



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO

LA EXCLUSIÓN DE EL BONUM FIDEI
COMO CAUSA DE SIMULACIÓN
DEL CONSENTIMIENTO.

T É S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

Eduardo Eusebio Cázares Rangel.



DIRECTOR DE TESIS: Dr. José Francisco Huber Olea y
Reynoso

MÉXICO D.F. DICIEMBRE DE 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS.

Doy las gracias a ésta, Universidad Nacional Autónoma de México por el conocimiento entregado durante mi enseñanza profesional.

Al Doctor *José Francisco Huber Olea y Reynoso* por su tiempo y guía en el desarrollo de éste tema de investigación y por haberme inducido al estudio del Derecho Canónico dejándome grandes enseñanzas en la búsqueda de la verdad.

A mis padres por darme la vida, el amor, y a familia por su apoyo y demostración de cariño.

Y finalmente a todas esas personas que me apoyan, que saben quien soy, quiénes son mis verdaderos amigos.

Gracias a todos por todo.

Eduardo Eusebio Cázares Rangel

Diciembre 2003.

Introducción..... 4

Capítulo I: ANTECEDENTES JURÍDICO HISTÓRICOS DEL MATRIMONIO. 7

I. Antecedente Jurídico Histórico en Grecia. ... 10

II. Antecedente Jurídico Histórico en Roma. ... 12

III. Antecedente Jurídico Histórico en Israel. ... 18

IV. Antecedente Jurídico Histórico en México. . 21

V. Concepto Jurídico Actual. 27

Capítulo II: CONCEPCIONES JURÍDICAS DEL MATRIMONIO. 35

I. Como Acto Jurídico. 36

II. Como Contrato. 38

III. Como Institución. 45

IV. Como Contrato de adhesión. 47

V. Como Acto Condición. 48

VI. Como Acto Complejo. 49

**Capítulo III: CONCEPTO DEL MATRIMONIO EN EL
DERECHO CANÓNICO. 51**

I.	<i>Concepción Jurídica Canónica.</i>	<i>51</i>
II.	<i>Elementos del Contrato.</i>	<i>53</i>
III.	<i>El consentimiento y sus Vicios.</i>	<i>57</i>
IV.	<i>El Bonum Fidei.</i>	<i>91</i>
	<i>a. Concepto.</i>	<i>91</i>
V.	<i>Exclusión del Bonum Fidei.</i>	<i>94</i>
VI.	<i>Formas de Probarse.</i>	<i>98</i>
 Conclusiones.		101
 Bibliografía.		102

INTRODUCCIÓN.

El objetivo del presente trabajo es el de efectuar un estudio sobre la causal de nulidad de matrimonio denominada la exclusión del "Bonum Fidei" como causa de simulación del consentimiento, este entendido como la exclusividad perpetua que tienen los cónyuges sobre el cuerpo del otro, ya que la unidad es una propiedad esencial para la existencia del matrimonio, por que el vínculo matrimonial no puede compartirse con diversas personas, de ahí surge la exclusividad de los derechos interconyugales y el deber de la fidelidad al consorte, ambos esenciales para la existencia del matrimonio, los cuales serán desglosados y analizados con detalle mas adelante.

El derecho al ser un instrumento humano de convivencia, es el garante de la libertad, porque marca el cauce de actuación de la persona, en el que el hombre se desarrolla en libertad. Por tanto, el derecho canónico es el conjunto de normas vigentes de carácter jurídico que garantizan derechos y obligaciones de los individuos y organismos pertenecientes al Universo Católico-Cristiano, siendo este el lugar donde se aplica y desarrolla.

Desde épocas remotas, el matrimonio ha formado parte de la conciencia humana, ya que como ser social forma parte de una familia. El origen del matrimonio se vincula con el de la familia, persistiendo hasta nuestros días, pero el matrimonio es una institución jurídica que no sólo es producto de la mera intervención de los hombres sino que es de mismo derecho natural, es decir, es la misma naturaleza humana la que lleva a la unión con el otro sexo, para la consecución de fines determinados. Estos fines son el bien de los cónyuges, la generación y educación de los hijos.

El matrimonio es la unión de un hombre con una mujer para formar una familia legítima, es la unión estable, duradera para toda la vida de los cónyuges, con finalidad procreadora y la educación de la prole, nunca únicamente para la recíproca asistencia, es una unión estable y duradera, y como tal esta se distingue

de otras uniones transitorias; es la unión que tiene como fin la constitución de una familia legítima, en eso se distingue del concubinato”.

A consecuencia de la naturaleza sacramental del matrimonio, éste no puede disolverse por causas posteriores a él (divorcio), únicamente procede la declaración de nulidad de aquellos matrimonios que desde su inicio fueron inválidos debido a que no fueron cumplidos todos los requisitos que la legislación canónica exige para su constitución y vigencia.

La forma jurídica del matrimonio obliga solamente a aquellos bautizados que han sido incorporados a la Iglesia católica. Este criterio está de acuerdo con el principio que rige la obligatoriedad de las leyes canónicas y que impone a los contrayentes ciertos requisitos sin los cuales el matrimonio no puede existir.

Aún cuando cada cultura tiene su peculiar manera de entender el matrimonio, es preciso señalar que éste ha tenido un desarrollo histórico – geográfico muy importante: desde la antigua Roma hasta nuestro México actual, de oriente a occidente, el matrimonio fue y es uno de los temas mas estudiados del saber humano por la complejidad que representa, motivo por el cual se analizarán algunas de las principales culturas alrededor del mundo, que si bien no dieron origen de manera directa al derecho canónico, si influenciaron de manera positiva (¿qué hacer?) o de manera negativa (¿qué no hacer?) con respecto a este tema. El pueblo babilónico influenció al hitita y al asirio por medio de las conquistas y ocupación de sus territorios, coexistiendo estos con la cultura hebraica que a su vez fue contemporánea del derecho romano y que se ve influenciado este ultimo cuando el Sacro Imperio Romano ocupa territorio Israelí, influenciando estos al germano y al español después de la expansión de el Imperio Romano por Europa, que de manera inmediata llegó a la Nueva España y a nuestro derecho civil mexicano por la conquista de México por la corona Española, y son coexistentes con el derecho canónico que surge en Europa. Al ser tan extenso el tema, el presente estudio se concretará a establecer las semejanzas y diferencias entre el matrimonio como institución, como acto jurídico,

como contrato, como contrato de adhesión, como acto complejo, y el matrimonio como sacramento, así como las consecuencias que se derivan de su naturaleza.

La diferencia entre nulidad y divorcio es, precisamente, la temporalidad de los actos que dan causa a éste; el divorcio es por acontecimientos posteriores, mientras que la nulidad, solo declara la invalidez del acto que nunca fue válido.

La nulidad matrimonial no es un divorcio "a la eclesiástica", consiste en declarar nulo lo que siempre fue. La esencia del matrimonio consiste en un pacto (*foedus*); existía antes una discusión sobre si se le puede llamar contrato o no al matrimonio. La aplicación del concepto contrato no recoge quizá la riqueza del matrimonio, aunque es cierto que en el fondo, el contrato de matrimonio, no es más que un encuentro entre dos voluntades para hacer algo en común. El matrimonio tiene como contenido la unión de un hombre y una mujer -la iglesia sólo reconoce como matrimonio la unión heterosexual- para la constitución de un consorcio de toda la vida y la procreación de los hijos, ya que en las uniones entre individuos del mismo sexo no se puede cumplir con el fin de la procreación por encontrarse imposibilitados biológica y físicamente. Este consorcio es una unidad vital. Así encontramos al bien de la fidelidad que se refiere a la exclusividad sexual de y entre los cónyuges, que aún cuando no está consagrada en la legislación civil y penal de manera explícita, si menciona al adulterio como causal de divorcio y como delito.

De igual manera se analizarán los aspectos históricos que influenciaron al matrimonio como lo vemos en nuestros días; el consentimiento de las partes, los vicios del consentimiento que se pueden presentar, sus elementos como contrato y las formas de probar el consentimiento.

Capítulo I. Antecedentes Jurídico Histórico del Matrimonio.

El Matrimonio como institución social y jurídica, consiste en la unión de un hombre y una mujer con el fin de crear y mantener una familia. Dada la necesidad que tienen los niños de pasar por un largo periodo de desarrollo antes de alcanzar la madurez, su cuidado durante los años de relativa indefensión parece haber sido la razón principal para la evolución de la estructura de la familia. El matrimonio como contrato entre un hombre y una mujer, existe desde la antigüedad. Su práctica social mediante acto público refleja el carácter, propósito y costumbres de la sociedad en la cual se realiza.

Etimológicamente, este ha recibido su nombre por provenir de la palabra "mater" (madre) y no del nombre "pater" (padre) por que, por una parte la madre es siempre quien se encarga de los hijos y por la otra parte el niño necesita mas de la ayuda materna que de la paterna. "Según Tancredo, esta palabra proviene de *matris* y *munium* o *munus* = oficio de madre; por que la mujer se casa para ser madre y cumplir con la prole el oficio de sustentarla y educarla"¹.

Toma el nombre de *Connubio* o *nupcias* (de nube), por la costumbre antigua de tapar la mujer su cabeza con un velo, como con una nube, en señal de pudor y sumisión al marido; otros autores señalan que este antiguo rito se realizaba con un velo color fuego encendido, en señal del amor hacia su cónyuge².

Consortio se llama por la suerte común de los bienes y derechos de que participan los cónyuges; conyugio por el mutuo afecto ya que el hombre y la mujer se juntan bajo el mismo yugo y se hacen una misma carne³.

¹ Regatillo, F. Eduardo. Derecho Matrimonial Eclesiástico, 2ª Edición, ED. Sal Térrae, Santander, 1965. p. 448

² Dr. Luis Reynoso Cervantes. El Matrimonio como Institución, Estudio histórico-juridico-canónico. ED. DUC IN ALTVM. México 1959. p. p.31

³ Regatillo, F. Eduardo. Op. Cit.1

Según hemos analizado el matrimonio tiene diversas concepciones en la antigüedad, pero siempre residen en el unos fines determinados, que son la procreación y educación de los hijos, la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia⁴; sin embargo, se requiere de la unión de un hombre y una mujer para cumplir con tales fines, ya que estos forman la célula o comunidad primaria de la humanidad, que da origen a la propagación del ser humano.

El matrimonio es una institución que cuenta con semejanzas entre los diversos pueblos, cada uno de ellos le da un sentido particular al mismo. En algunas sociedades, el interés de la comunidad por los hijos, por las relaciones interfamiliares y por la posesión de los bienes es tan significativo, que se han instituido prácticas y costumbres especiales para proteger estos valores.

En Babilonia, el matrimonio era un contrato que reflejaba la naturaleza comercial del pueblo, que veía al matrimonio infundido de factores económicos⁵ ya que el primer matrimonio era acordado entre los padres de los novios sin tener en cuenta a los jóvenes. La muchacha no era advertida de su matrimonio si no hasta que las negociaciones hubieren concluido, mientras que el joven no conocía el rostro de su esposa hasta después de consumada la boda. La madre del novio es a quien correspondía encontrar esposa para su hijo, así, cuando lo estimaba pertinente iniciaba una serie de visitas a aquellas familias que no estaban vedadas por la prohibición de incesto y comenzaba a negociar el *mahr* (precio de la Novia) y el *short* (los gastos de las nupcias y el ajuar)⁶. El *mahr* estaba destinado a garantizar la seguridad material de la esposa y esta transacción comercial dejaba en claro las cualidades de la mujer.

⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española." acto sexual".

⁵ Lozano Francisco. Divorcio y nuevo matrimonio

⁶ Razas del Mundo, Pueblos y culturas. Editorial Océano. Barcelona España 2003. p. p. 236-237.

Para el pueblo Hitita el matrimonio encuentra semejanzas con lo descrito en el párrafo anterior, el sistema más utilizado era la monogamia, sin embargo la poligamia era signo de status elevado por que se debía tener capacidad económica para la manutención de las esposas y solo se permitía esta practica a los ricos, reyes y brahmanes⁷, al igual que entre los asirios⁸, diferenciándose del resto de las culturas del próximo oriente en que ésta no pone límites al poder del hombre con respecto a la esposa e hijas ⁹.

La disolución del matrimonio solo se presentaba por divorcio que únicamente era exigible por el marido, la esposa solo podía recurrir al adulterio como causal de divorcio y que era considerado como un grave pecado y al adultero se le castigaba con la lapidación.

⁷ Ídem 4

⁸ Ídem

⁹ Ídem. *“Si se desea despedir a su mujer, si tal es su voluntad, le dará alguna cosa; en caso de que no lo desee, no está obligado a nada. En caso de que el divorcio sea provocado por la mujer, al abandonar a su marido e irse a vivir con otro hombre, el castigo será la mutilación de las dos orejas. En largas ausencias del marido, la mujer que tenga hijos, no podrá casarse aún cuando no tenga medios de subsistencia; cuando no hubiera descendencia, esperará cinco años, o tres si hubiese sido hecho prisionero.*

I. Antecedente Jurídico Histórico en Grecia.

La primera institución establecida por la religión en Grecia, fue probablemente el matrimonio.

Esta religión era de carácter doméstico y se basaba en el hecho de rendir culto en el hogar a los antepasados¹⁰, que a su vez se transmitía de varón en varón, no siendo exclusiva del hombre esta practica; la mujer aportaba su parte en el culto, ya que siendo soltera asistía a los actos religiosos de su padre y casada a los de su marido.

El matrimonio tenía su fundamento en el culto doméstico para que los "manes de su familia"¹¹, fuesen felices en ultratumba: diariamente la jovencita rendía culto a estos dioses ofreciendo sacrificios, guirnaldas de flores, imploraba protección y daba las gracias por lo beneficios, si un joven de una familia vecina la pedía en matrimonio, esta ya no tenía nada en común con la religión de sus padres y comenzaba a hacer sacrificios al hogar de su marido.

La ceremonia del casamiento era eminentemente religiosa, se celebraba en la casa paterna de la mujer se ofrecía un sacrificio en honor de los dioses protectores de la boda y la precedía el dios domestico. El padre rodeado de su familia, ofrecía un sacrificio, al terminar este, pronunciaba una fórmula sacramental ("**te concedo a mi hija para que déis a la República legítimos ciudadanos**")¹² con la cual declaraba que entregaba a su hija al pretendiente, justo después de haber tomado el baño nupcial, se trasladaba esta en un carro vestida de gala, en blanco, cubierta del rostro con un velo y en la cabeza una corona, a la casa de su marido.

¹⁰ Coulanges, Fustel De. La Ciudad Antigua, Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma. Décima Edición. ED. Porrúa. México 1996. p. p. 298

¹¹ Dioses infernales o almas de los difuntos, considerados benévolos.

¹² Op. Cit. Dr. Luis Reynoso Cervantes.

*Durante todo el recorrido se cantaba en torno de ella un himno denominado **himeneo**, la importancia de este era tal que de ahí tomaba el nombre la ceremonia¹³.*

El tercer paso consistía en la entrada de la joven a su nueva morada, siendo preciso que su marido la levantara en brazos simulando así un rapto, mientras ella gritaba y las mujeres que la acompañaban simulaban su defensa; era necesario tener cuidado de que sus pies no tocaran el umbral de la puerta. Ya estando en el hogar se colocaba a la esposa en presencia de la divinidad doméstica, se le rociaba agua y tocaba el fuego ceremonial. Durante el acto se recitaban algunas oraciones y posterior a este se compartían los esposos una torta, un pan, algunas frutas, este acto colocaba a los esposos en comunión con los dioses domésticos.

El matrimonio era indisoluble por su carácter de sagrado y solo se permitía su disolución cuando existía esterilidad en la mujer. Siendo el hombre estéril se podía sustituir por un hermano o un pariente, para tener así hijos, que se consideraban del marido y pudiera continuarse el culto a los **manes**.

¹³ Op. Cit. Coulanges, Fustel De.

II. Antecedente Jurídico Histórico en Roma.

Como en todas las sociedades jurídicamente organizadas, los romanos también se plantearon, desde la época antigua el problema de la regulación para los requisitos y elementos que se requerían para que contrajeran nupcias entre un hombre y una mujer, para que a esta unión se le pudieran atribuir determinadas consecuencias jurídicas, como era el caso de los derechos y obligaciones recíprocas entre padres e hijos, o la mujer y el marido y en su caso de los derechos patrimoniales.

A diferencia de las antiguas poblaciones orientales el matrimonio en Roma era de carácter monogámico y consistía en la convivencia de un hombre y una mujer con la intención de ser marido y mujer, procrear hijos y constituir una sociedad perpetua e íntima.

Mientras que en las sociedades orientales el matrimonio tenía un carácter económico fundado en la compra de la mujer, en el sentido de que el precio de la mujer detentaba las cualidades que esta poseía, también era un elemento esencial para la formación del vínculo conyugal; a diferencia del matrimonio Romano, el cual carece de los elementos para hacer pensar en la compra de una mujer.

En el derecho romano existieron dos tipos de matrimonio: las *justae nuptiae* y el concubinato. Ambas figuras fueron socialmente aceptadas y no requerían ningún tipo de formalidad; consistían en uniones duraderas y monogámicas entre un hombre y una mujer establecidas con la intención de procrear hijos y apoyarse mutuamente en la vida.

Se llama *iustae nuptiae* o *iustum matrimonium* a la unión monogámica llevada a cabo de conformidad con las reglas del derecho civil romano.

Debido al interés religioso y político que regia a la familia en la sociedad romana, resultaba de suma importancia su conservación a través del matrimonio, teniendo este último como fin primordial la procreación.

Modestino define al matrimonio como "la unión de un hombre y una mujer implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos"¹⁴.

El matrimonio esta constituido por dos elementos; uno objetivo, que consiste en la convivencia del hombre y de la mujer y otro de carácter subjetivo que consiste en la intención de los contrayentes de considerarse reciprocamente como marido y mujer, elemento que se llama *afectio maritalis*, esta se exterioriza mediante el *honor matrimonii*, que es el trato que los esposos se otorgan en público, especialmente del marido a la mujer quien compartía su rango social.

Inicialmente el matrimonio en Roma no surge del consentimiento, si no que para su existencia se requería de la *afectio maritalis*, ya que sin este elemento el matrimonio cesaba.

En la antigua Roma era frecuente el sometimiento de la mujer al marido dentro del matrimonio, ya que a este se le otorgaba la *manus*¹⁵ sobre su esposa mediante una *conventio in manum*, que se podía llevar a cabo de tres formas:

- a. Siendo la consecuencia directa del matrimonio celebrado por medio de la *Confarreatio*¹⁶, que era la ceremonia religiosa en honor al dios Júpiter, en presencia de un sacerdote del dios, en la que se pronunciaban palabras sacramentales por los contrayentes, además de comer un pastel de trigo.
- b. Mediante una *Co-Emptio*, realizada mediante una compra ficticia de la mujer por el marido, en la que interviene el *paterfamilias*¹⁷ de la novia como vendedor, en la que se lleva a cabo una *Mancipatio*¹⁸.

¹⁴ Morineau Iduarte, Marta e Iglesias Gonzáles, Román. Derecho Romano. Tercera Edición. Editorial Harla. México 1993. p. p. 296

¹⁵ Op. Cit. Morineau Iduarte, Marta e Iglesias Gonzáles, Román. "derecho que se tenía sobre el cuerpo y la vida de una persona en el derecho romano".

¹⁶ José Francisco Huber Olea. Diccionario de Derecho Romano comparado con Derecho Mexicano y Canónico. Editorial Porrúa. Primera Edición. México 2000. p. p. 873

¹⁷ Op. Cit. Morineau Iduarte, Marta e Iglesias Gonzáles, Román. "padre de familia"

¹⁸ Op. Cit. José Francisco Huber Olea. "En el antiguo derecho romano, enajenación de una propiedad o persona con ciertas solemnidades y en presencia de cinco testigos".

- c. Por medio del *Usus*, que era la simple convivencia interrumpida por un año de la mujer con su marido, quedando esta bajo el poder del marido (siempre y cuando existiera el consentimiento de ambos cónyuges y de sus *paterfamilias*).

"Matrimonium est manis et femine conjunctio et consortium omnis vitae divini et humani juris communicatio"- **Matrimonio es la unión del hombre y la mujer, una asociación de toda la vida que implica la comunidad de intereses en lo humano y en lo divino** (o sea intereses económicos y religiosos). De esta manera era definido por los romanos de la época justiniana¹⁹.

Para este pueblo, el matrimonio era siempre monogámico, llegando a respetarse esto en el contubernio que era la unión de tipo matrimonial entre esclavos, hecha sin formalidades y sin llegar a tener validez alguna debido a que los esclavos no eran susceptibles de derechos; de la misma manera eran regulados los esponsales, que consistían en la petición y promesa de futuras nupcias²⁰ ya entre los futuros esposos o entre sus respectivos *paterfamilias*²¹. Aún cuando no existían formalidades para celebrar el matrimonio, pues era considerada una situación de hecho, las *justas nupcias*²² podían estar precedidas por un acuerdo entre los futuros cónyuges o sus padres y las condiciones de validez para la celebración del matrimonio eran:

1. Pubertad de los futuros esposos.- Entendida como la edad en la cual las facultades físicas de ambos cónyuges se encontraban suficientemente desarrolladas para la procreación de los hijos, considerando que la pubertad se alcanza a los 12 años para la mujer y a los 14 años para el

¹⁹ Morales José Ignacio. *Derecho romano*.

²⁰ *"Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum"* Padilla Gumersindo. *Derecho Romano I*.

²¹ Padre de la familia. Hombre que dirigía el funcionamiento de una familia romana, teniendo sobre ella potestad de vida y muerte.

²² *Iustum matrimonium / iustae nuptiae*

varón²³; se requiere también tener la aptitud legal de ciudadanos romanos, ya que el matrimonio con un extranjero era considerado no jurídico²⁴.

2. Consentimiento de los esposos o de los contrayentes.- Las personas que contrajeran matrimonio debían expresar su consentimiento de manera libre en caso de que fueran *sui iuris*²⁵, cuando se trataba de un sujeto *alieni iuris*,²⁶ no ocurría lo mismo ya que los hijos se encontraban bajo la autoridad paterna y se debía contar con el consentimiento del paterfamilias ya que de él es de quien emanaba la autoridad familiar. Ya en época del Imperio, el jurisconsulto Paulo señala: "si el paterfamilias niega su consentimiento, los afectados pueden acudir ante el magistrado para que este presione al jefe de la familia para que de su consentimiento",²⁷ en caso de no obtenerlo el magistrado podía suplirlo.

3. Que tuvieran el *conubium*, o derecho para contraer válidamente matrimonio.- Siendo este la aptitud legal para contraer las *iustae nuptiae*; solo los ciudadanos Romanos gozaban de este derecho, quedando exceptuados los *latini*²⁸. La falta de *conubium* podía ser sustituida por orden del emperador autorizando la celebración de las *iustae nuptiae*.

Existe una serie de impedimentos para contraer *iustae nuptiae*, como es el caso de parentesco entre los futuros cónyuges.

