *R.I.D.C.*, 1991.
- NÚÑEZ, M.^a I., *Derecho romano, derecho común y contratación en el marco de la Unión Europea*, Oviedo, 2000.
- PARRY, H., *The sanctity of contracts in english law*, London, 1959.
- PETER, H., *Tete zum römischen und Schwerischen Obligationemrecht*, Zürich, 2000.
- PLANIOL, M./RIPERT, G., *Traité pratiques de droit civil français*, 2.^a ed., Paris, 1952-1957.
- POLLOCK, J., *Principles of contract*, 13.^a ed., New York, 1980.
- REID, K./ZIMMERMANN, R., *A history of private law in Scotland*, vols. I-II, Edimburg, 2000.
- RIEMER, H. M., *Die Einleitungartikel des Schweizerischen Zivigesetzbuches*, Bern, 2003.
- SACCO, R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, 1991.
- SCHWENZER, I., *Schwerisches Obligationemrecht*, Bern, 2002.
- SILVA, A., «La autonomía de la voluntad como generadora de contratos en el marco del derecho privado comparado: el consentimiento», *Anuario de la Facultad de Derecho de la U.E.X.*, 19-20 (2001/02).
- SMITH, S.A., *Introduction to Contract Theory*, Oxford, 2003.
- STEIN, P., *Roman law in European history*, Cambridge, 1999.
- STURM, F., «Aktualisierung Europas», *ZSS 120 (2003)*.
- SWAN, J./REITER, B. J., *Contracts: cases, notes and materials (Canada)*, 4.^a ed., Toronto, 2001.
- TAN, P., *Asian Legal Systems. Law, Society and Pluralism in East Asia*, Sidney, 1997.
- TAO, J., *Le droit chinois contemporain*, Paris, 1991.
- TERCIER, P., *Les droit des obligations*, 2.^a ed., Zürich, 1999.
- TIBERG, H./STERZEL, F., *Swedish law*, Stockholm, 1994.
- TREITEL, A., *Law of contract*, New York, 1999.
- UCHE, U. U., *Contractual obligations in Ghana and Nigeria*, London, 2002.

- VEIGA LÓPEZ, M., *Lecciones de derecho privado comparado: Método comparativo y los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 2.^a ed., Cáceres, 1996.
- VICENTI, U., *Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Milano, 2000.
- VV.AA., «Römisches Recht in der europäischen Tradition», *75 Geburtstages von Franz Wieacker*, Ebelsbach am Main, 1985.
- VV.AA., *Towards an european Civil code*, Nijmegen, 1994.
- VV.AA., *European legal tradition and Israel*, Jerusalem, 1994.
- VV.AA., *Introduzione al diritto comparato* [R. Sacco (Coord.)], Torino, 1997.
- VV.AA., *The Code Napoleon and the Common Law in the World*, New Yersey, 1998.
- VV.AA., *Chitty on contracts*, 28.^a ed., London, 1999.
- VV.AA., *Atlas de Derecho Comparado* [F. Galgano (Coord.)], Madrid, 2000
- VV.AA., *Diritto civile: proprietà e diritto reali*, vol. IV, 8.^a ed., Milano, 2001.
- VV.AA. *Lecciones de Derecho Comparado* [M. Altava (Coord.)], Castellón de la Plana, 2003.
- WATSON, A., *The spirit of Roman law*, Athens-London, 1995.
- WESEMBERG, G./WESENER, G., *Historia del derecho privado moderno en Alemania y Europa* (trad. de J. J. De Los Mozos), Valladolid, 1998.
- WHINCUP, M. H., *Contract law and practice*, 4.^a ed., Oxford, 2001.
- WIEACKER, F., *A history of private law in Europe* (trad. de T. Weir), Cambridge, 1995.
- ZIMMERMANN, R./VISSER, D., *Southern Cross-Civil Law and Common Law in South Africa*, Cape Town, 1996.
- ZIMMERMANN, R., *Estudios De derecho privado europeo*, Madrid, 2000.
- ZWEIGERT, K./KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, 3.^a ed., Cambridge, 1998.
- <http://www.unex.es>
- <http://jara.unex.es>
- <http://www.asesor.com.pe/teleley/civil.htm>
- <http://www.slavweb.com/eng/Russia/legal-e0.html>
- <http://www.alterini.org/codciviles.htm>
- <http://www.asesor.com.pe/teleley/civil.htm>
- http://www.law.nyu.edu/library/foreign_intl/civiljuris.html