²³ Op. Cit. Morineau Iduarte, Marta. Iglesias Gonzáles, Román.

²⁴ Bialostosky de Chazán Sara. Panorama de Derecho Romano. Editado por la Facultad de Derecho de la UNAM. Enero 1992 México, p. 280

²⁵ Op. Cit. Morineau Iduarte, Marta. Iglesias Gonzáles, Román. "Persona en derecho romano que no se encuentra subordinada a alguna autoridad y que cuenta con patrimonio propio, el ejemplo mas claro es el paterfamilias".

²⁶ Op. Cit. Morineau Iduarte, Marta. Iglesias Gonzáles, Román. "Persona sometida a una autoridad paternal o patria potestad, la autoridad del marido sobre su mujer o la autoridad de un hombre libre sobre sus esclavos".

²⁷ Op. Cit. Morineau Iduarte, Marta. Iglesias Gonzáles, Román.

²⁸ Op. Cit. Morineau Iduarte, Marta. Iglesias Gonzáles, Román. "Persona que era libre pero no se consideraba Romano por ser extranjeros".

En línea recta el matrimonio cuenta con una prohibición total, ya que biológicamente las uniones de este tipo van en contra de la naturaleza, este mismo principio se sostuvo en el caso de la figura de la adopción; en línea colateral la prohibición abarca a los hermanos, tíos y sobrino y entre los primos.

Cuando el parentesco es por afinidad, (el que existe entre cada uno de los cónyuges con los parientes de otro) en línea recta estaba prohibido totalmente y en línea colateral hasta el segundo grado (entre cuñados).

Así como existía el *iustae nuptiae*, se establecía que la mujer que vivía con su marido por espacio de un año, sin separarse de su lado por más de tres meses, caía en su dominio por usucapión²⁹.

Los efectos que produce el matrimonio sobre los cónyuges son: la participación de la mujer de la condición social del marido, además de pasar a formar parte de su familia en calidad de hija y como hermana de sus propios hijos, siempre y cuando el matrimonio fuese celebrado *cum manu*, (sucedió lo mismo que en el matrimonio griego) rompiéndose así la relación con su familia antigua. Si era *sui iuris* al celebrarse el matrimonio, los bienes que poseyese eran adquiridos por el marido.

Cuando el matrimonio era celebrado *sine manu*, la mujer no entraba como hija a la familia de él, conservando la relación con su anterior familia.

Inicialmente el matrimonio era *in manu*, es decir, la mujer ingresaba a la familia civil del marido y los bienes de ella pasaban al poder del marido. Durante la República cayó en desuso esta figura y el matrimonio *sine manu*, fue la típica *iustae nuptiae*.

²⁹ Morales José Ignacio. Derecho romano

El matrimonio podía celebrarse entre ausentes, pero se tenía que manifestar la intención por cartas o mensajes con la condición de que la mujer entrara en la casa del marido, lo que demuestra una vida en común y el afecto marital.

En un principio el matrimonio también fue indisoluble; pero con el paso del tiempo se fue admitiendo la práctica del divorcio. El matrimonio podía disolverse por diversas razones, ya fuera de manera natural, es decir, con la muerte de uno de los cónyuges, o por medio del *repudium*, que consistía en la declaración unilateral de uno de los cónyuges en el sentido de no querer continuar unidos en matrimonio, esta era una razón mas que suficiente para que se disolviese el vínculo matrimonial.

Con la llegada de Justiniano³⁰ al trono surgen otras formas de divorcio y estas son:

1. Divorcio por mutuo consentimiento.- Que es la decisión de uno de los cónyuges de no continuar casados.
2. Divorcio por culpa de uno de los cónyuges.- En el que basta que uno de ellos invoque determinada conducta desplegada por el otro, como podía ser el adulterio, repudio por intentar prostituir el marido a su mujer, el atentado contra la vida, las injurias graves, la sevicia y el crimen de alta traición.
3. Divorcio *bona gratia*.-Consiste en la separación fundada en causas que hiciesen inútil la continuidad del vínculo. Dentro de este caso encontramos los casos de impotencia, cautiverio, castidad o ingreso a órdenes religiosas.

³⁰ Op. Cit. Morineau Iduarte, Marta. Iglesias Gonzáles, Román.

III. Antecedente Jurídico Histórico en Israel.

Para el pueblo judío el matrimonio tiene como características el poderío del hombre sobre la mujer que toma el papel de sumisión frente a sus padres y posteriormente ante su esposo³¹ cuando contrae nupcias, siendo ésta complemento creador de vida, y la fecundidad como una bendición de Yahvé³², atribuyéndole a la buena mujer judía cualidades de debilidad, sumisión y prudencia³³ entre otras.

Según el Génesis,³⁴ el matrimonio fue la unión monógama de un hombre y una mujer (Adán y Eva), este libro nos relata como es que Eva fue entregada a Adán como compañera, ya que no era bueno que este estuviese solo, diciéndoseles que crecerían y se multiplicarían siendo una sola carne.

Génesis Capítulo II-2

"...7. Formó pues el Señor Dios al hombre del lodo de la tierra, é inspiróle en el rostro un soplo ó espíritu de vida, y quedó el hombre viviente con alma racional... 15. tomo pues el Señor Dios al hombre, y púsole en el paraíso de delicias, para que le cultivase y guardase... 18. Dijo así mismo el Señor Dios: No es bueno que el hombre esté solo: hagámosle ayuda y compañía semejante a él... 20. Llamó pues Adam por sus propios nombres á todos los animales, á todas las aves del cielo, y a todas las bestias de la tierra: mas no se hallaba para Adam ayuda ó compañero á él semejante. 21 Por tanto el Señor Dios hizo caer sobre Adam un profundo sueño: y mientras estaba dormido, le quitó una de la costillas, y llenó de carne aquel vacío. 22. Y de la costilla aquella que había sacado de Adam, formo el Señor Dios una mujer: la cual puso delante de Adam. 23. Y dijo ó exclamó Adam: Esto es hueso de mis huesos, y carne de mi carne: llamarse ha pues Hembra, por que del hombre ha sido sacada. 24. Por cuya causa dejará el hombre á su padre, y á su madre, y estará unido á su mujer: y los dos

³¹ Biblia de Jerusalén. Génesis 3, 16

³² Ídem. Salmo 128 (127)

³³ Ídem. Eclesiastés "La mujer prudente edificará costumbres en su casa"

³⁴ Santa Biblia Católica.

vendrán á ser una sola carne. 25. Y ambos, á saber, Adam y su esposa, estaban desnudos: y no sentían por ello rubor ninguno...³⁵

Génesis Capítulo III-3

"...16. Dijo así mismo á la mujer: Multiplicaré tus trabajos y miserias en tus preñeces: con dolor parirás los hijos, y estarás bajo la potestad ó mando de tu marido, y él te dominará..."³⁶

Así es como aparece la unidad y la indisolubilidad como fines esenciales del matrimonio.

El matrimonio poseía un carácter religioso, pues se debía realizar ante un sacerdote, dándose los contrayentes las manos derechas y pronunciando ciertas formas sagradas.

Se hacían primero los desposorios o esponsales y pasados los seis meses o un año, se llevaba a cabo la conducción solemne de la esposa a la casa del esposo con lo cual comenzaba la ceremonia matrimonial y terminaba con la bendición del rabino, la colocación del anillo en el dedo de la esposa por el esposo, a quien le decía: "te mantendrás esposa mía, según el rito de Moisés y de Israel"³⁷, y con la lectura del acta en la que se hacía constar la dote recibida por el esposo.

El matrimonio estaba prohibido dentro de ciertos límites de parentesco, pero se obligaba a un hombre a casarse con la viuda de su hermano con el propósito de prolongar el nombre del fallecido; esta norma se conocía con el nombre de Levirato. En la época de los patriarcas la poligamia estaba permitida y reconocida por la ley, a pesar de no ser fomentada; esta misma ley permitía, según las circunstancias, el divorcio y para llevarlo a cabo se prescribía la presentación de un libelo de repudio.

³⁵ La Sagrada Biblia de la Familia Católica. Editorial Zamora Editores Ltda. Barcelona 1983.

³⁶ Op. Cit. La Sagrada Biblia de la Familia Católica.

³⁷ Op. Cit. Dr. Luis Reynoso Cervantes.

El divorcio o repudio fué concedido temporalmente por Moisés, quien debido a una exigencia momentánea, facultó al marido para repudiar a su mujer.

El libro del Deuteronomio capítulo XXIV-24³⁸ contiene la legislación sobre el repudio y señala:

*"1. si un hombre toma una mujer, y después de haber cohabitado con ella, viniere á ser mal vista de él por algún vicio notable (ya fuera de alma o cuerpo), hará una escritura de repudio, (de esto se infiere que Moisés tolero el divorcio únicamente por razón de adulterio, ú otras causas que produjeran daño á los hijos o infamia al marido; ejemplo de ello era la lepra ú otro mal contagioso) y la pondrá en mano de la mujer, y la despedirá de su casa. 2. si después de haber salido toma otro marido, 3. Y este también concibiere aversión á ella, y la diere escritura de repudio, y la despediere de su casa, ó bien si él viene á morir; 4. No podrá el primer marido volverla a tomar por mujer; pues quedo amancillada, y hecha abominable delante del Señor: ..."*³⁹

El adulterio se castigaba con la muerte del culpable mediante lapidación.

³⁸ La Sagrada Biblia de la Familia Católica. Editorial Zamora Editores Ltda. Barcelona 1983.

³⁹ La Sagrada Biblia de la Familia Católica. Editorial Zamora Editores Ltda. Barcelona 1983. Deuteronomio capítulo XXIV-24 ,1-4.

IV. Antecedentes Jurídicos Históricos en México.

En México esta institución ha evolucionado en forma similar. En la época prehispánica se encuentra el matrimonio poligámico en la cultura Azteca, sobre todo entre los grandes señores cumpliendo así una función política, cuyas esposas tenían varias categorías, la primera esposa recibía el nombre de *cihuapilli*. Además se distinguían las *cihuanemaste*, esposas dadas por su padre, y las *tlacihuasanti*, o esposas robadas o habidas en guerra⁴⁰.

Para el común de la gente la monogamia era la norma. Tanto para el hombre como para la mujer, el establecimiento de un hogar era el rito de paso que los convertía en ciudadanos; a partir de este momento debían contribuir al bienestar común mediante el pago de sus tributos en especie o con trabajo y mediante la procreación de futuros Aztecas.

Tras haber culminado su educación y estar preparados para la vida matrimonial, los jóvenes tomaban el estatus de ciudadanos después de haber celebrado su matrimonio.

En la elección de pareja poco intervenían los futuros cónyuges, ya que la familia se ocupaba de todo; tras la elección de la posible candidata, la familia del varón consultaba con un sacerdote la conveniencia de la unión en función de la carga que a cada uno correspondía por su nacimiento. Si aquel daba el visto bueno, unas ancianas comenzaban con las negociaciones, que incluían diversas visitas con un ritual establecido.

Fray Bernardino de Sahagún señala en el libro VI de sus crónicas, las costumbres de aquellas matronas que tenían por oficio, la intervención para la realización de los casamientos, pues eran ellas quienes de mañana iban a la casa de la joven para hablar con los parientes de esta consiguiendo que diesen a su hija al pretendiente, estos respondían excusándose y señalando que su hija no era

⁴⁰ El mundo Precolombino. Editorial Océano. Colaboración varios autores, Barcelona España 2003. p. p. 396.

digna de tal pretendiente y que todavía era pequeña para casar; así transcurrían las negociaciones durante cuatro días y en el último día se les daba contestación a su petición por parte de los padres de ella; después de haber concluido el negocio generalmente se otorgaba a la joven en matrimonio y se realizaba un festejo para fijar el día de la boda; llegado este día las casamenteras ataban juntas las mantas de los contrayentes, les ofrecían comida y los dejaban solos toda la noche, para que la fiesta continuara toda la noche, y posteriormente se velaba la entrada de las cámaras durante cuatro días, trascurridos estos se sacaba el petate al patio, lo sacudían y lo devolvían al dormitorio y concluía la ceremonia⁴¹.

Fray Jerónimo de Mendieta señala en su obra denominada Historia Eclesiástica Indiana escrita fines del siglo XVI el rito de matrimonio que seguían los pueblos indígenas:

“POR no se haber entendido luego á los principios de la conversión de estos indios los ritos y ceremonias que usaban en sus casamientos, hubo diversas opiniones entre los ministros de la iglesia, afirmando unos que entre ellos había legítimo y verdadero matrimonio, y otros que no lo había, por no saber distinguir en la diferencia que hacían de las legítimas mujeres á las mancebas. Mas después la experiencia mostró haber entre ellos legítimo matrimonio, como parecerá en las ceremonias que para casarse usaban, según aquí se ceremonias que escriben, y son las siguientes: cuando alguno quería casar su hijo (en especial los señores y principales, todos tenían memoria del día y signo en que el mozo había nacido, aunque no todos sabían la significación de ellos), llamaba los declaradores y maestros de los signos, según sus ceremonias y hechicerías. También ponían diligencia en saber el signo y nacimiento de la doncella que le querían dar por mujer; y si los agoreros decían que denotaban los signos, que casándose el mozo con aquella, había de ser ella mala ó no bien casada, no trataban del casamiento; mas si decían que los signos eran buenos y conformes, procedían en el matrimonio en esta forma. Presupuesto que entre ellos nunca á la mujer era lícito buscar marido, siempre los padres ó parientes mas cercanos del novio movían los casamientos. Primeramente iban de parte del novio dos viejas de las más honradas y abonadas de sus parientas, que llamaban cihua-tlanque, y estas proponían su embajada á los padres ó deudos más cercanos de la moza (en cuyo poder estaba), con buen razonamiento y plática bien ordenada. Respondían la primera vez excusándose con algunas causas y razones aparentes que para

⁴¹ Fray Bernardino de Sahagún. Crónicas de la Nueva España. Fondo de Cultura Económica. México 2000.

ello buscaban, porque así era la costumbre, puesto que su voluntad estuviese pronta para aceptar el tal casamiento. Volvían las matronas con la respuesta á los padres del mozo, que ya sabían las excusas de la primera embajada, y pasados algunos pocos días tornaban á enviar las viejas, las cuales rogaban mucho á los padres de la doncella, que consintiesen en el matrimonio y quisiesen aceptar su embajada. A esto les respondían, ó despidiéndolas del todo si el casamiento no les cuadraba, ó si les cuadraba, les decían que hablarían á sus parientes y á su hija, y les enviarían la respuesta. Entonces preguntaban ellas qué era lo que tenía la moza, y declaraban lo que el mancebo tenía, y lo que mas sus padres le querían dar. Esto hecho, ya que los parientes y la hija prestaban consentimiento, amonestábanla mucho sus padres que fuese buena, y que supiese servir y agradar á su marido, y que no los echase en vergüenza. Después los padres de la doncella enviaban la respuesta con otras matronas parientas suyas, dando el sí claro de parte de la moza y deudos; y luego los padres del mozo juntaban sus parientes, y dándoles cuenta de lo que pasaba, tomaban el consentimiento del mozo, y amonestábanlo como fue amonestada la doncella, aunque en otro modo; y concertadas las bodas (interviniendo siempre presentes y dones en estos mensajes), enviaban gente por ella. En algunas partes (y aun en cuasi todas) traíanla á cuestras, y llevaban delante unas hachas de tea ardiendo. Si era señora y había de ir lejos, llevábanla en una litera, y llegando cerca de la casa del varón, salíala á recibir el mismo desposado á la puerta de su casa, y llevaba un brasero á manera de incensario con sus brasas y encienso, y á ella le daban otro, con los cuales el uno al otro se incensaban, y tomada por la mano llevábala al aposento que estaba aderezado, y otra gente iba con bailes y cantos con ellos. Los novios se iban derechos á su aposento, y los otros se quedaban en el patio. Asentaban á los novios los que eran como padrino eran como padrinos, en una estera nueva delante del hogar, y allí les ataban las mantas la del uno con la del otro, y él le daba á ella unas vestiduras de mujer, y ella á él otras de varón. Traída la comida, el esposo daba de comer con su mano á su esposa, y ella asimismo le daba de comer á él con la suya. De parte de él daban mantas á los parientes de ella, y de parte de ella á los parientes de él. Los deudos de los desposados, amigos y vecinos, comían con regocijo, y bebían dende vísperas para abajo. Ya cuando venía la noche, cantores y bailadores y cuasi todos estaban beodos, salvo los desposados, porque luego comenzaban á estar en penitencia cuatro días. Aquellos cuatro días ayunaban por ser buenos casados, y por haber hijos; y no allegaba el uno al otro por aquel tiempo, ni salían de su aposento mas de á sus necesidades naturales, y luego se tornaban á su aposento, porque si salían ó andaban fuera, en especial ella, tenían que había de ser mala de su cuerpo. Para la cuarta noche aparejábanles una cama, y esta hacían unos viejos que eran guardas del templo, juntando dos esteras, y en medio ponían unas plumas y un

chalchuitl, que es especie de esmeralda, y ponían un pedazo de cuero de tigre encima de las esteras, y luego tendían sus mantas". Los mazatecos se abstenerían de consumir el matrimonio quince días, y estaban en ayuno y penitencia. Los mexicanos ó nauales, en aquellos cuatro días no se bañaban, que entre ellos es cosa muy frecuentada. Poníanles también á las cuatro partes de la cama unas cañas verdes y unas púas de maguey para sacrificarse y sacar sangre los novios de las orejas y de la lengua. También se ponían y vestían algunas insignias del demonio, y á la media noche y al medio día salían de su aposento á poner encienso sobre un altar que en su casa tenían, y ponían comida por ofrenda aquellos cuatro días, los cuales pasados y consumado el matrimonio, tomaban la ropa y las esteras y la ofrenda de comida, y llevábanlo al templo. Si en la cámara hallaban algún carbón ó ceniza, teníanlo por señal que no habían de vivir mucho. Pero si hallaban algún grano de maíz ó de otra semilla, teníanlo por señal de larga vida. Al quinto día se bañaban los novios sobre unas esteras de juncia verdes, y al tiempo que se bañaban, echábales el agua uno de los ministros del templo, á manera de otro bautismo ó bendición. A los señores y principales echábanles el agua con un plumaje á reverencia del dios del vino, y luego los vestían de limpias y nuevas vestiduras, y daban al novio un encensario para que echase encienso á ciertos demonios de su casa, y á la novia poníanle encima de la cabeza pluma blanca, y emplumábanle los pies y las manos con pluma colorada. Cantaban y bailaban, y daban otra vez mantas, y á la tarde se emborrachaban, que esta era la conclusión de sus fiestas, y esta la general costumbre en los casamientos. Salvo que los que no tenían posible, no hacían todas las ceremonias dichas, ni convidaban á tantos"⁴².

En cuanto al sistema familiar Maya, esta se formaba a partir del matrimonio; desde la pubertad, los adolescentes, tenían que vivir en casas comunales hasta cumplir 18 años o contrajeran nupcias. El matrimonio era bigámico ya que cada hombre podía tener dos mujeres⁴³. Otros autores señalan que el matrimonio era monogámico⁴⁴, pero gracias a la facilidad de repudiar a la mujer en esta cultura, existía una clase de poligamia sucesiva. El varón se casaba a los 20 años; en esta edad comenzaba la búsqueda de mujer con la intervención de los padres de él o

⁴² Fray Jerónimo de Mendieta. Historia Eclesiástica Indiana. Obra escrita a fines del Siglo XVI. Cuarta edición facsimilar y primera con la reproducción de los dibujos originales del código. Editorial Porrúa. México 1993. p. p.790

⁴³ Compendio General de México a través de los Siglos. Colaboración atores varios. Director Vicente Riva Palacio. Tomo I. Editorial del Valle de México. México. P. p. 604.

⁴⁴ Margadant S. Guillermo Floris. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Décima cuarta edición. Editorial Esfinge. México 1997. p. p. 295.

mediante intermediarios especiales denominados *atanzahob*, pero era vergonzoso para las familias que buscaran marido a sus hijas.

La negociación para la compra de la novia iniciaba con la entrega de regalos por parte del novio a la familia de la candidata, después se continuaba con la costumbre denominada *haab-cab*, que consistía en el ingreso del novio a la familia de la candidata para servir al suegro durante cuatro o cinco años, y si no cumplía con sus deberes en este tiempo se le arrojaba de la casa y quedaba nulificado el matrimonio.

La infidelidad de la mujer tenía como consecuencia el repudio, si al tiempo del repudio existían hijos pequeños, la mujer se los llevaba, si eran grandes, las mujeres correspondían a la madre y los varones pertenecían al esposo. La mujer repudiada podía unirse a otro hombre y aún así volver con el primer marido.

Por lo que se refiere al pueblo Mixteco, el matrimonio no podía celebrarse entre familiares y no existía la dote pero el pretendiente tenía que hacer un regalo a la novia según su estado. Se practicaba la poligamia pero el adulterio se castigaba con la muerte de ambos criminales, ejecutando la sentencia el marido.

La primera ceremonia de matrimonio celebrada en la época de la colonia en la Nueva España fue realizada conforme a la usanza y solemnidad del rito Español que consistía en:

El primero que en faz de la Iglesia se casó en esta Nueva España, fue un mancebo principal del pueblo ó ciudad de Huexocingo, llamado D. Calixto, á quien yo muy bien conocí. Y casaron á este aquellos padres, antes que á otros se comenzase á ministrar el sacramento del matrimonio, porque entró á enseñarse en la iglesia juntamente con los niños, siendo ya grandecillo. Y instruido en las cosas de la fe y doctrina cristiana, quisieronlo despedir de la iglesia con aquella honra de enviarlo casado, aunque simplemente sin las ceremonias con que la Iglesia solemniza el matrimonio. Y á esta causa el padre Fr. Toribio (refiriendo esto mismo) dejó escrito, que el sacramento del matrimonio in facie ecclesiae tuvo principio en esta Nueva España en la ciudad de Tezcuco, donde se casó el año de mil y quinientos y veinte y seis, domingo catorce de Octubre, con las solemnidades acostumbradas, D. Hernando Pimentel, hermano- del señor de Tezcuco (que después le sucedió en el señorío), con otros siete compañeros suyos, criados y

enseñados en la iglesia. Y porque nuestro Señor Dios por sí mismo instituyó este santo sacramento en el estado de la inocencia, y después lo confirmó con su presencia, y honró con el primer milagro que hizo, convirtiendo el agua en vino, procuraron que este sacramento, por ser también de personas muy principales, se celebrase con mucha solemnidad. Y para ello vinieron de la ciudad de México por padrinos personas honrosas, que fueron Alonso Dávila y Pedro Sánchez Farfán, con sus mujeres, y consigo trajeron otras personas, y dones para dar y ofrecer á sus ahijados, por dar ejemplo á los indios y honrar el matrimonio, como cosa que había de ser muestra y dechado para toda la Nueva España. Y desposados, hicieron grandes fiestas y bailes de mucha gente: que entonces solíanse juntar á un baile más de mil indios principales. Y el domingo siguiente, día de las once mil Vírgenes, fue mayor la fiesta, porque aquel día se velaron con la pompa y aparato acostumbrado de arras y anillos. Y acabada la misa los llevaron al palacio del señor sus padrinos, con acompañamiento de toda la nobleza de Tezcuco, y música y bailes de mucha gente. Después de vísperas los sacaron en público al patio, donde tenían hecho un tálamo muy ataviado, y sentados allí los novios, ofrecieron delante de ellos, al uso de Castilla, los señores y principales, parientes y amigos, ajuar de casa y atavíos para sus personas. Y el marques del Valle (que entonces se servía de aquella ciudad de Tezcuco) mandó á un su criado que allí tenía, que ofreciese en su nombre, y ofreció bien largamente. Y de esta manera allí en Tezcuco, y en todas las partes á do había monesterios, donde se enseñaban los hijos de los señores y principales, los que eran de edad ibanse casando, porque en estos que eran mozos, sin impedimento de otros primeros casamientos, no había dificultad. Ni tampoco había mucha en los casados de la gente común y popular en su infidelidad, porque estos, por la mayor parte ó quasi en general, sola una mujer tenían, y con aquella después se desposaban y velaban. Y de estos y de los mancebos que de nuevo venían, eran tantos los que se casaban en faz de la santa madre Iglesia, que henchían las iglesias. Y no se detenían en buscar confites ni otras colaciones, ni atavíos ni joyas,⁴⁵ ...

Durante la Colonia rigieron en nuestro territorio leyes españolas tales como el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas, las Cédulas Reales, y, en especial, para el matrimonio, la Real Pragmática del 23 de noviembre de 1776, en donde estaba vigente el derecho canónico y se prohibían los matrimonios autorizados sin noticia de la Iglesia.

⁴⁵ Op. Cit. Fray Jerónimo de Mendieta. Historia Eclesiástica Indiana.

En relación con el derecho familiar, una cedula real del 12 de julio de 1564 declara que los cánones del Concilio de Trento son "*ley de reyno*"⁴⁶.

Durante la primera etapa del México independiente se continuó esta práctica, como ejemplo se cita el artículo 78 del Código Civil de Oaxaca de 1828. En 1853 se iniciaron tres tipos de reformas: religiosa, educativa y militar. Dentro de las primeras se incluía, entre otras, el suprimir la injerencia de la Iglesia dentro del matrimonio; sin embargo, no es sino hasta la ley del 23 de noviembre de 1855 cuando se suprime en definitiva el fuero eclesiástico, dando paso, con ello, a las Leyes de Reforma y a la Constitución de 1857, en donde por primera vez no se hace mención alguna a la religión oficial.

En los códigos civiles de 1870 y 1884 se considero a esta institución como "una sociedad legal de un solo hombre con una sola mujer, que se unen con un vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida", pudiendo celebrarse sólo ante los funcionarios establecidos por la ley.

Es hasta la Ley sobre Relaciones Familiares cuando se incluye la característica de la disolubilidad para el matrimonio, evitando definitivamente el rigorismo que privo en ese sentido por la influencia del derecho canónico.

⁴⁶ Op. Cit. Margadant S. Guillermo Floris. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano.

V. Concepto Jurídico Actual.

Antes de 1852, el matrimonio canónico era suficiente para formar con ello una familia que derivara de un matrimonio válido que le diera solidez, sin embargo, el entonces presidente Benito Juárez García decidió quitarle poder a la iglesia católica, instituyendo el matrimonio civil, mismo que nace en Holanda en 1850⁴⁷.

Desde los conceptos más simples hasta los más complejos, el matrimonio civil es la forma legal (para el Estado) de formar una familia, que debe cumplir con ciertos requisitos que el legislador ha denominado elementos de existencia y de validez; los primeros (de existencia), tienen como finalidad el surgimiento a la vida jurídica, mientras que los segundos crean los efectos.

(Del latín *matrimonium*.) Son tres las acepciones jurídicas de este vocablo. La primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; la segunda, al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera, a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores.

De ahí que se pueda afirmar que el matrimonio es una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne. Ello a pesar de que el artículo 130 de la Constitución Política lo define simplemente como un contrato civil.

Elementos de existencia: para poder decir que un matrimonio civil es tal, debe contar con tres elementos: voluntad, objeto lícito y solemnidad. La *voluntad* o consentimiento debe ser manifestada expresamente con un "sí" pues de no ser así, la voluntad estaría afectada⁴⁸ de manera tal que la violencia inducida a coaccionar la libertad de decisión afectaría la existencia del matrimonio. Para poder manifestar libremente la voluntad de contraer matrimonio, debe, la persona ser consiente del *objeto* del mismo; desde los comienzos de la regulación civilista del matrimonio, existen dos principales consecuencias del acto matrimonial: fundar

⁴⁷ Goffi Tullo. Moral familiar. P. 57

⁴⁸ Montero Duhalt Sara. Derecho de familia. P.122

una familia o comunidad permanente de vida⁴⁹, así como la ayuda que mutuamente deben de prestarse. Al ser una institución regulada por el estado, deben cumplirse con las *solemnidades* que el derecho exige⁵⁰:

Elementos de validez: la diferencia entre nulidad y divorcio es, precisamente, la temporalidad de los actos que dan causa a éste; el divorcio es por acontecimientos posteriores, mientras que la nulidad, solo declara la inexistencia de lo que nunca fue válido. Una de las finalidades secundarias es la procreación, que sería imposible si la *capacidad* reproductiva se viera limitada debido a la edad, razón por la cual el código civil manifiesta que la edad mínima para contraer matrimonio es de 14 años para las mujeres y de 16 años para los hombres⁵¹. La voluntad de los contrayentes debe estar *ausente de vicios de la voluntad*, mismos que pueden reducirse a cinco casos: Error en la identidad, dolo, mala fe, violencia o intimidación y lesión.

En la doctrina se han elaborado varias teorías en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio. Tres de ellas se derivan de las acepciones señaladas - acto jurídico, institución y estado general de vida- además se habla de: matrimonio-contrato, matrimonio-contrato de adhesión, matrimonio acto jurídico condición y matrimonio-acto de poder estatal.

La primera, matrimonio contrato, encuentra, en México, su fundamento en el artículo 130 de la Constitución citado a pesar de que dicho artículo es el resultado de circunstancias históricas de un momento dado, como fue el interés por evitar que la Iglesia siguiera teniendo el control sobre dicha institución interés que refleja claramente la ideología de la Revolución Francesa. Por otro lado el contrato tendrá siempre un carácter eminentemente patrimonial, no así el matrimonio; el contrato puede ser revocado o rescindido por la sola voluntad de las partes sin intervención del poder judicial, el matrimonio no. Estas observaciones desvirtúan por completo la teoría de la naturaleza contractual del matrimonio.

⁴⁹ Código Civil para el Estado de San Luis Potosí. Art. 131

⁵⁰ Idem. Art. 132

⁵¹ Idem. Art. 132

Los autores que postulan la teoría del matrimonio contrato de adhesión, explican que es el Estado quien impone el régimen legal del matrimonio y los consortes simplemente se adhieren a él. A esta teoría se le oponen las mismas observaciones esgrimidas en el anterior, ya que conserva el concepto contractual.

La teoría del matrimonio-acto jurídico condición, se debe a León Duguit quien define a este tipo de acto como el que "tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas, que constituyen un verdadero estado por cuanto no se agotan con la realización de las mismas, sino que permiten una renovación continua".

La teoría del matrimonio-acto de poder estatal, tiene su antecedente en el Derecho Canónico, que explica que la voluntad de los contrayentes no es más que un requisito para el pronunciamiento que hace la autoridad competente en nombre del Estado, y en todo caso es este pronunciamiento y no otra cosa, el que constituye el matrimonio. Esta teoría es válida para países como México, en los que la solemnidad es un elemento esencial del matrimonio.

En cuanto a la capacidad el artículo 148 Código Civil establece que para contraer nupcias el varón necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. Las dispensas de edad sólo se darán por el jefe del Departamento del Distrito Federal o los delegados, y por causas graves y justificadas.

Tratándose de menores de edad se requiere, también, el consentimiento de la persona cuya patria potestad o tutela se encuentren; faltando estos, el del juez de lo familiar de la residencia del menor artículo 150).

La voluntad debe estar exenta de vicios. El error sólo es vicio de la voluntad si recae sobre la persona del contrayente, no sobre sus cualidades personales (artículo 235, fracción I, Código Civil); la violencia adquiere importancia tratándose de un rapto, ya que el vicio se convierte en un impedimento para contraer nupcias, no sólo en posible causa de nulidad, hasta que la raptada no sea depositada en un lugar seguro (artículo 156, fracción VII del Código Civil).

En cuanto a la licitud en el objeto, motivo o fin, el artículo 147 Código Civil establece que "cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta", de ello se derivan los impedimentos señalados en los artículos 156 a 159 Código Civil que pueden clasificarse en dirimentes (aquellos que producen la nulidad del matrimonio), e impedientes (aquellos que no invalidan al acto, pero sí lo convierten en ilícito).

Entre los primeros se encuentra: la falta de consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad, el tutor o juez en su caso; el parentesco; el adulterio habido entre los pretendientes; el atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer nupcias con el que quede libre; la fuerza o miedo graves; la embriaguez habitual y el uso indebido y persistente de drogas enervantes la impotencia incurable para la cópula; las enfermedades contagiosas o hereditarias que sean crónicas e incurables; el idiotismo y la imbecilidad; y la subsistencia de un primer matrimonio al momento de celebrar el segundo.

Los segundos son: la falta de edad requerida por la ley y el parentesco por consanguinidad en línea colateral desigual, estando pendiente, en ambos casos, la resolución de dispensa; el que no hayan transcurrido 300 días contados a partir de la disolución del matrimonio anterior ya sea por nulidad o muerte del marido tratándose de la mujer; para ambos cónyuges debe transcurrir un año de haberse ejecutoriado la sentencia de divorcio voluntario y dos para el cónyuge culpable en los casos de divorcio necesario y el matrimonio entre tutor y pupilo cuando no haya sido obtenida la dispensa previa aprobación de las cuentas de la tutela.

Los efectos que produce la celebración del matrimonio son de tres tipos:

- a) entre consortes,
- b) en relación a los hijos, y
- c) en relación a los bienes.

Al momento de contraer matrimonio se hace el cambio de estado civil a casado, originando una serie de consecuencias jurídicas con respecto al otro cónyuge, a los bienes y a los hijos.

Entre los cónyuges.

- a) La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estatuye el derecho de cada pareja a decidir el número de hijos y el espaciamiento entre ellos⁵², debiendo decidirlo de manera conjunta teniendo en consideración las ideas y costumbres operantes.
- b) La cohabitación, aún cuando no es tratada como una consecuencia, hace derivar de ella el trato cotidiano que da origen a la ayuda mutua que entre cónyuges se deben⁵³.
- c) Derecho – deber de la relación sexual. La sexualidad forma parte de la naturaleza humana, no como un instinto de supervivencia, sino de manera consciente y no siempre teniendo como finalidad la procreación.⁵⁴
- d) Ayuda mutua. Es la consecuencia natural de las anteriores, y se refiere al apoyo moral y económico (alimentos⁵⁵), entre ellos y con los hijos⁵⁶.
- e) Fidelidad. Se refiere a la exclusividad sexual de y entre los cónyuges, que aún cuando no está consagrada en la legislación de manera explícita, si menciona el adulterio como causal de divorcio⁵⁷ y como delito⁵⁸.
- f) Igualdad jurídica entre cónyuges, que se deberá dar en el plano económico y con respecto a la procreación.⁵⁹

Con respecto a los hijos. Los derechos y obligaciones que tienen los cónyuges con los hijos son estudiados por la institución civil llamada filiación.⁶⁰

⁵² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art. 4

⁵³ Código civil. Art. 148

⁵⁴ Ídem. Art. 131

⁵⁵ Ídem. Art. 149

⁵⁶ Ídem. Art. 150

⁵⁷ Ídem. Art. 226 fracción I

⁵⁸ Código penal para el estado de San Luis Potosí

⁵⁹ Código civil para el estado de San Luis Potosí Art. 147

⁶⁰ Ídem. Art. 285 al 313

Con respecto a los bienes. Existen dos tipos de regímenes con respecto de los bienes del matrimonio: sociedad conyugal, separación de bienes y régimen legal, que en el estado de San Luis Potosí es éste último.⁶¹

Los primeros están integrados por el conjunto de deberes y derechos irrenunciables permanentes, recíprocos de contenido ético jurídico. Estos deberes son: de fidelidad, de cohabitación y de asistencia.

El deber de fidelidad no está contemplado como tal en el Código Civil; sin embargo, es un principio ético-social defendido jurídicamente con el fin de preservar la moral familiar a través de sanciones que se imponen para los casos de infidelidad (artículos 267, fracción I, Código Civil).

Este deber no termina en la abstención de sostener relaciones carnales extramatrimoniales, sino que abarca una violación a este deber aunque no consumen el adulterio siempre que denoten una lesión grave a la unidad de vida que debe existir entre los cónyuges.

El deber de asistencia (artículo 162 Código Civil) abarca la obligación alimentaria entre los cónyuges y se extiende a todo tipo; de asistencia tanto moral como patrimonial que se deben recíprocamente los esposos para mantener decorosa y dignamente su unión. Algunos autores separan por un lado el concepto de asistencia y por otro el de ayuda mutua, considerando en el primero los aspectos de apoyo moral cuidados en casos de enfermedad, afecto etc., y en el segundo el aspecto patrimonial como los alimentos y la ayuda al sostenimiento del hogar conyugal.

El deber de cohabitación emana directamente de la comunidad íntima de vida que debe existir entre los esposos, ya que esta no sería posible sin el deber jurídico de habitar en una misma casa (artículo 163 Código Civil). De este deber surge el concepto de domicilio conyugal.

Los efectos del matrimonio en relación a los hijos han sido clasificados en tres rubros: a) para atribuirles la calidad de hijos habidos en matrimonio

⁶¹ Idem. Art. 163 al 193

(artículo 324 Código Civil); b) para legitimar a los hijos habidos fuera del matrimonio mediante el subsiguiente enlace de sus padres (artículos 354-359 Código Civil), y c) para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que el Código de derecho Canónico impone a la patria potestad.

Los efectos en relación a los bienes comprenden tres aspectos: las donaciones antenuptiales, las donaciones entre consortes y las capitulaciones matrimoniales.

Además de estos efectos que son comunes a otras legislaciones de carácter civil, el derecho mexicano, estipula la producción de efectos del matrimonio en relación a la nacionalidad, al establecer que la mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con mexicano podrán naturalizarse cumpliendo los requisitos establecidos.

El código civil menciona que los impedimentos para contraer matrimonio válido son: La falta de edad, de consentimiento de quien deba ejercerlo, parentesco, el adulterio entre los que pretendan contraer matrimonio, atentado contra la vida de anteriores cónyuges, fuerza o miedo grave, embriaguez habitual, impotencia incurable, idiotismo o imbecilidad, matrimonio subsistente al momento de contraer nuevas nupcias⁶²

De no respetarse estos puntos, el matrimonio es nulo de origen, por lo tanto corresponde declarar la nulidad por parte de un juez de lo familiar.

⁶² Ídem. Art. 140

Capítulo II. Concepciones Jurídicas del Matrimonio.

El matrimonio antecede al derecho, por ser inherente a la naturaleza del ser humano, la esencia y características de su formación son determinadas por el derecho natural, de ahí que el derecho canónico haya realizado esfuerzos para investigar las exigencias naturales de la institución matrimonial.

El término Matrimonio presenta una variada connotación que es pertinente aclarar, ya que algunas veces se utiliza para designar al acto de celebración por el cual los contrayentes hacen recíproca entrega de sí mismos en calidad de cónyuges. Otras veces, se emplea como sinónimo de la misma pareja constituida por ambos cónyuges o bien se hace referencia al estado jurídico que afecta a los contrayentes tras la celebración de las nupcias.

Concepto Sociológico.- La institución social (sancionada públicamente) que une a un hombre y a una mujer bajo diversas formas de mutua dependencia y, por lo general, con el fin de crear y mantener una familia.

Concepto Jurídico.- Contrato en virtud del cual un hombre y una mujer se unen legalmente para perpetuar la especie y ayudarse a llevar las cargas de la vida.

Concepto Teológico.- El contrato válido confiere el Sacramento de la Iglesia católica apostólica romana por el que un hombre y una mujer bautizados, se comprometen a vivir unidos con el fin de contribuir al mutuo enriquecimiento personal, así como a la procreación y educación de los hijos. (sacramento considerado como el medio para que el ser humano alcance su perfección.)

Concepto Canónico.- 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 Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

El matrimonio como contrato entre un hombre y una mujer existe desde la antigüedad.

I. Como Acto Jurídico.

El matrimonio como acto jurídico, es la manifestación de voluntad de los cónyuges, encaminada a producir consecuencias de derecho (que pueden consistir en la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones) apoyado en la legalidad que en tal sentido le concede el ordenamiento jurídico canónico para conseguir su finalidad.

Podemos considerar que los actos jurídicos constituyen una especie o categoría dentro del conjunto de los hechos jurídicos, dado que estos últimos son todos aquellos acontecimientos que la ley toma en consideración para atribuirles consecuencias de derecho. Sin embargo, hay que determinar si el matrimonio es un 'acto jurídico' ya que no existe acuerdo en la doctrina.

A este respecto podemos mencionar dos grandes corrientes la de los civilistas franceses⁶³ (Bonnecase, Colin y Capitant, etc.) que divide a los hechos jurídicos en dos grandes grupos, los cuales son:

A) el de los hechos jurídicos en sentido estricto, en el que están comprendidos los fenómenos naturales o accidentales que siendo ajenos a la voluntad humana provocan consecuencias de derecho (por ejemplo, el nacimiento, la muerte) y también los hechos realizados por el hombre, pero en los que los efectos jurídicos se producen independientemente y aun contra la voluntad del autor o autores, y;

B) el de los actos jurídicos que está integrado sólo por los hechos que son efectuados voluntariamente por el hombre con la intención manifiesta de producir consecuencias jurídicas (en este caso podemos ubicar el contrato de matrimonio).

Esta concepción de la doctrina francesa queda perfectamente explicada por Bonnecase⁶⁴ de la manera siguiente:

'La noción de hecho jurídico es susceptible de revestir un sentido general y una significación específica. En el primer sentido comprende la noción de acto jurídico. El hecho jurídico es entonces un acontecimiento engendrado por la actividad humana o puramente material, que el Derecho toma en consideración para hacer derivar de él, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir una situación jurídica general o permanente o, por el contrario un

⁶³ Martínez, Alfaro Joaquín. Teoría de la Obligaciones. Quinta Edición. Editorial Porrúa. México 1998. p. p. 468

⁶⁴ Martínez, Alfaro Joaquín. Teoría de las Obligaciones. Quinta Edición. Editorial Porrúa. México 1998. p. p. 468

efecto de Derecho limitado. Pero la expresión hecho jurídico es con más frecuencia empleada en un sentido especial en oposición a la noción de acto jurídico. En tal caso se alude a un suceso puramente material como el nacimiento o la filiación, acciones voluntarias, generadoras de situaciones o de efectos jurídicos sobre la base de una regla de derecho, cuando el sujeto de tales acciones no ha podido tener o no ha tenido la intención de colocarse, al realizarlas, bajo el imperio de la ley. Si el hecho jurídico en sentido estricto no consiste en sucesos puramente materiales sino en acciones más o menos voluntarias, es llamado según los casos cuasicontrato, delito o cuasidelito en oposición al contrato, que representa el tipo más caracterizado del acto jurídico.

Pasemos ahora a la definición de éste: El acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en engendrar, con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir una situación jurídica general y permanente o, por el contrario un efecto de derecho limitado, que conduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho".

El matrimonio como un acto jurídico nace cuando los futuros cónyuges manifiestan su voluntad de manera que sea reconocida por la norma jurídica, produciendo así consecuencias de derecho consistentes en la creación de una comunidad de vida, dando origen a la obligación de la fidelidad, de procreación y educación de la prole; así que coincidimos con la teoría del acto jurídico.

Ahora bien le ha interesado a la doctrina determinar si los efectos de derecho producidos por el acto (o negocio) jurídico provienen de la ley o de la voluntad.

Para que un acto jurídico tenga vida es necesario que reúna ciertos elementos (llamados esenciales o de existencia) los cuales son en el caso del matrimonio:

1) Una voluntad de uno o varios sujetos (el consentimiento) que debe ser manifestada conforme a lo dispuesto por la ley; en forma expresa o tácita y;

2) un objeto sobre el que recaiga la voluntad que sea física y jurídicamente posible. En este caso se trata de la procreación y educación de los hijos que es el contenido de la obligación surgida del acto jurídico. Hay imposibilidad cuando un hecho no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza (es el caso del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo ya que no se puede cumplir con la procreación de los hijos) o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.

Además la ley ha convertido en algunos casos a la forma en elemento de existencia de los actos jurídicos (por ejemplo en el matrimonio). A esta forma esencial se le llama solemnidad. A falta de estos elementos el acto no producirá ningún efecto legal.

Por otra parte para que los actos jurídicos tengan plena eficacia y no puedan ser anulados, deben cumplir con ciertos requisitos de validez que son:

1) La capacidad legal del autor o autores del acto (en este caso de los futuros contrayentes).

2) Una voluntad exenta de vicios, éstos son el error, el dolo, y la violencia, etc.

3) La licitud en el objeto, motivo o fin del acto.

4) Cierta forma específica cuando la ley la requiera.

La falta de estos requisitos produce la nulidad absoluta del acto.

II. Como Contrato.

La aparición del matrimonio tiene su origen en la compraventa y en las negociaciones que se hacían entre los familiares de los futuros cónyuges y el consentimiento que prestan las partes para la constitución de la sociedad conyugal. Ello supone la admisión de un negocio jurídico, mediante la declaración de voluntad de los contrayentes, a partir del cual ha de constituirse el régimen jurídico matrimonial, lo que viene a implicar una desviación de la concepción del matrimonio en cuanto a la situación duradera no referible a un modo concreto de constitución y cuyo mantenimiento implicaba, en principio, la perduración de la *afectio conyugal*⁶⁵.

La declaración de voluntades encaminada a la aceptación del estado matrimonial por las partes, se ha considerado por la doctrina canónica como una modalidad especial de contrato. En la doctrina civilista se ha planteado el problema de la calificación de este acto jurídico, prefiriendo otras denominaciones distintas a las de contrato (negocio jurídico complejo) en atención a la intervención del funcionario civil que asiste al acto de celebración del matrimonio. En Derecho canónico no cabe plantearse este problema debido a la función dominante del consentimiento como causa del vínculo matrimonial, sin que pueda estimarse que el ministro eclesiástico asistente concurre a la constitución del matrimonio como testigo en el sentido de «pedir» y «recibir» el consentimiento de las partes para formalizar el rito establecido por la Iglesia, en atención a razones de seguridad jurídica y moral.

“Aunque el nuevo Código Canónico utiliza en menor medida el término «contrato», el matrimonio puede interpretarse como un contrato, según la técnica jurídica tradicional ya que el consentimiento matrimonial es una declaración de voluntad, mutua y bilateral, entre dos sujetos o personas de distinto sexo capaces, y que tiene como resultado la aparición de efectos jurídicos queridos por las partes. Este acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto manifestado por personas hábiles —no obstante admitirse la denominación genérica de contrato— reviste unas características singulares que lo distinguen de la generalidad de los contratos”⁶⁶.

De acuerdo con la técnica jurídica el contrato matrimonial debe calificarse como un contrato puramente consensual, es decir, que se perfecciona con consentimiento de las partes conforme a lo señalado por la ley. Pero históricamente fue cuestión disputada la naturaleza consensual o real del contrato matrimonial, de tal manera que dividió sectores doctrinales en la Edad Media, como los representantes de la escuela de París y de la de Bolonia, representantes

⁶⁵ Bernáñez Cantón, Alberto. Compendio de Derecho Matrimonial Canónico. Séptima Edición. Editorial Tecnos. Madrid 1991. p. p. 302

⁶⁶ Op. Cit. Bernáñez Cantón, Alberto. Compendio de Derecho Matrimonial Canónico.

los primeros de la teoría del consentimiento, frente a la teoría de la cópula, propugnadas por los segundos.

Tan importante era la controversia dirimida por los grandes Papas, legisladores y canonistas de la Edad Media que ALEJANDRO III (+ 1181), siendo discípulo de GRACIANO, se inclinó por la cópula-teoría, una vez en el trono pontificio, aceptaría el principio mantenido por los teólogos franceses de que el consentimiento era suficiente para la constitución del vínculo matrimonial, si bien con ciertas concesiones a la escuela de Bolonia, que consistían en:

El consentimiento «de futuro» (esponsales), puede dar origen al vínculo matrimonial si se consuman las relaciones corporales entre los esposos; aun siendo perfecto el matrimonio celebrado por palabra de presente, la consumación le comunica «una especial firmeza, de tal manera que antes de la consumación del matrimonio puede disolverse por las causas que admite la Iglesia»⁶⁷.

INOCENCIO III (+ 1216) mantuvo los mismos principios fijados por ALEJANDRO III, insistiendo en la necesidad del consentimiento, explicando que la constitución del vínculo en los casos de consumación sobrevinida al consentimiento «de futuro» tenía lugar cuando en la consumación del matrimonio, existiendo esponsales, había la presunción del consentimiento de presente. El Concilio de Florencia (1439) declaró que «la causa eficiente del matrimonio regularmente es el mutuo consentimiento expresado por palabras del presente»⁶⁸.

En la vigente ordenación del matrimonio canónico, que en este punto arranca del Concilio de Trento (1545-1563), la eficacia del consentimiento matrimonial está vinculada al cumplimiento de unas solemnidades o requisitos formales, necesarios *ad valorem*, establecidos por la Iglesia a modo de garantía y seguridad en la celebración del matrimonio.

Actualmente para el *DERECHO CANÓNICO* el matrimonio es un contrato consensual porque se perfecciona por el simple hecho de haber prestado las partes su consentimiento en el momento de celebrarse. En el matrimonio Canónico, el funcionario público que asiste al acto de la celebración es un testigo autorizado, cuya presencia es necesaria para la validez del acto, por lo que requiere y recibe el consentimiento de los contrayentes, pero sin que haya perdido su condición de testigo. Los ministros del sacramento del matrimonio son los propios novios en cuanto otorgan su consentimiento para la celebración del contrato, producen también el sacramento. Todo esto se desprende de la interpretación del *canon*, en el capítulo referente a la forma de la celebración del matrimonio, en donde se establece que el vínculo es válido cuando es celebrado

⁶⁷ Op. Cit. Bernáñez Cantón, Alberto. Compendio de Derecho Matrimonial Canónico.

⁶⁸ Op. Cit. Bernáñez Cantón, Alberto. Compendio de Derecho Matrimonial Canónico.

solamente ante testigos o cuando el Párroco o Sacerdote del lugar no pueden asistir. El matrimonio celebrado solo ante testigos es lícito. Por ello el matrimonio canónico, como contrato, queda perfeccionado en el mismo momento en que las partes prestan su consentimiento.

El objeto del contrato matrimonial canónico, son los cuerpos de los contrayentes, no en cuanto a que un cónyuge adquiera el derecho de propiedad o dominio sobre el cuerpo del otro, sino solo en cuanto a una finalidad concreta. El derecho a esta prestación corporal mutua, con su obligación correlativa es lo que constituye el objeto próximo y formal del contrato matrimonial. Es precisamente el derecho a esa prestación corporal mutua, ordenada a los actos de procreación, sobre los que recae el consentimiento matrimonial. (*"Consensus matrimonialis est actus voluntatis quo vir et mulier taedere irrevocabili sese mutuo tradunt et acciipieni ad constituendum matrimonium"*). El consentimiento matrimonial es el acto de voluntad por el cual él varón y la mujer se entregan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio⁶⁹.

El matrimonio como contrato ha sido la tesis tradicional desde que surge la separación entre el matrimonio civil y el religioso, pues tanto en el derecho positivo como en la doctrina y en el derecho canónico, se le considera fundamentalmente como un contrato, en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico.

En derecho civil se invoca, como una razón para considerar al matrimonio como un contrato, el hecho de que los contrayentes manifiestan su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio, por consiguiente, se considera que en este caso como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes.

Autores como Planiol y Ripert⁷⁰ reconocen que aun cuando el matrimonio es una institución que constituye un acto complejo, también tiene carácter de contrato; sin embargo admiten que en el matrimonio existe una naturaleza mixta. En contra de la tesis de que el matrimonio es un contrato, tenemos las opiniones de Ruggiero y Bonnecase.

Ruggiero señala: *"Hay que reaccionar contra esta tendencia negando al matrimonio el carácter de contrato. No basta que se dé en aquél un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato; ni es cierto tampoco que todo negocio bilateral sea contrato, aunque los contratos constituyan la categoría más amplia de tales negocios. Nada se gana con añadir que la materia especial de este contrato implica derogaciones más o menos profundas a las normas que regulan la materia"*

⁶⁹ José Francisco Huber Olea, Diccionario de Derecho Romano comparado con Derecho Mexicano y Canónico. Primera Edición. Editorial Porrúa. México 2000. p. p. 873

⁷⁰ Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Libro I. Introducción, Personas y Familia. Décima Novena Edición. Editorial Porrúa. México 1983. p. p. 509

*contractual. Precisamente las normas que no sólo limitan, sino que aniquilan toda autonomía de voluntad, demuestran la radical diferencia que media entre el contrato y el matrimonio. Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes; éstas no pueden, en el matrimonio; estipular condiciones y términos ni adicionar cláusulas o modalidades ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario al establecido en la ley; la libertad no surge sino cuando se trata de intereses patrimoniales, y aun en tal caso está muy limitada. Opuesta a la idea del contrato e inconciliable con ella es la absoluta inaplicabilidad al matrimonio del mutuo disenso; en cambio, no hay contrato que no pueda resolverse si las partes no quieren que el vínculo subsista*⁷¹.

En este caso consideramos que el autor antes citado se equivoca ya que basta que los futuros contrayentes expresen su consentimiento conforme lo dispuesto por la ley para que el contrato tome vigencia, además tampoco es cierto que las partes en dicho contrato no puedan estipular cláusulas, ya sean de carácter patrimonial o en referencia a su cónyuge, es decir, se pueden realizar cláusulas que no afecten al contrato en cuanto a los fines esenciales con que debe de cumplirse y que no sean contrarias a lo dispuesto por la ley.

Bonnecase⁷² ha sostenido que es totalmente falsa la tesis contractual ya que, realiza un estudio de la naturaleza del matrimonio desde todos los puntos de vista en que es posible considerarlo, para señalar sin rodeos que la teoría contractual no es correcta y se adhiere a la tesis institucional del matrimonio. Rechaza el punto de vista de Planiol, ya que el legislador francés procedió con un espíritu de moderación y cordura en la regulación jurídica de la familia, y en cuanto a la concepción del matrimonio como un contrato y reconoce que de los trabajos preparatorios para la realización del Código Napoleónico, resulta evidente, que los redactores del mismo a pesar de todos sus esfuerzos no lograron sustraerse a la creación de la idea del matrimonio-contrato, aun cuando precisaron algunas diferencias.

Si bien es cierto que el matrimonio puede considerarse como una institución, también es cierto que el matrimonio es un contrato por que en este existen los elementos suficientes para considerarlo como tal y que son: los sujetos, el objeto, el consentimiento y la solemnidad (entendida como formalidad), es por ello que al existir los elementos esenciales y de validez, difiriendo así de la opinión de Bonnecase quien señala que solo puede considerarse como una institución.

Otro autor, Pothier, quien se adhiere a la tesis de Rousseau; y que expresamente nos dice: *"El matrimonio es el más excelente y antiguo de todos los contratos. Aun considerándolo únicamente en el orden civil es el más excelente, porque la*

⁷¹ Op. Cit. Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Libro I. Introducción, Personas y Familia.

⁷² Op. Cit. Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Libro I. Introducción, Personas y Familia.

sociedad civil está más interesada en él. Es el más antiguo, porque fue el primer contrato que celebraron los hombres. Inmediatamente que Dios hubo formado a Eva de una de las costillas de Adán, y que la hubo presentado a éste, nuestros dos primeros padres celebraron un contrato de matrimonio. Adán tomó a Eva por esposa... Eva tomó recíprocamente a Adán por su esposo"⁷³.

Este autor señala argumentos del por que puede ser considerado como contrato ya que al existir interés General, el Estado debe salvaguardar este interés que se encuentra por encima del interés particular, así que al crearse normas jurídicas que regulan el contrato se le reconoce, repercutiendo así de manera histórica y jurídica con lo cual coincidimos.

Bonnecase⁷⁴ considera que no se cumplen las reglas que caracterizan al matrimonio como un contrato, y que tampoco existe el principio de la autonomía de la voluntad por lo que se refiere a sus efectos y disolución. En cuanto a los efectos del matrimonio, encuentra que hay una diferencia, si se le compara con el contrato, pues el principio de la autonomía de la voluntad que domina las consecuencias de los contratos, no tiene ninguna aplicación en materia matrimonial y los consortes no pueden alterar el régimen del matrimonio, estipulando derechos y obligaciones distintos de los que imperativamente determina la ley, careciendo de valor cualquier pacto que los contrayentes estipulen para cambiar el régimen legal o modificar los fines del matrimonio.

A diferencia de lo que señala este autor consideramos que la voluntad de los contrayentes es autónoma por lo que se refiere a los efectos y a la disolución ya que si las partes deciden no continuar con el vínculo este puede disolverse, mas aun pueden estipularse cláusulas al momento de su celebración, ya sean de carácter patrimonial o de carácter personal, siempre y cuando no sean contrarias a los fines y al régimen legal.

En nuestro derecho, el artículo 155 del Código de 1884 decía expresamente:

"El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". En el Código Civil de 1870, el artículo 159 había consagrado la citada definición que después, reprodujo textualmente el Código de 1884. En la Ley de Relaciones Familiares, el artículo 13 decía: "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida"⁷⁵.

⁷³ Op. Cit. Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Libro I. Introducción, Personas y Familia.

⁷⁴ Op. Cit. Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Libro I. Introducción, Personas y Familia.

⁷⁵ Op. Cit. Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Libro I. Introducción, Personas y Familia.

En el Código Civil vigente ya no se contiene una definición del matrimonio, de tal suerte que no se le caracteriza expresamente como un contrato pero diferentes preceptos aluden al mismo dándole la categoría de contrato.

Aun cuando es indudable que nuestros textos legales desde 1917, tanto en la Constitución como en la Ley de Relaciones Familiares, y después el Código Civil vigente, han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el 'derecho canónico que dio carácter de sacramento al matrimonio. Por esto en el artículo 130 de la Constitución de 1917, se afirma que el matrimonio como contrato civil es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil. Es decir, no debe considerarse que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equiparlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fue únicamente negar a la Iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para ese acto. Así se explica que el artículo 147 del Código vigente prohíba toda estipulación contraria a los fines del matrimonio, es decir, a la perpetuación de la especie y a la ayuda recíproca que se impone a los consortes. Por la misma razón el artículo 182 declara: "Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio". De estos preceptos se desprende que no puede aplicarse a la regulación misma del acto en cuanto a los derechos y obligaciones que origina, el sistema contractual.

Es decir, no sólo no se pueden alterar las obligaciones y facultades que imperativamente establece la ley, sino que tampoco pueden los consortes pactar términos, condiciones o modalidades que afecten a este régimen que se considera de interés público. En este sentido es de aplicación estricta el artículo 6º del propio Código, conforme al cual la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. El mismo precepto permite que se renuncien los derechos privados que no afecten directamente el interés público, y es indiscutible que una renuncia en cuanto a los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio, sí afectaría gravemente al interés público. En cuanto a la forma de disolución del matrimonio, la ley dispone que el divorcio sólo proceda por las causas que señala o por mutuo consentimiento de los consortes. Ahora bien, podría pensarse que en esta forma de divorcio se aplica el régimen contractual ya que se equipara al mutuo disenso, pero la diferencia es evidente si se reflexiona que no puede haber divorcio sin la intervención de un Juez o del Oficial del Registro Civil en el caso de que no se hubieran procreado hijos y los consortes no tengan bienes o hubieren liquidado la sociedad respecto a los mismos. Por lo tanto, no basta el mutuo consentimiento de los consortes por sí solo para disolver el matrimonio, si no que se requiere siempre la intervención de un funcionario del Estado y entretanto no exista la sentencia del Juez Civil o la declaración del Oficial del Registro Civil decretando el divorcio, subsistirá el vínculo matrimonial.

III. Como Institución.

El matrimonio como institución—Desde este punto de vista el matrimonio es el conjunto de normas que lo rigen, en este sentido significa que el matrimonio como una institución jurídica, es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Ihering explica que (las normas jurídicas se agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios dentro del sistema total que constituye el derecho positivo)⁷⁶. Para el citado autor, el enlace entre las normas es de carácter teleológico, es decir, en razón de sus finalidades.

El matrimonio responde a una estructura y a un dinamismo natural, inherente a la persona humana. El ser humano está naturalmente constituido como varón y mujer, natural es la mutua atracción y natural es la tendencia a unirse en matrimonio. Todo ello corresponde a la naturaleza humana, a aquella estructura del ser humano, que es fundamental y necesaria, común a todos los humanos. Las exigencias de justicia, los derechos y deberes entre los cónyuges, el orden justo y adecuado a la condición de personas que regulan la vida matrimonial, etc., nacen de la naturaleza humana; no son producto de la cultura, de la ley positiva o de condicionamientos sociales.

Para Hauriou, la institución es "una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos"⁷⁷.

Consideramos que el seguimiento de este orden natural conduce al matrimonio a su plenitud y representa la dinámica a través del cual los cónyuges se realizan en el matrimonio. El matrimonio no es una institución jurídico-social en cuyo interior se legitime —se halle legalizado— el desarrollo de la sexualidad. Por el contrario, es el desarrollo mismo del amor conyugal y de la sexualidad, conforme a la estructura ontológica de la persona humana. Representa la autenticidad en el desarrollo del amor entre varón y mujer, frente a la inautenticidad de las relaciones extra-matrimoniales.

⁷⁶ Op. Cit. Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Libro I. Introducción, Personas y Familia.

⁷⁷ Op. Cit. Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Libro I. Introducción, Personas y Familia.

El matrimonio como idea de obra significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos. Para el logro de las finalidades comunes que impone la institución, se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, pues toda comunidad exige necesariamente tanto un poder de mando como un principio de disciplina social.

En el matrimonio, ambos cónyuges pueden convertirse en órganos del poder, asumiendo igual autoridad como ocurre en el sistema mexicano, o bien, puede descansar toda la autoridad exclusivamente en el marido como se ha venido reconociendo a través de la historia de la institución, desde el matrimonio por raptó.

La tesis de Hauriou aplicada al matrimonio tiene la importancia de comprender no sólo el aspecto inicial de la institución que existe por virtud de la celebración del acto, sino también el estado de vida que le da significado tanto social como jurídica y, finalmente, la estructuración normativa a través de la cual se establecen las finalidades, órganos y procedimientos de la institución misma.

IV. Como Contrato de adhesión.

El matrimonio como contrato de adhesión— Como una modalidad en la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones, distintos de aquellos que imperativamente determina, la ley, en los contratos de adhesión se considera que de antemano ya están establecidas las cláusulas esenciales, sin que la contraparte tenga la oportunidad de discutir su contenido. Situación semejante es la que se presenta en el matrimonio, pues en ellos, una parte simplemente, tiene que aceptar en sus términos la oferta de la otra, sin la posibilidad de variar los términos de la misma.

En el caso del matrimonio se estima que por razones de interés público el Estado impone el *régimen legal* del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto, a sujetos determinados.

La doctrina destaca como elementos de los contratos de adhesión los siguientes: la oferta se hace a una colectividad, el convenio es obra exclusiva de una de las partes; la reglamentación del contrato es compleja; la situación del que se ofrece es preponderante; la oferta no puede ser discutida.

Existe también en la doctrina una polémica en torno a su naturaleza jurídica; acto unilateral o contrato. Respecto de la primera postura se argumenta que proviene de una autoridad privada y cuyos efectos una vez dada la adhesión, se determinan por la sola voluntad del oferente. En los contratos de adhesión hay predominio exclusivo de una sola voluntad que obra como voluntad unilateral, se ofrece a la contraparte un contrato ya formado, cuyas cláusulas en la generalidad se encuentran impresas. Por lo que respecta a la segunda postura se afirma que la voluntad es la generadora de la relación jurídica y que en consecuencia es la que debe presidir la interpretación jurídica.

V. Como Acto Condición.

El matrimonio como acto jurídico condición—Se debe a León Duguit haber precisado la significación que tiene el acto jurídico condición. Distingue entre el acto regla, el acto subjetivo y el acto condición, en su *Tratado de Derecho Constitucional*. Define el último, como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua. Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes.

El acto condición es aquel que coloca al individuo en una situación jurídica general preexistente, de forma tal que éste no puede, por su voluntad, modificar sus obligaciones y derechos. Cuando dos personas se unen en matrimonio por la expresión libre de su voluntad, quedan sometidos al cumplimiento de las obligaciones y a la obtención de los fines que el legislador ha impuesto al matrimonio. Para que el consentimiento sea en realidad la causa eficiente del matrimonio, tal como corresponde a su naturaleza, debe consistir en un acto de la voluntad, por el cual, ambas partes, verdadera, sincera e internamente, quieren el matrimonio con las obligaciones, propiedades y elementos esenciales que lo constituyen.

En el contrato matrimonial a pesar de que participan los elementos que corresponden a todo contrato, encontramos otras características que lo diferencian de los demás, pues en él, además de darse una unión, los contrayentes persiguen unos mismos ideales, en cambio, en los demás contratos, por regla general, los participantes derivan intereses contrapuestos o diversos

Por su parte el nuevo código en el canon 1056, define el matrimonio sin mencionar la palabra contrato, el cual se presupone de la existencia de la alianza, pero en el párrafo segundo lo menciona al consagrar: "por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento"⁷⁸.

⁷⁸ Código de Derecho Canónico.

VI. Como Acto Complejo.

En el derecho se pueden distinguir tres tipos de actos:

- a) los actos jurídicos privados,
- b) los actos jurídicos públicos y;
- c) los actos jurídicos mixtos.

Los primeros se realizan por la intervención exclusiva de los particulares; los segundos por la intervención de los órganos estatales y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Oficial del Registro Civil.

Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, este no existiría desde el punto de vista jurídico.

Desde este punto de vista, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del Oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración.

El matrimonio evidentemente constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por la aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además, el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. Los estados del hombre pueden ser estados de hecho y estados de derecho, atendiendo a que nazcan de hechos o de actos jurídicos. Por ejemplo, el concubinato es un estado de hecho y el matrimonio es un estado de derecho, en aquellos sistemas que le niegan a aquél efectos jurídicos.

El estado matrimonial tiene consecuencias importantes respecto a la vigencia del matrimonio, a sus efectos y a su disolución, pues aun cuando se inicia por un acto jurídico, en realidad se perfecciona a través de la vida en común; sin el estado matrimonial no puede cumplirse; el deber de convivencia que existe entre los esposos. Por consiguiente, faltando ese estado puede darse el caso de disolución en los términos de las fracciones VIII y IX del artículo 267 de nuestro Código Civil.

La mayor contribución para sustentar la concepción contractual es la consideración de que hay libertad de unirse o no en matrimonio, y sin el acuerdo de voluntad de los esposos, el matrimonio no es posible; e incluso el consentimiento fortalece más vínculo. Así mismo no se puede explicar por qué en casos en los que el consentimiento es pleno, y el propósito es aquel que se atribuye substancialmente al matrimonio, jurídicamente no se tiene una unión; ya que no se puede dar razón de la perpetuidad e indisolubilidad de esa unión. Mientras que el contrato no limite la libertad de un contratante frente al otro, no se puede excluir la libertad, y pone necesariamente a los esposos frente a su propia voluntad. Razón por la que el Estado no interviene, sino que tiene, el interés familiar, elevado a la categoría de interés estatal. Después de esto todavía se puede reafirmar el contrato o negocio jurídico familiar, como tal y nosotros no tenemos dificultad en estar de acuerdo ya que se funda en el contrato celebrado entre los esposos, y en todo caso, se deja a un lado la concepción privadística de que el matrimonio no cuenta con todos los elementos y requisitos para ser considerado como un contrato.

Capítulo III: Concepto del Matrimonio en el derecho Canónico.

I. Concepción Jurídica Canónica.

El capítulo VII, del Código de Derecho Canónico esta dedicado al matrimonio. El capítulo sobre el matrimonio se sitúa en el llamado libro IV, sobre la función de santificar de la iglesia, en la parte primera de dicho capítulo. Este título ocupa los cánones 1055-1165. En esta parte 1ª, se establece una visión dogmática de los sacramentos, instrumentos de salvación; debemos tener también una consideración jurídica porque son instrumentos de la iglesia que exigen una regulación externa positiva.

Así pues el canon 1055 se encarga de recoger el concepto jurídico del matrimonio, que a la letra señala:

§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 Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

*§2 Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento*⁷⁹.

En este canon se enuncian los elementos esenciales del matrimonio, así como sus fines. Se define al matrimonio como: el pacto por el que un hombre y una mujer constituyen un consorcio de toda la vida... (Canon 1055 § 1).

La esencia del matrimonio consiste en un contrato (*foedus*); como se ha referido existía una discusión sobre si se le puede llamar contrato o no al matrimonio. Realmente la aplicación del concepto contrato recoge la riqueza del matrimonio, y es cierto que el contrato, no es más que un encuentro entre dos voluntades para hacer algo en común. El Código de Derecho Canónico señala que: **Todo contrato tiene un contenido, el matrimonio tiene como contenido la unión de un hombre y una mujer, ya que la iglesia sólo reconoce como matrimonio la unión heterosexual para la constitución de un consorcio de toda la vida. Ese consorcio es una unidad vital.**

⁷⁹ Código de Derecho Canónico.

El antiguo Código de Derecho Canónico hablaba de dos dimensiones del matrimonio, el *in fieri*⁸⁰ y el de *facto esse*,⁸¹ que quedan aquí recogidas. El matrimonio es una institución jurídica que no sólo es producto de la mera intervención de los hombres sino que es de mismo derecho natural, es decir, es la misma naturaleza humana la que lleva a la unión con el otro sexo, para la consecución de unos fines determinados. Estos fines son el bien de los cónyuges y la generación y educación de los hijos.

El Código de Derecho Canónico anterior, señalaba los fines primarios y secundarios, el fin primario era la procreación y educación de la prole y los secundarios eran la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia.

El nuevo Código de Derecho Canónico no establece esta división, pero tampoco dice algo excesivamente distinto. El segundo párrafo del canon señala la sacramentalidad del matrimonio, como cosa que es querida por Dios, independientemente de si se es bautizado o no. Pero para aquellos que están bautizados, su unión no es sólo meramente natural, algo querido por Dios, sino que es sobrenatural, como sacramento de la nueva alianza, fundamentado en la Trinidad misma.

Este contrato es realizado, en su materialidad, por los mismos contrayentes, siendo también ellos los ministros de ese sacramento, siendo el sacerdote sólo testigo cualificado. De esto se sigue lo que el § 2 nos determina.

En este se viene a decir que habiendo pacto hay sacramento, y habiendo sacramento hay pacto, –si falta uno de ellos- no podemos hablar de matrimonio.

⁸⁰ José Francisco Huber Olea, Diccionario de Derecho Romano comparado con Derecho Mexicano y Canónico. Primera Edición. "Es el contrato legítimo entre marido y mujer, haciendo una comunidad indivisible de la vida por su afecto"

⁸¹ José Francisco Huber Olea, Diccionario de Derecho Romano comparado con Derecho Mexicano y Canónico. Primera Edición. "Es una *res facti* que generalmente puede tener semejanzas con la posesión, entendida como el poder físico que se ejerce sobre una cosa, es decir, es un hecho y no un derecho, pero que aun siendo un hecho, surgen de esta situación efectos jurídicos".

II. Elementos del Contrato.

Es importante distinguir las características que corresponden al contrato matrimonial, pues forman una unidad que implica siempre un contrato matrimonial válido entre bautizados, tal como lo expresa el canon 1055.

El contrato es, simplemente, un acuerdo de voluntad dirigido, en el caso del matrimonio, a producir la alianza conyugal que implica la formación de una íntima comunidad de vida y amor.

El contrato matrimonial requiere, como todo contrato, en su celebración de los requisitos que le dan existencia y de los que le dan validez. Los elementos de validez de un contrato, son: capacidad; consentimiento, que se encuentre exento de vicios, objeto, y causa lícita.

Los elementos de validez en el contrato matrimonial son:

La capacidad: Es la habilidad para constituir válidamente el matrimonio, habilidad que está relacionada con la edad pero que no la determina pues hace referencia a la existencia de una serie de factores psíquicos y fisiológicos suficientes, que integran la capacidad para contraer el matrimonio y que tiene como base la aparición de la pubertad.

El consentimiento: Es el requisito más importante del acto matrimonial, toda vez que no se trata de un elemento más, sino que constituye un elemento esencial del matrimonio. *Es el acto de voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente, en alianza irrevocable, para constituir matrimonio (canon 1057)*. Es de tal naturaleza su esencia, que no puede suplirse por ninguna autoridad humana.

Respecto de la capacidad para consentir y de los vicios que pueden afectarlo, se tratará al hablar de las causales de nulidad originadas en este elemento.

El objeto: En toda obligación, es la prestación, la cual consiste en una determinada conducta de dar, hacer o no hacer, correspondía al derecho perpetuo y exclusivo sobre los cuerpos de los contrayentes en orden a la realización de los actos procreación, es decir, de los actos aptos para generar prole.

En el nuevo Código de Derecho Canónico, la mutua entrega y aceptación para constituir la alianza matrimonial, ordenada al bien de los cónyuges y de la prole, constituye el objeto. Lógicamente, queda comprendido en esa entrega y aceptación mutua.

Desde el punto de vista doctrinal, se habla de un objeto formal que recae en esa entrega y aceptación mutua; este objeto material recae sobre el cuerpo de los contrayentes.

La incapacidad de cumplir con el objeto del matrimonio, genera nulidad del mismo.

De ahí que el homosexualismo, la ninfomanía, la satiriasis, y en general, toda incapacidad de cumplir con las obligaciones esenciales del matrimonio, ya sea por causas de origen psíquico o no, constituyen hechos que afectan la validez del contrato.

La causa: Es el motivo que induce a una persona a celebrar un acto determinado, pues no se concibe un acto inmotivado. En el matrimonio, esa motivación o causa se establece en forma tal, que el sujeto no puede alejarse de ella bajo la pena de contraer inválidamente. Esa causa la constituyen los fines del matrimonio, que corresponden a la procreación y educación de la prole, y a la ayuda mutua y el alivio de la concupiscencia.

Es decir, en la definición del matrimonio quedan incluidos los dos fines que estructuran el consorcio matrimonial; no obstante que el código omite la denominación de fines, establece que ese "consorcio" de vida está "ordenado" por su misma índole natural, al bien de los cónyuges y a la procreación y educación de la prole.

No esta de sobra recalcar que la exclusión del consorcio de vida, que a su vez conlleva la exclusión de los fines del matrimonio, hace que se contraiga inválidamente. Igualmente, propiedades, bienes y fines están íntimamente relacionados en forma tal que toda conducta que afecte a uno de ellos, conduce a la afectación de los otros.

Los fines son el elemento que distingue un grupo social de otro, por lo cual los fines que persigue el matrimonio no pueden ser suplidos con otra forma de organización personal de los individuos. No obstante, fuera de los fines preestablecidos por el legislador, pueden los contrayentes perseguir otros accesorios como, por ejemplo, mejorar su status social, evitar conflictos entre familia, obtener rendimientos económicos, fines éstos que no afectarían la validez del matrimonio, cuando se persiguen sin excluir los fines propios establecidos por el legislador y que son su causa eficiente

Elementos esenciales del matrimonio contrato

En los contratos suelen distinguirse la existencia de tres clases de elementos: de la esencia, de la naturaleza y accidentales.

Los elementos de la esencia en un contrato son los que lo tipifican, los que lo estructuran, en forma tal que si no están presentes al momento de la celebración, el acto no nace a la vida jurídica, es decir, no existe.

En el matrimonio también se puede hablar de la inexistencia, pues tanto la legislación civil como la canónica reconocen tal sanción, y consideran los diferentes eventos que originan inexistencia como causas de nulidad.

Existen casos en los que, por su naturaleza se sanciona de forma tal que, tal acto merece su total desconocimiento, aunque ninguna autoridad haya desechado su existencia.

Precisamente, la inexistencia como sanción del acto jurídico se da cuando no se puede conceder ningún efecto jurídico a tal acto, es el caso de un matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, ya que en el Código Civil y en el Código de derecho Canónico no existe la disposición conforme a la cual en materia matrimonial se pueda contraer matrimonio bajo esta característica y por esta razón si se llegara a contraer sería nulo por no poder cumplirse con los fines del contrato de matrimonio. Frente a este acto, no habiendo disposición que considere esta irregularidad como causal de nulidad, será un matrimonio inválido y nulo.

A partir de esto, la doctrina general presenta como características del acto inexistente las siguientes:

1. La esencia del acto está afectada, y, por ello, no puede producir efectos jurídicos.

2. No se requiere pronunciamiento judicial para declarar la inexistencia, salvo que se le haya revestido de alguna apariencia de legalidad en forma que confunda la conciencia social, por ejemplo, cuando la inexistencia se fundamente en la absoluta falta de consentimiento.

3. La voluntad de las partes para validar el acto, no es suficiente en principio.

Referidos estos elementos del contrato, se requiere para su existencia, que al momento de su celebración estén presentes los siguientes elementos:

- a. Consentimiento (no viciado),
- b. Objeto (licito)
- c. Causa(licita) y;
- d. Cumplimiento, por lo menos de algunas formalidades exigidas en consideración del acto.

En el matrimonio los ministros del sacramento son los propios cónyuges, y el sacerdote es el testigo cualificado en nombre de la Iglesia. La condición de sacramento quiere decir que Dios otorga su gracia a través del signo externo, que en este caso es la mutua aceptación del compromiso. Para que resulte válido es indispensable conocer las obligaciones que entraña dicho compromiso y realizarlo en libertad, sin coacción externa o interna, así como carecer de ningún impedimento canónico.

III. El consentimiento y sus Vicios.

*El consentimiento es la manifestación de voluntad que produce los efectos que se quieren sobre un objeto*⁸²; es el acto que supone la existencia previa de la deliberación orientada al análisis de todos los aspectos que influyen en ella, con sus pros y contras, para llegar a la decisión⁸³. Así tenemos que el consentimiento es el producto de un proceso del pensamiento que exige la actuación conjunta de las capacidades mentales; presupone a su vez la existencia sana de las facultades superiores de la inteligencia y voluntad. Ese proceso complejo está determinado por un elemento cognoscitivo y un elemento volitivo que confluyen en la producción del acto de la voluntad.

El canon 1057⁸⁴ al definir el consentimiento matrimonial dice que " *El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio*", el cual, es resultado de la actuación conjunta de las facultades superiores del hombre, inteligencia y voluntad. Ese consentimiento debe ser un acto humano, producto de su facultad de autodeterminación, que implica el que la persona haya actuado con el dominio pleno de su entendimiento y de su voluntad, para que le sea imputable a ella moral y jurídicamente. De afectar cualquiera de sus facultades, excluye la autodeterminación y conduce a la existencia de un acto viciado.

Canon 1057

§1 El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir.

§2 El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio.

En el § 1º se recalca que el consentimiento de las partes es esencial al matrimonio, para que exista. Es necesario el consentimiento por parte de las dos personas, si estos no son hábiles jurídicamente no se da auténtico consentimiento, y menos aún si son otros los que suplen ese consentimiento.

⁸² Palacio, Hincapié Juan Ángel. Causales de Nulidad del Matrimonio Canónico. Primera Edición. Señal Editorial. Colombia 1989. p. p. 300

⁸³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁸⁴ Código de Derecho Canónico.

El consentimiento matrimonial es necesario para la celebración del matrimonio.

En el § 2º se define el consentimiento matrimonial como un acto de la voluntad, que debe ser racional y libre, si fallan estos elementos no hay consentimiento. Este acto de la voluntad sella ese compromiso entre un hombre y una mujer, para entregarse mutuamente para la constitución del matrimonio.

El consentimiento es un acto psicológico, que permite afirmar que en el caso matrimonial es el acto por el cual, la voluntad, libre del hombre acepta aquello que el entendimiento le presenta. Ese consentimiento matrimonial exige para el entendimiento:

a) Uso de razón y;

b) suficiente discreción de juicio; y para la voluntad, que esté dotada de la libertad.

Es necesario señalar que el *entendimiento*⁸⁵ se forma de una facultad cognoscitiva por la cual se obtienen conceptos generales o universales, partiendo de la experiencia particular, para llegar a la verdad teórica; y una facultad crítica por medio de la cual se forman los juicios estimativos sobre las realidades vividas por el sujeto, que le permite comparar dos raciocinios para llegar a la existencia de un tercero, mediante la ponderación de todos sus atributos y consecuencias. De estas dos facultades del entendimiento, la cognoscitiva aparece primero en el sujeto y la segunda sólo después de la madurez del mismo, siendo ésta la que le da la discreción debida para sus actos, en especial para obligarse en el matrimonio.

Para que se pueda dar el consentimiento por una persona, se requiere que la persona tenga capacidad para consentir y solamente puede consentir quien cumple con los requisitos que prevé el Código de Derecho Canónico para que pueda entender y expresar su voluntad. *Por el entendimiento, la persona conoce, discierne, analiza el objeto que se le presenta y una vez que lo ha aprendido, lo quiere, y mediante un acto de voluntad, se adhiere a él. La voluntad quiere lo que el entendimiento le presenta. El entendimiento conoce, y la voluntad, se adhiere a lo conocido por el entendimiento, de ahí que " Nada puede ser requerido si antes no es conocido"*⁸⁶.

⁸⁵ Rapaport, David. Psicología. Editorial Paidós. Primera Edición. Argentina 1965. p. p. 323

⁸⁶ Op. Cit. Rapaport, David. Psicología.

Como un proceso de la vida activa consciente del hombre, la voluntad se manifiesta mediante un acto en el que intervienen cuatro factores, cuando menos:

a) *la concepción, que es el conocimiento que se toma del acto por realizar, es algo como un proyecto de ejecución;*

b) *la deliberación, mediante la cual se estudia la forma y la conveniencia del acto concebido, usando de las facultades síquicas;*

c) *la decisión o resolución, que da término a la deliberación y constituye esencialmente el acto voluntario, y;*

d) *la ejecución, que es la realización del acto voluntario concebido, deliberado y resuelto*⁸⁷.

De lo anterior podemos afirmar, que si el conocimiento de cierta materia no es perfecto porque la facultad superior del entendimiento no está desarrollada en la persona, o carece de él o no está sano, va a crear un acto voluntario erróneo, y si eso ocurre en el consentimiento matrimonial, el matrimonio será nulo. Por su parte, si la voluntad está afectada de vicios, también será un consentimiento carente de validez, y producirá la nulidad del matrimonio.

El consentimiento es un el elemento esencial, indispensable ("*sine qua non*"), para que haya matrimonio, pues éste es un contrato y como tal, requiere de él para que exista, nace por ese querer interno manifestado exteriormente, siendo el matrimonio canónico un contrato, y por lo mismo, debe tener todos los elementos para que aquel sea válido, es por esta razón que no podríamos imaginarlo sin consentimiento; pero el consentimiento matrimonial no es simplemente un elemento del acto jurídico (contrato), es el elemento esencial del matrimonio, de tal manera que por él un hombre y una mujer manifiestan ese querer interno de ser marido y mujer, formando una sociedad perpetua, en un vínculo de vida y amor, sin que el mismo pueda ser suplido por ninguna voluntad humana.

Ese carácter de esencial y necesario que tiene el consentimiento matrimonial, lo expresa el canon 1057, en el cual dispone: "El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir"⁸⁸. Este ha sido siempre un principio universal, y por ello los romanos decían

⁸⁷ Op. Cit. Rapaport, David. Psicología.

⁸⁸ Op. Cit. Código de Derecho Canónico.

que el matrimonio estaba constituido por el consentimiento y no por la cohabitación.

No obstante, tal como lo manifestamos en la primera parte de este estudio, el principio romano que expresa Ulpiano: "*matrimonio facit consensus non concubitus*"(el matrimonio esta constituido por el consentimiento y no por la cohabitación)⁸⁹, no tenía el contenido que hoy se le otorga, pues como el matrimonio clásico se basaba en la *Affectio maritalis*, el consentimiento matrimonial debía existir cada día, pues cuando cesaba se producía la disolución del matrimonio; en cambio, hoy el consentimiento solamente se requiere inicialmente para el surgimiento válido del matrimonio, y no se disuelve por desaparecer esa voluntad matrimonial.

Dentro de las causales de nulidad del matrimonio, los defectos del consentimiento son la base sobre la que reposa la gran mayoría de matrimonios nulos, pues el matrimonio lo produce el consentimiento de las partes sin que ningún poder lo pueda suplir, y para que ese matrimonio sea válido, el consentimiento debe reunir los requisitos exigidos por la ley para que ese acto de voluntad sea legítimo

Ese consentimiento tiene que ser manifestado por personas hábiles según derecho. La capacidad, como se dijo anteriormente, va relacionada con la edad natural que tiene la persona que esté desarrollada, tanto psíquicamente (madurez psicológica) como físicamente, estado que se considera que se adquiere en la pubertad, pero que no es suficiente, ya que si una persona a pesar de tener la edad cronológica requerida, carece del suficiente discernimiento, no puede consentir válidamente y por lo tanto el matrimonio contraído sería nulo. Toda persona es capaz para celebrar el matrimonio mientras que la ley no se lo prohíba, y esas prohibiciones son las que se derivan de la falta de capacidad natural para celebrar el matrimonio y de la incapacidad para consentir.

En el Matrimonio el objeto sobre el cual van a dar su consentimiento los futuros contrayentes, es el producto de la voluntad de dos personas, hombre y mujer, para darse y aceptarse ese derecho, no ya simplemente sobre sus cuerpos sino sobre lo que abarca y constituye el "*ius ad communionem vitae*"⁹⁰, para darse y aceptarse en alianza conyugal, estado que comprende una reciprocidad de valores morales, síquicos, espirituales, jurídicos, económicos, etc. entre los cónyuges.

⁸⁹ Op. Cit. Morineau Iduarte, Marta e Iglesias Gonzáles, Román. Derecho Romano.

⁹⁰ Derecho de vida en comunión.

La voluntad es un acto preponderantemente interno, y como éste por sí solo no produce efectos jurídicos externos, debe ser exteriorizado y legítimamente manifestado, con la manifestación de la voluntad, libre y racional, surge el acto, que es la causa de los deberes, derechos y valores que se manifiestan recíprocamente entre los cónyuges, pues en este acto los cónyuges, en forma interna y verdadera, aceptan el matrimonio con sus fines, propiedades, obligaciones, así los derechos conferidos por los cónyuges no pueden surgir sino por el consentimiento, el cual debe nacer de el conocimiento y de la libre voluntad de los contrayentes, que tiende a la búsqueda del consorcio de vida conyugal, a la comunidad de vida y amor entre los contrayentes, que origina el matrimonio vínculo o sociedad.

Resumiendo lo expuesto anteriormente, podemos decir que para que el consentimiento sea válido y como consecuencia se perfeccione el matrimonio, se requiere:

1. Que sea dado por personas hábiles para consentir:

Sobre este requisito hemos expresado que esa habilidad era legal (cronológica) y natural. Es natural cuando la persona tiene madurez psíquica y madurez hormonal suficiente que le permitan participar de la vida matrimonial, a la cual dan origen con sus voluntades, y que tienden a la formación del consorcio de vida y a la generación y educación de la prole.

El consentimiento matrimonial implica, que el sujeto que ha de contraer no se encuentre dentro de ninguna de las causas previstas por el legislador para inhabilitarlo, ya sea porque su acto quedaría viciado de nulidad o de inexistencia.

El canon 1058 establece el principio fundamental sobre la habilidad de las personas para contraer matrimonio, considerándolo como regla general, de allí, que "*Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe*"⁹¹; de aquí concluimos que toda persona tiene capacidad para casarse, mientras no hayan sido limitadas expresamente por el legislador.

⁹¹ Canon 1058 del Código de Derecho Canónico.

La capacidad constituye la regla y no la excepción, por eso no debe olvidarse que *"se han de considerar invalidantes o inhabilitantes tan sólo aquellas leyes en las que expresamente se establece que un acto es nulo o una persona es inhábil"*⁹², ya que esta norma a su vez se complementa con lo que dispone el canon 18, toda vez que *"las leyes que establecen alguna pena, coartan el libre ejercicio de los derechos o contienen una excepción a la ley, se deben interpretar estrictamente"*.

En este canon también se recoge, el derecho que tiene toda persona a casarse (*ius Connubi*), por el mismo hecho de ser persona. Pero este derecho puede ser regulado, y es esto lo que hace este canon, aunque su formulación sea muy genérica (sólo no pueden aquellos a los que el derecho se lo prohíbe), para evitar así –con la prohibición- daños a la persona o a la Iglesia, es decir, se puede prohibir sólo por razones de bien común. Estas prohibiciones vienen a ser llamadas impedimentos.

Es importante resaltar que la capacidad o habilidad para contraer matrimonio se presenta de dos maneras:

a) *en forma positiva, como calidad que se presenta en la persona del contrayente;*

b) *en forma negativa, como ausencia de impedimentos en los contrayentes, que, de existir, los imposibilite para contraer matrimonio*⁹³.

Así que, por un lado encontramos a los impedimentos dirimentes del matrimonio y por otro a la capacidad para otorgar el verdadero consentimiento matrimonial. *"La ausencia de impedimentos matrimoniales -sostiene Jaime Mans Puigarnau- se requiere para la eficacia del consentimiento, es decir, para que éste produzca un matrimonio válido; la capacidad de las partes se requiere para que pueda haber verdadero consentimiento matrimonial, es decir, para la misma existencia del matrimonio"*

*"En consecuencia, los impedimentos son prohibiciones cuya misión conduce a la nulidad o ilicitud del matrimonio, mientras que la incapacidad consiste en la ineptitud del sujeto para contraer matrimonio, prescindiendo propiamente del acto celebrado o intentado"*⁹⁴.

⁹² Canon 10º del Código de Derecho Canónico

⁹³ Op Cit. Palacio, Hincapié Juan Ángel. Causales de Nulidad del Matrimonio Canónico.

⁹⁴ Mans, Puigarnau Jaime M. Derecho Matrimonial Canónico. Primera Edición. Barcelona 1959.

2. Debe ser mutuo, no de uno solo:

Este requisito es muy importante ya que el matrimonio es un contrato bilateral, por el cual ambas partes se dan y aceptan en alianza conyugal para formar una comunidad de vida y amor. Por ese consentimiento surgen obligaciones para ambas partes y no para una sola. Si uno solo de los contrayentes da su consentimiento y los derechos sobre su cuerpo, pero no los recibe del otro, no hay matrimonio; si solo uno transfiere sus valores morales, espirituales y corporales para unirse en forma perpetua al otro, pero se encuentra frente a otro que no lleva la misma unidad de intención ni persigue esos mismos fines, no se está formando la alianza matrimonial sino un contrato diferente, pues no buscan el mismo objeto.

3. Debe ser libre:

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la libertad como la "*Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos*". Por otra parte, se habla de una actividad humana y voluntaria como aquella que es consciente de los motivos por los cuales obra y se determina el agente, y de los fines que se propone. La voluntad conlleva una propiedad, que es la libertad, el acto voluntario es libre cuando al conocimiento de los móviles y fines que determinan la acción, se junta la posibilidad de elegir lo contrario.

Si la persona no puede autodeterminarse, es decir, que no pueda decidir entre elegir o no elegir su acto, aunque sea acto del hombre, no será acto humano ya que a su voluntad le falta la libertad, esta ausencia no sólo se da cuando alguien actúa y obra por coacciones o fuerzas externas, sino también cuando lo hace por impulsos internos, es decir, cuando por una fuerza interior originada en una necesidad interna del sujeto o por creación de su propia psiquis, debe decidirse por sí mismo para actuar. Se puede decir, que puede la voluntad estar viciada no sólo por una coacción o fuerza exterior, sino también por la denominada falta de libertad interna que se origina en el ser mismo de la persona con exclusión de cualquier causa externa, aunque puede incidir en ella indirectamente.

Al respecto cabe señalar que el código cuando regula el vicio que afecta la voluntad, se refiere únicamente a la coacción o fuerza externa.

En matrimonio, el consentimiento como acto de la voluntad debe ser esencialmente un acto humano debido a la gravedad de las obligaciones y de las cargas inherentes al contrato. Así mismo la libertad psicológica -capacidad de autodeterminación- debe estar presente al máximo, sin mutilaciones, ya que en los negocios jurídicos onerosos y que contienen deberes como en el matrimonio, es necesario el consentimiento para su existencia. El consentimiento matrimonial debe ser libre de todo tipo de coacción o condicionamientos; de lo contrario no será apto ni verdadero consentimiento.

Todo acto humano es un acto psicológico libre, pero dada la trascendencia del acto matrimonial, la libertad del consentimiento tiene que ser proporcionada a la magnitud del matrimonio, sin que sea suficiente la libertad que se exige para otro negocio jurídico dentro de la actividad común del individuo.

Puede, por tanto, darse en un contrayente un factor que, sin que suprima su libertad, lo faculte frente al derecho para realizar cualquier otro acto, pero sin embargo su grado de disminución es tal, que deje de ser proporcionada a la trascendencia del matrimonio y con ello lo haga inepto para consentir en el matrimonio. Así, para que la voluntad esté privada de la libertad, no es necesario que el contrayente sea completamente incapaz de sus actos, ya que puede ser dueño de algunos de ellos pero no tener la aptitud para dar el consentimiento matrimonial por no ser suficiente su autodeterminación para consentir en el matrimonio.

Haciendo un examen sobre los distintos factores que pueden privar a la persona de su libertad interior, encontramos que las causas de los defectos de libertad interna son heterogéneas y varias. En ocasiones estos defectos provienen de deficiencias patológicas, por ejemplo: la psicastenia, psicosis, neurosis, ideas delirantes, las paranoias, anomalías, sexuales, psicopatías o sociopatías; pero también puede derivar de circunstancias transitorias y ocasionales⁹⁵. Puede darse una concurrencia tal de circunstancias que verdaderamente ofusquen a la persona y le priven de la libertad para contraer.

⁹⁵ Op Cit. Rapaport, David. Psicología.

Puede tratarse de una presión que confunde de tal forma que bajo circunstancias personales, familiares, ambientales, cuya influencia sobre la persona se puede ocasionar un estado tal de ofuscación que no sea capaz ni de discernir ni tenga opción válida de elegir; circunstancias de esta índole pueden ser el embarazo de la mujer, la situación familiar, falta de libertad interna que nunca deberá medirse con argumentos de laboratorio, teóricos o apriorísticos; es esa libertad en sentido psicológico, la que se precisa para que haya consentimiento matrimonial, es decir, influencias, circunstancias, presiones, ilusiones, etc., de forma tal que la persona se encuentre en unas circunstancias normales de elección y pueda realizarla adecuadamente.

En el mismo sentido y refiriéndose a la falta de libertad interna, el Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de España, expresa:

"De diversa naturaleza pueden ser los factores (que podemos llamar "motivaciones", usando un término técnico de la psicología contemporánea que con él significa el conjunto de fuerzas interiores que dan energía y dirección a la actividad síquica), gravemente disminuidores de la libertad hasta hacer que ésta no sea proporcionada al matrimonio.

"Decimos que esas 'motivaciones' pueden ser de diversa naturaleza; porque entendemos que ese efecto no lo producen solamente las motivaciones patológicas como, por ejemplo, las obsesiones, las fobias, etc., sino que pueden también producirlo las motivaciones que aún no siendo patológicas revisten una peculiar gravedad como, por ejemplo, un temor extraordinario a tener que soportar un conjunto de males graves si no se accede a la celebración del matrimonio; ese temor extraordinario puede efectivamente influir tanto en el contrayente, que éste se vea prácticamente imposibilitado de elegir entre los dos extremos de la alternativa (o afrontar lo que se teme o celebrar el matrimonio) por estar imposibilitado de dominar aquello a lo que el temor le arrastra -la celebración del matrimonio- como medio de librarse de lo que teme; en este caso el contrayente está determinado "ad unum" -celebración del matrimonio- por a motivación- el temor-sin tener la posibilidad de superar esa motivación y en consecuencia de evitar ese 'unum'; en este caso el contrayente podrá conservar la libertad suficiente de realizar otro acto humano, como el de querer la celebración del matrimonio, pero no conservará la libertad suficiente para realizar el consentimiento matrimonial.

"Es evidente que cuando hablamos de imposibilidad de dominar la fuerza interior determinante de la voluntad, no nos referimos a una imposibilidad absoluta, física, sino a una imposibilidad práctica, humana, porque es una imposibilidad que se sitúa en el campo de los actos humanos"⁹⁶.

4. Debe ser deliberado:

Cuando se dice que es deliberado, quiere decir que es suficientemente serio y meditado para que de esta forma la persona pueda asumir las obligaciones del matrimonio, y que esta deliberación llegue libremente, sin vicios que afecten la voluntad. El matrimonio es un acto de carácter indisoluble, de la cual emanan serias obligaciones, y mientras más graves sean las obligaciones, más exigente debe ser la ley sobre el otorgamiento del consentimiento. Se requiere meditación sobre la esencia del matrimonio, que tenga el conocimiento de que se esta constituyendo una sociedad para procrear hijos, para el bien de los cónyuges, y que dicha sociedad es perpetua, formando un consorcio de vida conyugal al cual llegan por su mutua y libre voluntad.

5. Debe ser ponderado:

La característica para que el consentimiento sea deliberado, conlleva que el mismo sea ponderado, es decir, que el sujeto dotado de una completa capacidad crítica, estimativa y valorativa, incline su voluntad hacia el matrimonio en forma consciente, es decir, que el sujeto ha sopesado todas las consecuencias de su acto y no obstante ha decidido asumir sus obligaciones. En la persona que produce el acto de voluntad que origina el consentimiento, no sólo se requiere el uso de razón por la cual se da cuenta, es consciente de lo que hace, sino la discreción de juicio por la cual el sujeto tiene la madurez personal, la madurez de juicio suficiente, la capacidad crítica y estimativa sobre lo que hace al dar su consentimiento. "La falta de discreción de juicio" entraña, según el ordenamiento canónico, una verdadera incapacidad de la persona para producir un auténtico raciocinio acerca de los derechos y de los deberes esenciales del matrimonio, que mutuamente se han de dar y aceptar los esposos.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal de la Sagrada Rota Romana, 10 de marzo de 1986 tomada de Op. Cit. Mans, Puigarnau Jaime M. Derecho Matrimonial Canónico.

“Como enseña la psicología, las actividades fundamentales del entendimiento se reducen a estas tareas: la deliberación, el juicio y el raciocinio”⁹⁷. El intelecto puede simplemente producir una idea a partir de estímulos sensoriales actuales (la percepción) o pasados (el recuerdo), pero con ello ni juzga ni razona. El juicio es algo más: es acto de la mente por el cual se distingue la identidad o la oposición de dos ideas u objetos.

El raciocinio es un proceso mental del cual se deriva una conclusión de proposiciones establecidas previamente. Esta es la función propiamente intelectual; la que hace que el entendimiento ilumine al hombre y le muestre el camino que ha de seguir en la vida. Es lo que se llama facultad 'crítico valorativa'. A esta facultad se refiere la sentencia c. Feliici, de 3 de diciembre de 1957 (SRRD, vol.49, pp 788-89, n.2-3), cuando señala que 'la facultad crítica es la fuerza de juzgar y razonar, es decir, de afirmar o negar una cosa respecto de otra, de comparar unos juicios con otros para inferir de dicha comparación un juicio nuevo'. Como indica la misma sentencia, 'sólo esta facultad crítica puede formar y excitar los actos de la voluntad libre' y sólo merced a ella "se hace la persona responsable de sus propios actos"⁹⁸

Se requiere por tanto en el contrayente, para que exista consentimiento matrimonial, la posesión y el uso de dicha facultad crítico valorativa: o lo que es lo mismo, madurez de la mente y de la voluntad. Siendo, como es, un pacto o contrato gravísimo, importantísimo para el destino humano, con proyección de futuro y no sólo de presente, indisoluble, con apertura natural a unas obligaciones muy serias, es claro que la decisión humana, que le da origen, tiene que ser una decisión muy cualificada: el fruto de un verdadero raciocinio en el sentido indicado.

La Jurisprudencia Rotal señala que:

Se separa en forma definitiva del simple concepto de uso de razón para capacitar el consentimiento y va más allá exigiendo capacidad estimativa y ponderativa para la existencia de un verdadero consentimiento matrimonial, obligante para quien lo expresa; al respecto dijo:

"El citado canon 1081, & 2, define el consentimiento matrimonial, y el siguiente canon describe el conocimiento prácticamente necesario acerca la naturaleza del matrimonio para que el consentimiento de los contrayentes pueda crear el sagrado

⁹⁷ Op. Cit. Rapaport, David Psicología.

⁹⁸ Op. Cit. Bernandez , Cantón Alberto. Compendio de Derecho Matrimonial Canónico.

vínculo Mas, los hombres dotados del conocimiento descrito, contraen válidamente, en tanto que sus actos volitivos comprendan, al menos implícitamente, todo cuanto es necesario conocer; por tanto, basta con la intención de contraer en igual forma que los restantes hombres cristianos celebran el matrimonio.

No pocos de los modernos psicólogos, y en dependencia de ellos, los psiquiatras, enseñan que para realizar un acto humano, y consiguientemente para prestar consentimiento matrimonial, no basta con el simple uso de la razón y el acto formal de la voluntad, sino que se requiere además la apreciación o estimación del objeto, que contenga el elemento no sólo cognoscitivo, sino también apetitivo y por ello la función, tanto de la razón como de la voluntad. Antes bien, los hay que establecen como una tercera facultad de estimar suficientemente la naturaleza e importancia del objeto del acto de la voluntad, y exigen siempre esta ponderación previa. ...

*La doctrina de la psicología moderna, empleando la forma de nuestra escuela, puede exponerse brevemente así: Para que el objeto de la voluntad pueda decirse apetecido o querido por el hombre por un acto deliberado y libre, **se** requiere que su valor haya sido previamente apetecido o querido, por lo menos en cuanto a la sustancia. El valor es la propia bondad del objeto, en cuanto es conveniente y apetecible, es decir, es aquello en que y por razón de lo que la voluntad, según su específica propiedad, se dirige al objeto. Por lo cual no puede decirse que la voluntad, por el modo que le es propio, apetezca y desee algún objeto, si no alcanza el valor del objeto, en cuanto a la sustancia. Pero el valor del objeto no puede ser apetecido por un acto humano si antes no fuese conocido y ponderado. Así, pues, el hombre que no puede percibir y ponderar el valor (estético, social, ético o jurídico) de algún objeto, por esta razón debe ser tenido por incapaz en aquel mismo orden estético, social, ético o jurídico) para apetecer y querer este objeto por un acto deliberado y libre; y si con todo pasare a apetecerlo, el acto positivo en el respectivo orden será nulo, puesto que en este orden no procedería de la deliberada y libre voluntad. ...*

Ante todo hay que decir que la doctrina del valor tal como la proponen los modernos psicólogos, sin excluir a los autores católicos, sustancialmente no era desconocida de la antigua filosofía escolástica, esto aparece inmediatamente si se estudia con cuidado lo que los autores escolásticos enseñan sobre la aprehensión y apetencia del bien, tanto de orden racional como de orden meramente sensitivo....

...Por lo demás, hay que recordar que, según la doctrina de los autores escolásticos y la jurisprudencia eclesiástica, no basta en absoluto el mero uso de razón para prestar válidamente el consentimiento matrimonial, esto es, para el previo conocimiento de la naturaleza del matrimonio descrito en el citado canon 1082, sino que además se requiere una discreción y madurez de juicio que sea proporcionada al contrato matrimonial que se ha de celebrar. Pues, como enseña Sto. Tomás: 'Se requiere una mayor discreción para proveer respecto al futuro que para consentir en un acto presente; y, por lo tanto, antes puede el hombre pecar mortalmente que obligarse a algo'.

Tómese en cuenta que en sentido psicológico se presenta la inmoralidad que debe entenderse como la incapacidad de valorar de modo debido el sentido ético y de dirigir, según esta estimación, el propio modo de obrar. No debe ser considerada, por tanto, en sentido teológico, como incapacidad de conocer conceptualmente la deshonestidad e ilicitud de algún acto y así de contraer culpa. Ambos sentidos están relacionados íntimamente, puesto que bien podemos preguntar si puede contraer culpa teológica aquel que no pueda estimar el valor ético. Pero los psicólogos y psiquiatras, que se mantienen dentro de su propio campo, no suelen estudiar ni examinar este aspecto de la inmoralidad....

16. De ningún modo puede sostenerse que la inmoralidad constitucional, cuya teoría adoptaron Tanzi y muchos otros psiquiatras que le siguieron, no sea otra cosa que una especie de enfermedad mental⁹⁹.

⁹⁹ Jurisprudencia del Tribunal de la Rota Romana (Dist. 27, q. 2º Art. 2, ad. II. S. TH.)

6. El consentimiento debe ser verdadero:

Esto significa que debe ser serio, que debe ser un consentimiento interno en virtud del cual los cónyuges se transfieren el derecho para formar esa íntima comunidad de vida y amor y por tanto darse y aceptarse ese "*ius ad communionem vitae*" que es el matrimonio y, para que pueda hablarse de la existencia del mismo y por tanto del consorcio de vida conyugal, en el cual se entregan y aceptan como personas, en un intercambio de valores para su complemento y perfección, para su mutua ayuda y convivencia, para una vida familiar que toma su máxima expresión en la existencia de los hijos, para una íntegra relación interpersonal que conlleva aceptación total de toda la persona; de no ser así no sería verdadero el consentimiento y por tanto, no habría matrimonio. A este requisito se opone el consentimiento simulado o ficticio, pues no existe manifestación externa de la voluntad sino que debe corresponder al querer interno del contrayente. De allí que quien excluya una propiedad esencial o un elemento esencial de este, contrae inválidamente (can. 1101).

El canon 1101 señala que:

§1 El consentimiento interno de la voluntad se presume que está conforme con las palabras o signos empleados al celebrar el matrimonio.

§2 Pero si uno de los contrayentes, o ambos, excluye con un acto positivo de la voluntad el matrimonio mismo o un elemento esencial del matrimonio o una propiedad esencial, contrae inválidamente.

En este canon encontramos 2 párrafos. En el § 1º se establece que de *iure*, se presupone que el que da su consentimiento exterior al matrimonio lo está haciendo interiormente, es decir, que cuando uno se casa lo hace queriendo hacer lo que está haciendo. El § 2º establece que si uno de los contrayentes excluye con un acto positivo de la voluntad nos hallamos ante un caso de nulidad, pues se ha dado una simulación total, ya que afecta los elementos esenciales y de validez, por ello el matrimonio es nulo mediante un acto positivo de la voluntad y no surte sus efectos ni cumple con sus fines, por ejemplo: cuando uno se casa sin que sea su voluntad. Este hecho afecta a lo esencial del matrimonio, pero también puede darse una simulación parcial, que se presenta cuando dicho acto se encuentra viciado de uno de sus elementos de validez y varios esenciales el acto esos vicios afectan la misma validez del contrato por un acto de la voluntad se excluye una cualidad inherente al matrimonio.

Este canon es origen de infinidad de causas de nulidad, pero también es el más difícil de demostrar, ya que no es fácil encontrar datos o indicios que nos indiquen que ha habido una simulación, ya sea total o parcial, a la hora de contraer el matrimonio.

7. Que sea externamente manifestado:

Es el querer interno de la persona para que produzca efectos en el mundo exterior, debe ser manifestado por signos conocidos por la otra parte en cuyo favor se emite el consentimiento, puede hacerse de palabra, por signos, o señas, dependiendo de la posibilidad de hacerse entender que tenga la persona; de ahí que el legislador haya previsto el matrimonio por medio de intérprete en el canon 1106, cuando fuere necesario. Por ello, el canon 1057 señala que el consentimiento debe ser legítimamente manifestado, obliga observar la forma y cumplir con las solemnidades que prescriba la ley.

Esa manifestación del consentimiento podrá ser por procurador; no obstante el código exige la presencia de los contrayentes cuando estos pueden hacerlo personalmente, lo cual no es impedimento para que se pueda suplir por un procurador, de con previsiones del canon 1104.

C1104

§1 Para contraer válidamente matrimonio es necesario que ambos contrayentes se hallen presentes en un mismo lugar, o en persona o por medio de un procurador.

§2 Expresen los esposos con palabras el consentimiento matrimonial; o, si no pueden hablar, con signos equivalentes.

Este canon señala que, para que exista matrimonio válido deben los contrayentes estar presentes en el mismo lugar (párrafo 1) y que estos expresen, por palabras o signos equivalentes (párrafo 2), el consentimiento matrimonial. Se recoge también la posibilidad de la presencia por procurador de uno de los contrayentes (párrafo 1).

8. Que ese consentimiento se emita en relación a una persona cierta y determinada:

El matrimonio es un contrato de los denominados "*intuitu personae*"¹⁰⁰, por lo tanto, el consentimiento no puede ser abstracto si no dirigido a la aceptación por otra persona determinada. Si se dice otorgo mi consentimiento para casarme con una persona inteligente, estaríamos apenas frente a una posible oferta pero no en la celebración del acto matrimonial. De ahí que sea requisito del consentimiento que el sujeto conozca bien con quien ha de casarse pues si existe algún error, ya sea en la persona o en las cualidades que directa y principalmente persigue o cree el contrayente, contrae un matrimonio inválido; o si por una artimaña uno de los contrayentes provoca el consentimiento en el otro, también se pierde la bondad del acto de voluntad y el matrimonio así celebrado; estará viciado de nulidad.

9. Debe cumplirse con todas sus formalidades:

Este requisito está íntimamente relacionado con el de exteriorización del consentimiento al que se hizo referencia con anterioridad, y que para el caso significa simplemente que ese consentimiento sea manifestado y recibido por el Ordinario o el párroco del lugar de celebración o por un delegado de éstos y en presencia de dos testigos. Queda aquí descrita la forma ordinaria de celebración, pero como se verá, también puede darse el caso de un matrimonio que haya que celebrarse por la forma extraordinaria que, como su nombre lo indica, es para casos de excepción previstos por el legislador (c. 1116).

C1116

§1 Si no hay alguien que sea competente conforme al derecho para asistir al matrimonio, o no se puede acudir a él sin grave dificultad, quienes pretenden contraer verdadero matrimonio pueden hacerlo válida y lícitamente estando presentes sólo los testigos:

1º. en peligro de muerte;

¹⁰⁰ Entre personas.

2º. *Fuera de peligro de muerte, con tal que se prevea prudentemente que esa situación va a prolongarse durante un mes.*

§2 *En ambos casos, si hay otro sacerdote o diácono que pueda estar presente, ha de ser llamado y debe presenciar el matrimonio juntamente con los testigos, sin perjuicio de la validez del matrimonio sólo ante testigos.*

Recoge una serie de casos excepcionales:

Párrafo 1º: se trata en este párrafo de los casos en los que hay ausencia de ministro autorizado para la asistencia al matrimonio. Se recoge entonces que el matrimonio puede ser contraído válida y lícitamente ante 3 testigos. Se recogen dos casos:

-En peligro de muerte

-O si la ausencia de persona autorizada va a durar más de un mes

Párrafo 2º: sin contradecir lo anterior, se establece que si hay un sacerdote o diácono que pueda estar presente aunque no sea autorizado, debe ser llamado y estar presente, junto con los testigos.

10. Debe ser exento de todo vicio:

Los vicios que afectan el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo; no obstante, ha sido criterio generalizado en todas las legislaciones el no considerar el dolo como vicio que pueda afectar el consentimiento matrimonial. En este sentido existe la posibilidad de declarar la nulidad del vínculo matrimonial cuando el consentimiento hubiere sido obtenido mediante la utilización de actos engañosos que induzcan al otro contrayente a inclinar su voluntad y la jurisprudencia era reacia a admitirlo en sus sentencias.

El nuevo código de derecho canónico presenta como innovación en los vicios del consentimiento la consagración positiva del denominado error doloso o error provocado, que no es más que la sanción del acto jurídico por la presencia

del dolo en la producción del consentimiento. Por lo demás, la fuerza y el error siguen rigiendo con algunas variaciones en su conformación.

Es importante señalar que los vicios del consentimiento son de naturaleza distinta a las causales de incapacidad consagradas por el canon 1095, pues si bien es cierto ellos imposibilitan la producción de un consentimiento sano, la presencia de éstas conlleva a que la persona ni siquiera pueda contraer matrimonio.

C1095

Son incapaces de contraer matrimonio:

1º. Quienes carecen de suficiente uso de razón:

2º. Quienes tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar;

3º. Quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica.

De este se recoge a los que están impedidos para contraer válidamente el matrimonio. El primer caso no ofrece duda, pues hace referencia a aquellos que carecen de uso de razón. En el 2º y en el 3º se recogen los casos en los que alguno o los dos contrayentes tienen un defecto grave (alguna enfermedad psicológica) o causas psíquicas que les impiden conocer o asumir los derechos y deberes esenciales del matrimonio. Este punto plantea problemas a la hora de dirimir la validez del matrimonio pues es difícil determinar si una persona era consciente (tenía un lúcido intervalo) en el momento del matrimonio.

Además de la consagración específica tratada en el canon 1095, el cual regula en los dos primeros numerales, en forma concreta, los defectos que incapacitan a la persona para consentir, originados en el uso de razón o en la voluntad, existen otros vicios del consentimiento que generan nulidad del vínculo y que afectan, en unos casos el entendimiento y en otros, la voluntad.

El consentimiento matrimonial puede estar viciado por diferentes causas como la ignorancia sobre algunas cosas, conforme lo veremos, que impiden al entendimiento tener la luz necesaria para ilustrar a la voluntad y hacer que ésta tome su decisión en forma adecuada; como el error que afecta al entendimiento para conocer la verdad, ya sea sobre la persona o ya sea que recaiga sobre sus

cualidades; la simulación que implica una disconformidad entre la voluntad y la manifestación externa del consentimiento; y la condición de futuro, o en sus otras formas, cuando atente contra el matrimonio. Estos vicios del consentimiento están tratados en los cañones 1096 al 1103 del nuevo código.

La ignorancia es definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como " Falta de ciencia, de letras y noticias, general o particular". La ignorancia que aquí se trata es la que se refiere al contrayente, cuando no sabe que es el matrimonio. El canon 1096 dispone que para que pueda haber consentimiento matrimonial, los contrayentes deben saber que el matrimonio es un consorcio permanente entre el varón y la mujer, ordenado a la procreación de los hijos mediante una cierta cooperación sexual.

C1096

§1 Para que pueda haber consentimiento matrimonial, es necesario que los contrayentes no ignoren al menos que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual.

§2 Esta ignorancia no se presume después de la pubertad.

Se regula en este canon el conocimiento mínimo que los contrayentes deben tener de cara a contraer el matrimonio. Es decir, que teniendo ya uso de razón (7 años según el código) se puedan también asumir las tareas propias del matrimonio. Esta edad se establece en la pubertad (12 para la mujer, 14 para el hombre) después de la cual no se presupone esa ignorancia de los fines del matrimonio.

De acuerdo con la redacción del código, la sabiduría necesaria para casarse, no se refiere al máximo grado de instrucción sobre el matrimonio, ni se precisa de un conocimiento técnico, perito, culto o muy refinado sobre el mismo, sino un conocimiento común, normal aún para las personas más incultas y sin instrucción, pero que se le puede exigir a una persona que vive dentro de una sociedad, sea urbana o rural, toda vez que el canon no exige que las personas conozcan, sino que "no ignoren", concepto en el cual se enmarca la noción superficial sobre las cosas.

El código utiliza la expresión "cierta cooperación sexual" para despejar toda duda y excluir las interpretaciones absurdas sobre el asunto, pues sólo quien tiene esa apreciación puede casarse. Basta que los contrayentes sepan que para la generación de los hijos es necesaria una cooperación sexual, sin que requiera un

conocimiento científico o exacto de la realización de la cópula y sus consecuencias biológicas. El matrimonio es nulo si se cree que los hijos vienen de París o los trae la cigüeña, pues hay ignorancia de la naturaleza del matrimonio, toda vez que es indispensable que los sujetos sepan que los hijos vienen mediante cierta colaboración sexual.

Por eso la Sacra Rota Romana en decisiones reiteradas ha dicho: "... que tampoco es necesario que los cónyuges conozcan exactamente la forma como se procrean los hijos, en tanto sepan que éstos son engendrados por su mutua cooperación. Por ello, el mismo Emmo. autor (ob. y lug. cit., n. 791), -se refiere a la obra de Gasparri denominada "De matrimonio"-, mientras declara inválido el matrimonio de aquellos cónyuges que lo contrajeron como sociedad meramente amical, ignorando enteramente que el fin del matrimonio es la procreación de los hijos; en cambio, tiene por válido el matrimonio de aquella joven que, consintiendo en el mismo, sin saber que los hijos se tienen mediante la cópula carnal, y aun ignorando en qué consiste ésta, sabe, empero, que el matrimonio es una sociedad con el varón, el cual procrea hijos con la mujer", (sentencia del 20 de enero de 1926, coram Grazioli)¹⁰¹.

Si se prueba, por lo tanto, que una persona se casó sin este conocimiento exigido por el código, entonces el consentimiento de ésta está viciado por la ignorancia y por tanto su matrimonio es inválido, según el canon 1086. No obstante se debe aclarar que para la validez del acto no basta que los contrayentes conozcan la naturaleza de los actos de procreación, esto es, para engendrar prole, es necesario, además que sepan que se trata de una sociedad permanente entre un hombre y una mujer y que dicha sociedad está ordenada a la procreación de los hijos mediante la cooperación sexual.

C1086

§1 Es inválido el matrimonio entre dos personas, una de las cuales fue bautizada en la Iglesia católica o recibida en su seno y no se ha apartado de ella por acto formal, y otra no bautizada.

§2 No se dispense este impedimento sino se cumplen las condiciones indicadas en los cánones. 1125 y 1126.

¹⁰¹ Op. Cit. Mans, Puigarnau Jaime M. Derecho Matrimonial Canónico.

§3 Si, al contraer el matrimonio, una parte era comúnmente tenida por bautizada o su bautismo era dudoso, se ha de presumir, conforme al can. 1060, la validez del matrimonio, hasta que se pruebe con certeza que uno de los contrayentes estaba bautizado y el otro no.

En este canon se trata del impedimento de disparidad de culto. Esto es, cuando en un matrimonio uno de los contrayentes es bautizado y el otro no. Se han de dar tres condiciones:

1. Que el bautizado lo sea en la iglesia católica
2. Que aún siendo bautizado en otra iglesia, se adhiera a la iglesia católica
3. Que no haya habido pública renuncia (apostasía) de la fe católica.

Este impedimento es dispensable, aunque se establecen como condiciones lo que se recoge en los cánones 1125-1126.

El § 3º recoge el caso de que, creyendo los dos contrayentes estar bautizados, se descubre y se prueba que uno de ellos no lo está; mientras esto no quede probado el matrimonio será válido, a tenor de lo que decía el canon 1060, una vez probado esto el matrimonio será declarado nulo.

Desde luego, el legislador trae una presunción que admite prueba en contrario, consistente en que llegada la pubertad en el individuo, llega con ella el conocimiento exigido para contraer matrimonio. De ahí que en la misma jurisprudencia la Sacra Rota Romana dijo:

"... Como sea que la experiencia cotidiana nos enseña cuál sea la índole del matrimonio, y principalmente que sólo nacen hijos de la unión del varón y la mujer, y que la propia naturaleza nos adoctrina sobre ello, puede admitirse muy difícilmente y casi por excepción que se dé alguien que, después de alcanzada la pubertad o de haber llegado a la edad para contraer matrimonio, ignore que éste es una sociedad permanente entre el varón y la mujer para procrear hijos¹⁰²"...

¹⁰² Op. Cit. Mans, Puigarnau Jaime M. Derecho Matrimonial Canónico.

EL ERROR

Es la representación falsa de algo; es la discrepancia que existe entre el contenido mental o intelectual y la realidad. Por la ignorancia se carece de conocimiento, por el error se tiene un conocimiento falso. En el conocimiento existe la aprehensión simple de una cosa y se da también el juicio que formamos sobre ella. Por tanto hay no sólo error cuando la aprehensión de una cosa falsa sino cuando el juicio que formamos sobre ella es igualmente falso.

Clases de error.

El error puede ser de hecho o de derecho, el error de derecho, es el de la persona que tiene una idea falsa sobre la naturaleza del matrimonio o sobre sus propiedades y el error de hecho en el matrimonio es el que recae sobre la persona o sobre sus cualidades.

1. El error de hecho en la persona

En cuanto al error en la persona, que es un error sustancial, el canon 1097 afirma que cuando éste se presenta invalida el matrimonio. Esta es una disposición que hace referencia a la identidad física del contrayente, como cuando alguien se quiere casar con una persona y se casa con otra a la que nunca ha visto.

Este error en la persona, es muy raro en la práctica, toda vez que solamente podría presentarse en el matrimonio por procurador, o en el caso de una persona ciega, o yéndonos a un caso más hipotético, cuando se celebra el matrimonio en circunstancias que hagan imposible detallar a las personas, como ocurre cuando se celebre en un recinto oscuro. No cabe duda que si este error se da, el matrimonio es nulo.

2. Error de hecho en las cualidades

El error en las cualidades es un error accidental que, al contrario del error sustancial, no genera la invalidez de éste. Por ello, tanto el código de 1917 como el nuevo, mantienen como principio que el error en las cualidades, aunque sea la causa del contrato, no hace nulo el matrimonio (c. 1097).

C1097

§1 El error acerca de la persona hace inválido el matrimonio.

§2 El error acerca de una cualidad de la persona, aunque sea causa del contrato, no dirime el matrimonio, a no ser que se pretenda esta cualidad directa y principalmente.

En este canon se habla del matrimonio contraído con error. Este es un juicio falso sobre algo, pero tomando por verdadero. Hay dos tipos de error, de hecho y de derecho. Este último es el que se da sobre la naturaleza de las cosas y el alcance de la ley y la norma. El error de hecho se da cuando se duda sobre la existencia de algunas cosas necesarias para el cumplimiento de la ley.

En derecho matrimonial, el error de hecho se da cuando uno se casa con otra persona distinta a la que pensaba casarse (§ 1), ya que este error afecta al mismo objeto del contrato. El § 2º se fija en los casos en los que el error no se da sobre la misma persona sino sobre una cualidad de esa persona. Este error sobre una cualidad no dirime, de por sí, el matrimonio, pues este tipo de error es accidental, sin embargo, el canon recoge que, si esa cualidad es sustancializada, es decir, puesta por encima de todo por uno de los sujetos y esa cualidad luego no se da, el matrimonio es inválido (por ejemplo, "yo me quiero casar con fulanita que es rica" no es lo mismo que "yo me caso con una rica que es fulanita", en el primer caso, aunque esa cualidad -riqueza- no se dé, el matrimonio no se dirime, en el segundo caso sí, porque la cualidad ha sido puesta por encima de la persona).

Ahora bien, estos casos sólo se pueden dar cuando la cualidad de la persona no es ocultada conscientemente, pues sería entonces dolo y entraría en los casos del canon 1098 ni tampoco ha de ser puesta como condición de futuro, pues entraría en los casos del canon 1102 § 1.

Esto es así porque el error accidental nunca excluye el consentimiento, salvo que la existencia de la cualidad se hubiera colocado como condición sine qua non para la celebración del acto, evento en el cual la jurisprudencia ha declarado la invalidez del mismo. Al respecto, la Rota Romana ha dicho:

"... El error acerca de las cualidades de la esposa, o sobre la fortuna, aunque provenga de dolo o simulación de la otra parte y dé causa al contrato, según una muy constante regla de derecho, no irrita el matrimonio- De ahí se infiere que es válido el matrimonio que Ticio contrae con Caya, pensando, o creyendo al que lo afirma falsamente, que aquella está sana, o que es virgen, rica o virtuosa, cuando, por el contrario, está enferma o desflorada, y es pobre o entregada a los vicios; aunque tal tasa persuasión fuere la causa de haberse casado con ella, no habiéndolo hecho si hubiese sabido lo contrario. Ello no obstante, a no ser que el error de la cualidad redunde en error de la persona, para cuyo caso se da otra regla, que establece que el error de tal clase irrita y dirime el matrimonio.-.; o también a menos que la cualidad hubiese sido añadida al consentimiento matrimonial como verdadera condición sine qua non, porque entonces el matrimonio será válido o inválido, según que aquello en que la condición | consiste, exista o no (canon 1092, 4o.)" (coram Guglielmi, sentencia del 11 de junio de 1930¹⁰³...

a) El error redundante

De acuerdo con el código canónico de 1917, por el contrario, si el error en la cualidad redundante en error acerca de la persona misma, dicha cualidad pasa a Insustancial y da lugar a la nulidad del matrimonio mismo.

Ahora, el concepto de error redundante generó diversas tesis de interpretación para su aplicación. En principio el código, al hablar del error redundante en la persona, estaba haciendo énfasis en la identificación física de la misma, se hacía referencia a una dignidad o cualidad que sólo tenía esa persona en el mundo, que la individualizaba de todos, por ejemplo ser primogénito del rey, o gemelo de otro, etc. constituyendo un concepto de difícil y restringida aplicación.

¹⁰³ Op Cit. Mans, Puigarnau Jaime M. Derecho Matrimonial Canónico.

La Rota Romana, coram Mannucci, dijo sobre el error redundante el 20 de junio de 1932:

...Mas el error de cualidad redundo por consiguiente en la persona, cuando alguien queriendo contraer con otra persona, cierta y determinada por aquella cualidad, por ejemplo: con la primogénita del rey, ausente y desconocida, se casa engañado con esta mujer presente, que finge ser aquella persona; pues es indiferente determinar a una persona por su nombre, o por una cualidad individual. Pero si alguien conoce a esta mujer, que se jacta de ser la primogénita del rey, y creyéndola tal, contrae matrimonio con ella, no hay error de cualidad que redunde en error de la persona, porque falta el error de ésta, sino que es un simple error de cualidad que da causa al contrato, el cual no obsta a su validez, a menos que la cualidad hubiese sido impuesta como condición "sine qua non"¹⁰⁴.

Ahora, el tratamiento del error redundante ha generado diversas posiciones para su aplicación, dicho por la Rota en la sentencia coram Heard del 21 de junio de 1941:

"... Primera: La cualidad redundo en la sustancia, cuando alguien pretende contraer actualmente bajo la condición de tal cualidad; pues entonces se verifica aquello de que, faltando la condición, falta también de todo el consentimiento...

La segunda: Cuando la cualidad no es común a otras personas, sino propia e individual de alguna determinada, como por ejemplo sería si alguien creyere contraer con la primogénita del rey de España.

La tercera regla que propone Santo Tomás, y que siguen Escoto y otros, es la de que si el consentimiento versa directa y principalmente en la cualidad, y menos principalmente en la persona, entonces el error en la cualidad redundo en la sustancia; y al revés, si el consentimiento versa principalmente en la persona y secundariamente en la cualidad; por ejemplo, si alguien dijese: "quiero casarme con Ticia, que creo que es noble", entonces el error no redundo en la sustancia, y por ello no invalida el matrimonio. Por el contrario, si dijese: "Quiero casarme con una noble, que pienso que lo es Ticia". Entonces sí que el error redundaría en la sustancia, puesto que directa y principalmente pretendía la cualidad, y menos principalmente la persona"...

¹⁰⁴ Op. Cit. Mans, Puigarnau Jaime M. Derecho Matrimonial Canónico.

b) El error en la cualidad directa y principalmente perseguida

El nuevo código cambia el error redundante por el error en la cualidad directa y principalmente perseguida.

Todas esas dificultades de interpretación fueron conduciendo a la jurisprudencia a fijar como excepción, que el error en la cualidad directa y principalmente perseguida, tercera regla Alfonsiana, generaba nulidad del matrimonio canónico. Así, por ejemplo, vemos desde 1932 una sentencia coram Wynen, dictada el 23 de julio en la cual la Rota Romana expresa:

" ... Por ello, si alguien añade a su consentimiento matrimonial, por un acto de su voluntad, permaneciendo al menos virtualmente, alguna cualidad deseada en la otra parte, como condición sin la cual no quiere contraer, de hecho no contrae, si falta aquella cualidad, o, dicho de otro modo, si la condición no hubiese sido purificada. La cual "purificación" debe entenderse empero "según la verdad de la cosa", de suerte que no debe considerarse en absoluto que el contrayente se haya separado de la condición impuesta, si hubiese creído falsamente que esta condición ya se había verificado. Pues la condición, una vez puesta, y por lo menos permaneciendo virtualmente, afecta al propio consentimiento matrimonial, cuya esencia se ha incorporado, y lo rige, a menos que el contrayente hubiese revocado positivamente su condición...."

Toda esta jurisprudencia mencionada, lleva al legislador de 1983 a establecer en el canon 1097,2 "El error acerca de una cualidad de la persona, aunque sea causa del contrato, no dirime el matrimonio, a no ser que se pretenda esta cualidad directa y principalmente"¹⁰⁵.

De acuerdo con esto, hay nulidad cuando la persona se casa exclusivamente porque su novio era médico, piloto, rico, etc., y resultó no serlo. Es una cualidad que pueden tener muchos individuos en el mundo pero que se persigue exclusivamente en esta persona, y sólo se casa porque la otra persona posee esa cualidad.

Según la disposición de este canon, la cualidad puede ser subjetiva, es decir, que sólo está en la mente del cónyuge que contrae matrimonio, quien creyó que existía y se formó en su mente esa idea. No obstante ello, el error en una cualidad querida y perseguida directamente da lugar a la invalidez del matrimonio.

¹⁰⁵ OP Cit. Mans, Puigarnau Jaime M. Derecho Matrimonial Canónico

Esta norma es la apertura de una gran compuerta para las nulidades, lo que genera una gran desconfianza al intérprete pues cualquiera podría alegar el haber estado bajo este error; pero no se puede desconocer la labor de interpretación que debe tener el juez para evitar abusos, y la existencia o no de dicho error será determinado por la prueba. Sobre este aspecto ha dicho la Rota:

"... Por lo demás, existen dos criterios para discernir si el contrayente ligó realmente su consentimiento a una condición. De los cuales, uno se deduce de la estimación que el contrayente tuviese antes de las nupcias de aquella cualidad, a cuya existencia afirma que llegó el consentimiento; el segundo, empero, consiste en el modo como se hubiese comportado el contrayente después de las nupcias, cuando por primera vez vino en conocimiento de no haberse verificado la condición impuesta. Pues cuanto más hubiese estimado antes aquella cualidad, y cuanto más rápido después hubiese roto la vida conyugal, más fácilmente podrá probarse que el contrayente no hubiese querido contraer el matrimonio de haber faltado aquella cualidad..."¹⁰⁶

El sentido del canon 1097 es, pues, claro: se mantiene la doctrina anterior según la cual el error sobre las cualidades de la persona no hace nulo el matrimonio y ya no existe la excepción del error sobre las cualidades que redundan, que se convierten en error acerca de la persona misma, pues sería incidir en la identificación física del contrayente; ahora basta la inexistencia de la cualidad directa y principalmente perseguida para que haya nulidad.

El error en la cualidad directa y principal, implica un avance en la legislación, pues no anulaba el matrimonio el hecho de que se celebrara un matrimonio con A porque era rico y resultaba no serlo. Esta disposición ha recibido duras críticas (120), pues si bien es cierto que la forma en que se concebía el error redundante, antes, era inoperante, también lo es que la nueva estructura es demasiado peligrosa, pues no obstante que con ella se limita la tendencia última de considerar error redundante cualquier error que afecte la identidad moral de la persona, ubicando cualquier concepto como nacionalidad, profesión, credo religioso, fortuna, etc. también lo es que con su redacción se está acabando el principio de los errores accidentales, pues se acepta que cuando ellos son causa del contrato, se anula el acto y pasan a convertirse en errores sustanciales.

¹⁰⁶ Op Cit. Mans. Puigarnau Jaime M. Derecho Matrimonial Canónico

c. El error doloso

El error espontáneo es aquel en el cual el concepto falso es producido por el mismo individuo como consecuencia de un defectuoso proceso de conocimiento.

Por el contrario, el error doloso o provocado es aquel que es producido en el sujeto como consecuencia de las maniobras o artimañas de la otra persona o de un tercero, para obtener el consentimiento en su favor, esto es, el contenido mental falso es el producto intencional de otro.

Así las cosas, el dolo matrimonial podemos definirlo como el engaño producido mediante artificios y maniobras fraudulentas para obtener el consentimiento matrimonial de una persona.

Tratándose del error en las cualidades, se presentaban casos que no tenían forma de encuadrarse, ya fuera en el error redundante, ni mucho menos en la cualidad directa y principalmente intentada pero que a todas luces era determinante del acto matrimonial, no apetecido sin ella, en el individuo. Y así por ejemplo, los tribunales eclesiásticos eran reacios en aceptar como causal de nulidad un hecho por el cual se hubiera obtenido el consentimiento matrimonial de otra persona, induciéndola intencionalmente en error, como en el caso típico de la mujer que se fingía embarazada, o de quien intencionalmente siempre ocultaba su defecto de salud (sida, cáncer, esterilidad, credo religioso, etc.) para hacer creer al otro lo contrario, lo cual quedaba sin solución jurídica. Esto dio origen a que se hablara de la existencia del error doloso en la nueva legislación, la cual establece en el canon 1098: "*Quien contrae matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de una calidad del otro contrayente, que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente*".

Finalmente podemos decir que para que pueda hablarse de error doloso, deben darse los siguientes requisitos:

1. Que recaiga sobre una cualidad de la otra persona.
2. Que no pueda ubicarse en un error en la cualidad directa y principalmente perseguida. No obstante, nada se opone desde el punto de vista meramente intelectual a que coincidan.

3. Que la inexistencia de dicha cualidad tenga la entidad suficiente para perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, pues sólo este calificativo determina la existencia del vicio que afecta la validez del acto. Es lógico que un SIDA ocultado, perturba gravemente la vida conyugal que impedirá la conformación del consorcio de vida y por lo cual seguramente no habrá sosiego en el hogar; también es posible que descubrir unos ritos y creencias religiosas en quien fingió ser cristiano, perturba gravemente el consorcio de vida conyugal, pero es posible igualmente que descubrir que la *persona no está embarazada, no genere esa perturbación y que en realidad el embuste sirvió para catalizar una decisión que estaba tomándose lentamente*, conduciendo a una unión feliz. En este caso el error doloso no tiene el calificativo de gravedad, y no genera nulidad.

3. El error de derecho

Está consagrado en dos cánones, el 1099 y el 1100. El error de derecho puede ser de tres especies, a saber:

Sobre la naturaleza del matrimonio: En este caso nos encontramos en los límites de la ignorancia y el error. Este es un error sobre la sustancia misma del matrimonio, que genera la nulidad del mismo, toda vez que el canon 126 dispone que es nulo el acto realizado por ignorancia o por error cuando afecte la sustancia o recaiga sobre una condición sine qua non. Es el caso de quien se casa pensando que celebra una sociedad comercial u otra similar, como quienes son modelos y se casan entre sí para tener una casa de modas donde ellos sean exclusivamente quienes se exhibirán, y en tal sentido se confieren derechos sobre sus cuerpos.

Sobre las propiedades esenciales: Está expresamente consagrado en el canon 1099 que dispone: "*el error acerca de la nulidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio, con tal que no determine la voluntad, no vicia el consentimiento matrimonial*". En este caso se debe distinguir entre el simple error que es aquel que sólo permanece en la mente del sujeto, sin trascender al mundo exterior o afectar al acto, pues en este caso no anula el matrimonio. Por el contrario, si el error trasciende al mundo exterior y determina la voluntad del contrayente, como quien cree que el matrimonio es indisoluble y se casa sólo porque es indisoluble, este error sí genera nulidad del vínculo.

Sobre la validez o nulidad del matrimonio: Está consagrado en el canon 1100 que dice: *"La certeza o la opinión acerca de la nulidad del matrimonio, no excluye necesariamente el consentimiento matrimonial"*.

Aquí se encuentra simplemente la ratificación del principio jurídico de que el matrimonio goza del favor del derecho y, por tanto, mientras el matrimonio no sea declarado nulo mediante sentencia de autoridad competente, el matrimonio será válido aunque la opinión de la persona tenga todo el fundamento necesario para deducir que hay nulidad.

LA SIMULACIÓN

El consentimiento matrimonial debe ser verdadero, esto es, que los contrayentes al expresar su voluntad tengan toda la intención de asumir las cargas conyugales, darse y aceptarse en alianza conyugal. Por tanto, al acto verdadero se opone el simulado, que se da cuando el individuo expresa externamente lo que no quiere su voluntad. Vale decir, que hay simulación cuando los signos y palabras empleados no coinciden con la intención de quien expresa el consentimiento.

En el esquema del nuevo código hubo una gran innovación, toda vez que trajo una nueva redacción que da lugar a que se incluyan en ella todos los eventos posibles de simulación y cuya elaboración estaba en manos de la jurisprudencia.

En efecto, en el código anterior se decía que la simulación del consentimiento cuando se excluía el matrimonio mismo o todo el derecho al acto conyugal o una propiedad esencial, eventos en los cuales no podían encuadrarse figuras como la exclusión de la comunidad de vida y otros elementos esenciales, razón por la cual la jurisprudencia complementaba al Código de Derecho Canónico, diciendo que había simulación, también cuando se atentaba contra el bien de la prole, el bien del sacramento y el bien de la fidelidad. El nuevo código, en forma más completa incluye estas causales de la jurisprudencia al hablar de propiedades y elementos esenciales, pues todo lo que afecte en forma esencial al matrimonio por un acto positivo de la voluntad de los contrayentes, implica una simulación, por ejemplo: exclusión del ius in corpus, exclusión de la prole, etc.

Para que se tenga verdadera simulación, es necesario que haya pues, una discrepancia consciente y voluntaria de la manifestación externa del consentimiento y lo que en realidad se quiere o se pretende. El consentimiento es la causa del matrimonio y, por tanto, el efecto no puede ser superior a aquella, de ahí que como lo ha dicho la jurisprudencia, si el consentimiento matrimonial falta o se limita, no puede haber matrimonio. Ese consentimiento debe ser pleno, en el cual los contrayentes por su voluntad, internamente quieran el matrimonio, con sus obligaciones y derechos, con sus propiedades; en una palabra, en todo el contenido del consentimiento matrimonial que constituye su objeto, el cual es la esencia del matrimonio y en el que se incluyen sus fines, bienes, propiedades.

El nuevo código recoge el trabajo de la jurisprudencia, y se dice que hay simulación cuando por un acto positivo de la voluntad se excluye el matrimonio mismo o un elemento esencial del matrimonio o una propiedad esencial, por lo cual habrá nulidad del matrimonio (c. 1101, 2).

Ahora no existe dificultad para determinar las propiedades esenciales del matrimonio, pues el mismo código las define, no así con los elementos esenciales, razón por la cual cada uno de ellos deberá ser objeto de análisis del juzgador en la causa respectiva; pero lo que sí es cierto es que con esa estipulación general que reemplaza "todo el derecho al acto conyugal", se avanza más allá, pues deja de referirse al simple *ius in corpus*, comprendiendo todo lo que expresa el canon 1055.

No obstante, cabe anotar que en los tres bienes del matrimonio, suele la jurisprudencia y la doctrina ubicar todos los elementos y propiedades esenciales, por lo cual, para el análisis de este aspecto, se debe partir de estos mismos conceptos.

Acto positivo de la voluntad

El código dice que para que haya simulación, se requiere de la existencia de un "acto positivo de la voluntad" de uno o de ambos contrayentes. Tal exigencia no significa la existencia de un pacto expreso sobre la exclusión que se hace, o que exista otro acto en el que conste dicha voluntad contraria, requisitos estos que fueron exigidos antiguamente por la jurisprudencia. Basta simplemente que al momento de contraer matrimonio haya internamente, en cualquiera de los contrayentes, una intención paralela y contraria al consentimiento matrimonial que excluya el matrimonio, o algo esencial a él, es decir, basta la intención contraria a los elementos, bienes, fines o propiedades esenciales.

Por tanto, el acto positivo de la voluntad no tiene que revestir forma de un pacto, ni aparecer como una condición, sino que es suficiente que sea interno en uno de los contrayentes, aunque el otro no tenga conocimiento de esa reserva mental, para que se produzca la nulidad del matrimonio. Lo que la norma quiere exigir, es la disposición interna contraria al matrimonio en el mismo momento en que se expresa la voluntad. Por eso la simulación no consiste en la ausencia de una intención de contraer, sino en la presencia de una intención de no contraer al momento de expresar el consentimiento.

Diferencia con la simulación civil: Precisamente, en la conformación del "acto positivo de la voluntad" radica la diferencia con la simulación civil, pues mientras en el campo matrimonial canónico, basta la mera "reserva mental" para que haya simulación, en el campo civil tiene que haber un pacto expreso entre los contratantes para que se de esta figura. De otro lado la simulación civil puede ser absoluta, cuando las partes no tienen intención de obligarse, y relativa, cuando en la manifestación externa, es decir, en el acto público se hace aparecer una operación diversa de la que realmente pretenden las partes; esta simulación es bilateral.

La simulación canónica siempre es absoluta, pues el acto, si alcanza a estar viciado de nulidad, no genera otras obligaciones que pretendan las partes. No obstante, de acuerdo con la exclusión que se haga en el matrimonio, la simulación puede ser total o parcial, como lo veremos más adelante.

El derecho y su ejercicio

No obstante que este punto ya lo tratamos al hablar de los requisitos del consentimiento, es importante volver a recalcar en este tema sobre la tradicional discusión entre el derecho y el uso o su ejercicio, y entre la obligación y su cumplimiento, toda vez que en la simulación es donde se encuentra toda su aplicación. Esto, por cuanto si el derecho o la obligación surgen válidamente, nada afecta a su existencia el no uso posterior o el incumplimiento de la obligación. En este orden de ideas, no puede darse en el mismo acto una voluntad que cree el derecho, coexistiendo con otra que niegue el ejercicio del mismo, pues en este caso se presenta la típica simulación que anula el matrimonio.

Simulación total

Se da cuando lo que se excluye internamente es el matrimonio mismo. O sea cuando los contrayentes, uno de ellos o ambos, no quieren casarse, pero hacen todas las solemnidades o ceremonias del matrimonio, dándose así una divergencia entre lo que se hace y lo que se quiere, por ejemplo, casarse para obtener una visa o una nacionalidad.

Es claro que el matrimonio celebrado aquí, es nulo por falta de consentimiento, ya que no quieren celebrar matrimonio sino otra cosa muy distinta.

Al excluir el matrimonio mismo, no cabe la menor duda de que hay una simulación total y que el sujeto no quiere casarse, por tanto no sólo hay nulidad del matrimonio por un vicio claro del consentimiento, sino que podemos afirmar que no hay consentimiento matrimonial.

Simulación parcial

Existe cuando uno de los contrayentes o ambos, excluye del matrimonio algún elemento esencial o una propiedad esencial. En este caso también el matrimonio celebrado así, es inválido, por ejemplo, excluyen la indisolubilidad, o excluyen el sacramento, o la comunidad de vida, etc.

La Rota Romana ha dicho en decisiones reiteradas:

''' En el matrimonio puede tener lugar la simulación, la cual será total o parcial, según que al contraer dicho matrimonio se haya excluido, ora el propio matrimonio en sí, ora alguno de los llamados bienes del matrimonio. Esto» bienes son tres: el bien de la prole, el bien de la fidelidad y el bien del sacramento. El primero de ellos afecta al fin primario del matrimonio; los dos restantes, sus propiedades, esto es, a la unidad y a la perpetuidad o indisolubilidad.

...Siempre que se suscite cuestión sobre la validez de algún matrimonio por la exclusión de la perpetuidad del vínculo, para dirimir el mismo matrimonio basta que conste que haya sido excluido por un acto positivo de la voluntad la propia perpetuidad del vínculo, sin que se investigue otra cosa.

Sin embargo, lo mismo acontece también sobre el bien de la prole y sobre el bien de la fidelidad, siempre que estos bienes hubiesen sido excluidos, no por un simple acto positivo de la voluntad, sino ora por una condición sine qua non añadida al consentimiento matrimonial sobre este particular, ora por un pacto

estipulado sobre ello entre los cónyuges. Pues entonces, si resultasen de los autores estos casos, se considera ya que fue excluido, no el mero cumplimiento de la obligación, sino la obligación en sí misma", (sentencia del 11 de abril de 1927, coram Grazioli)¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Op. Cit. Mans, Puigarnau Jaime M. Derecho Matrimonial Canónico

IV. El Bonum Fidei.

Así como existen "fines" y "propiedades esenciales del matrimonio, también existen los "bienes" del matrimonio, que citan tanto teólogos, como documentos oficiales y encíclicas expedidas después de la promulgación del *Corpus Iuris Canonici*.

El "*Bonum Fidei*" debe ser entendido como la exclusividad perpetua que tienen los cónyuges sobre el cuerpo del otro, ya que la unidad es una propiedad esencial para la existencia del matrimonio, por que el vínculo matrimonial no puede compartirse con diversas personas, de ahí surge la exclusividad de los derechos interconyugales y el deber de la fidelidad al consorte, ambos esenciales para la existencia del matrimonio.

El canon 1056¹⁰⁸, señala que una de las propiedades esenciales del matrimonio es la unidad, motivo por el cual el vínculo matrimonial no puede compartirse con diversas personas. De aquí se deriva, tradicionalmente, la exclusión del Bonum Fidei. Pero, no se puede equiparar completamente el Bonum Fidei a la unidad: mientras que ésta sólo exige la unidad del vínculo matrimonial, el bien de la fidelidad, además de la unidad del vínculo, comprende el derecho-obligación al débito conyugal y a la mutua exclusividad en los actos concernientes a la generación.

"La terminología de "bienes del matrimonio", fue usada por San Agustín determinando que éstos son la prole, la fidelidad y el sacramento.

El bien de la prole es para que se reciba con amor, se críe con benignidad y se eduque religiosamente a los hijos. El bien de la fidelidad es para que ninguna persona fuera del vínculo se una con otra que sí lo está. El bien del sacramento es para que el matrimonio no se disuelva. Como se observa, hay una estrecha relación entre los bienes del matrimonio y el fin primero y las propiedades esenciales; El bien de la prole corresponde al fin primario; el bien de la fidelidad corresponde a la propiedad esencial de la unidad del conyugio, el bien del sacramento corresponde a la indisolubilidad. La palabra sacramento, como bien del matrimonio, no se refiere a la naturaleza sacramental del negocio matrimonial sino a la perpetuidad del vínculo.

Estos tres bienes son tan esenciales al matrimonio, que si alguien no quiere entregar el derecho o contraer la obligación que deriven de ellos, contraería un matrimonio inválido.

¹⁰⁸ Código de Derecho Canónico.

Así encontramos que en el matrimonio hay un "bonum prolis", que es el, derecho a procrear y educar a la prole; un bonum fidelitatis que se refiere al derecho que tiene cada uno de los cónyuges á la exclusividad del debito conyugal de la otra parte y la fidelidad 'recíproca en el cumplimiento de los deberes matrimoniales; y un bonum sacramenti que es la misma indisolubilidad"¹⁰⁹.

La fidelidad es la fe que mutuamente han de guardarse los cónyuges y que se concreta a la exclusión del trato sexual con cualquiera otra persona distinta de su cónyuge.

El bonum fidei presupone que mientras viva uno de los consortes, aunque esté ausente durante largos periodos, el otro cónyuge no puede contraer matrimonio con otra persona ni tener relación sexual de manera real e intencionadamente. De esto surge la exclusividad de los derechos interconyugales y el deber de la fidelidad al consorte, es decir que bajo cualquier circunstancia los cónyuges se obligan entre si a ser fieles el uno para con el otro, por ello es que cuando existe el matrimonio no se puede contraer nuevas nupcias ni mantener relaciones de tipo sexual con otra persona, por que esto es causa de nulidad de el matrimonio por no cumplirse con este bien o fin de el mismo matrimonio.

El matrimonio, pues, otorga un derecho, además de perpetuo, exclusivo, en orden a los actos para engendrar la prole. Tal fidelidad exige, la *Casti Connubi*¹¹⁰, por tanto, la absoluta unidad del matrimonio, se instituyo entre un hombre y una mujer

La fidelidad entonces consiste en la lealtad mutua de los cónyuges y en el cumplimiento de los fines del contrato matrimonial, siempre y cuando se cumpla con:

a) Que no se niegue al consorte lo que de justicia se le debe. Se viola esta norma cuando el cónyuge niega a su compañero el débito o remedio de la concupiscencia o no le presta el auxilio y ayuda debidos en consonancia con la jerarquía del amor.

b) Que eso que se debe al cónyuge se le conceda única y exclusivamente a él, infringe este principio quien comete adulterio, como quien es infiel imperfectamente, manteniendo relaciones ilícitas con tercera persona.

¹⁰⁹ Op. Cit. José Francisco Huber Olea, pág. 314,315.

¹¹⁰ Castidad antes del matrimonio.

d) *Que no se conceda al cónyuge sino aquello que es lícito sin ofensa alguna. Esto tiene que ver con las relaciones intramatrimoniales*¹¹¹.

El Vaticano en el concilio II, honra el amor conyugal y lo hace incompatible con cualquier clase de adulterio o divorcio, por eso el mejor testimonio de amor conyugal tiene lugar cuando los esposos cumplen los deberes de su estado con fidelidad: *"Este amor, dice el Concilio, ratificado por la mutua fidelidad y sobre todo por el sacramento de Cristo, es indisolublemente fiel, en cuerpo y mente, en la prosperidad y en la adversidad, y, por tanto, queda excluido de él todo adulterio y divorcio. El reconocimiento obligatorio de la igualdad y dignidad personal del hombre y de la mujer en el mutuo y pleno amor evidencia también claramente la unidad del matrimonio confirmada por el Señor"*¹¹².

¹¹¹ Bernardes Cantón Alberto. Compendio de Derecho Matrimonial Canónico. Séptima Edición. Editorial Tecnos. España 1991 p. p. 302

¹¹² Concilio II del Vaticano.

V. Exclusión del Bonum Fidei.

La opinión tradicional ha venido sosteniendo que se da exclusión del *Bonum Fidei* se presenta solamente cuando se excluye la unidad del matrimonio, es decir, cuando se entrega también a una tercera persona, amén de la mujer propia, el *ius in Corpus*¹¹³ en igualdad de condiciones con aquélla. Según esta corriente, y aplicando el principio de la distinción del derecho y el uso de este derecho, el propósito no se refiere a la obligación de guardar la fidelidad sino al cumplimiento de la misma. Por lo tanto, según la doctrina y la jurisprudencia tradicionales, no es suficiente para excluir el *bonum fidei* el firme propósito prenupcial que se tenga de adúlterar o el de perseverar en el antiguo concubinato con el amante o querida, si no consta, además, la limitación del consentimiento por medio de un acto positivo de la voluntad en que se demuestre que no se ha entregado a la otra parte el *ius in corpus* o no se ha asumido la respectiva obligación. El razonamiento es siempre el mismo: en estos supuestos, la intención concierne al uso del derecho, pero no al derecho mismo.

La Sacra Rota romana ha dicho *que se excluye el bien de la fidelidad cuando el varón al prestar su consentimiento, abriga la intención de no desprenderse de la concubina con la que se propone continuar su vida sexual, puesto que no entrega el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo y, por tanto, lo contrae inválidamente. Igualmente la mujer que obra en la misma circunstancias, o quien se casa con el propósito de tener relaciones con personas diferentes de su cónyuge, lo cual no se puede confundir con el hecho de que posteriormente la persona llegue a tener relaciones extramatrimoniales*¹¹⁴.

Desde este punto de vista, también excluye la fidelidad el o la contrayente que en el momento de la celebración del matrimonio se reserva el derecho de adúlterar o tiene la intención de seguir manteniendo relaciones sexuales con su amante.

El tribunal de la Sacra Rota Romana señala al respecto que:

En esta materia hay que obrar con prudencia, y entonces solamente constará de la nulidad del vínculo, cuando el contrayente, en cierto caso particularismo, no sólo quiere infringir la obligación de la fidelidad, sino que positivamente rechaza el derecho relativo que debe entregarse exclusivamente a la otra parte..., por ejemplo, si sólo acepta el matrimonio con la exclusión del 'bien de la fidelidad'..., o con la intención de disfrutar, luego del matrimonio, de la misma libertad que tenía antes de éste... En efecto, quien pretende una amplísima libertad, abriga en la realidad la intención de no obligarse».

¹¹³ Derecho recíproco que tiene un cónyuge sobre el cuerpo del otro.

¹¹⁴ Jurisprudencia del Tribunal de la Sacra Rota Romana

«Solamente la exclusión del "bien de la fidelidad" anula el matrimonio, si una parte no concede a la otra el derecho exclusivo o se niega a asumir la correspondiente obligación. Esta es la jurisprudencia constante de nuestro Sagrado Tribunal».

«Aunque, antes del matrimonio, alguno contrajera con la promesa de ser fiel a su amante, no puede afirmarse que tenga el propósito de privar a su legítima esposa del mismo derecho, entregándose a la amante o amantes. La distinción entre la unión legítima conyugal y el comercio inmoral con una tercera persona, permanece tan arraigado en el ánimo de los cristianos, por muy depravados que sean, que no puede admitirse la confusión de conceptos respecto al derecho conyugal».

«Parece reservado el derecho a entregarse a una tercera persona, usando del cuerpo de la misma, quien al contraer matrimonio, ante el dilema de escoger entre ésta y el matrimonio, parece dispuesto a renunciar a éste antes que a aquélla.

En otras palabras, este derecho exclusivo se lesiona o excluye, cuando:

a) se opone al consentimiento alguna limitación, que sea contraria a la obligación de observar la fidelidad;

b) se contrae la obligación positiva de tener relaciones sexuales con una tercera persona;

c) se reserva la facultad de no observar la fidelidad.

«Pero esta prueba, puede verificarse cuando algún contrayente, completamente enredado en amores impuros y rechazando cualquier enmienda de su mala vida, es forzada, más o menos, a casarse con una muchacha a quien no ama».

«...por lo tanto, para declarar la nulidad del matrimonio, no es suficiente probar el simple propósito de alguno de los contrayentes de adúlterar, propósito que muy bien puede coexistir con la intención de observar la fidelidad. Sería necesario probar que el contrayente se reservó el derecho de adúlterar o de entregar a otro o a muchos su cuerpo en orden a la cópula».

«De la misma manera pensamos que contrae inválidamente la mujer que, al casarse, perseverando en su propósito actual o virtual, tenga relaciones íntimas con otros, aunque ni siquiera piense en el derecho de entregar su cuerpo a los mismos; pues en tal hipotética cosa, la mujer no asume la obligación de guardar fidelidad, lo cual es suficiente para que tengamos por nulo el matrimonio».

«Argumento cierto de la intención de excluir el derecho a la otra parte para exigir la fidelidad, no es el hecho de cierto trato ilícito antes del matrimonio, y no interrumpido después del matrimonio, con una tercera persona, o la misma intención del contrayente de proseguir con aquel trato».

«Inválidamente contrae matrimonio, la mujer que, al casarse, abriga el firme propósito, actual o virtual, de comportarse como le viene en gana, como si fuera

señora y legisladora de sí misma, permitiendo a otros hombres usar de su cuerpo, como profesando los principios del amor libre».

«Tenemos por cierto que excluye el bien de la fidelidad y por tanto contrae inválidamente, quien, al dar el consentimiento, abriga el propósito de no abandonar a la concubina, con la que mantiene un trato inhonesto: por que no entrega el derecho exclusivo sobre el propio cuerpo a la otra parte».

«Se excluye el bien de la fidelidad cuando uno de los contrayentes o los dos rechazan positivamente la obligación, sin que sea necesario que el contrayente decida entregar a tercera persona el derecho a su cuerpo; pues basta que se deniegue al otro contrayente el derecho exclusivo, o lo que es igual, que se reserve la facultad de cometer adulterio».

«Puede darse, sin embargo, el caso de un cónyuge perverso que tiene intención de dividir su carne por igual entre dos o más personas, no entregándose con obligación contractual y a otros con violación de dicha obligación. En tal caso está claro que el matrimonio no subsiste, porque la falta de obligación exclusiva elimina todo contrato».

Cuando la reserva contraria a la exclusividad no tiene por objeto la verificación de actos ordenados a la generación, sino la práctica de actos contra natura (reprobados incluso en el seno del matrimonio como los sodomíticos), se venía considerando, por lo general, que tal reserva no perjudicaba al *ius in corpus* intramatrimonial, que sólo tiene por objeto los actos ordenados a la generación. En la actualidad, destacado el carácter de la relación interpersonal y la dignidad de la persona del cónyuge, por así decirlo, inocente, se reputa nulo el matrimonio en que uno de los esposos abrigase la intención de compartir el cuerpo con personas del mismo sexo.

Si uno de los contrayentes, al celebrarse el matrimonio, se reserva el derecho a tener otra esposa u otro marido, fallaría el matrimonio por fallar en sus principios una de sus propiedades esenciales, porque todo cónyuge debe entregarse con carácter exclusivo, de manera que, si se reservara el derecho a mantener relación carnal con otra persona, excluiría la obligación o el bien de la fidelidad, y por tanto el matrimonio sería nulo.

Si una persona contrae matrimonio con una intención deliberada de efectuar el acto carnal con una persona diferente a su consorte, restringe injustamente el derecho exclusivo de ésta y, en consecuencia, contrae matrimonio inválido. En este caso puede decirse que existe una voluntad implícita de no comprometerse o no obligarse exclusivamente con la persona con quien se casa. Esta voluntad es una negación implícita del derecho exclusivo del cónyuge, puesto que un derecho entregado crea obviamente y ante la mente de cualquiera, una obligación correlativa y viceversa, entonces el contrayente desea simultáneamente dos actos contrarios que se rechazan mutuamente, porque a la vez quiere contraer

matrimonio y no quiere una propiedad que pertenece a la esencia del matrimonio, sin la cual no puede éste subsistir.

Señala una sentencia rotal: *Por tanto, si alguien contrae matrimonio reservándose, por acto positivo de la voluntad, la potestad de entregar su cuerpo a otras personas, según le plazca, para relaciones carnales, no hay duda de que contrae inválidamente, por cuanto rechaza el «bien de la fidelidad», en su misma raíz, aunque no pretenda contraer un nuevo matrimonio sin que el anterior haya sido resuelto.*

Si uno de los cónyuges, sin excluir esta propiedad, se casara con la intención de cometer adulterio, el matrimonio sería válido. El mero propósito de entregarse a relaciones adúlteras, después de celebrado el matrimonio, no puede ser tenido por sí mismo como la afirmación del derecho o de la obligación a las mismas relaciones adúlteras, sino como la voluntad de violar las obligaciones matrimoniales, no siendo por lo mismo, causa de nulidad del matrimonio. Queda, por tanto, claro que una cosa es excluir el bien de la fidelidad, que supone conceder exclusivamente a la parte el derecho a las relaciones carnales, y otra, contraer matrimonio con intención de faltar a las obligaciones contraídas, por la comisión del adulterio. Resumiendo, el simple propósito de cometer adulterio o de tener un amante no vicia el consentimiento matrimonial ni es causa de nulidad matrimonial.

Es muy difícil en la práctica probar que un contrayente rechazó el derecho exclusivo. La presunción general aboga por la simple intención de abusar del matrimonio y de incumplir la obligación.

VI. Formas de Prueba

Dando por reproducido cuanto se dijo acerca de los requisitos de la exclusión en general, haremos algunas observaciones sobre el carácter positivo de la exclusión, así como sobre la distinción entre derecho y su ejercicio por lo que respecta a esta figura.

- a) La exclusión debe tener lugar por un acto positivo de la voluntad, sin que sea suficiente el propósito de faltar a la fidelidad o la previsión de futuras contravenciones a ésta.

Tampoco es suficiente el error en que puedan versar los contrayentes acerca de la unidad o de la obligación de la fidelidad, aunque se trate de error pertinaz o firmemente arraigado en el sujeto. Como dice la jurisprudencia, el error aunque sea pertinaz y arraigado, se refiere al matrimonio en general o en abstracto, sin que por ello tenga que ser aplicado al matrimonio concreto especialmente si existe amor entre los contrayentes.

Acerca del problema de la necesidad del previo conocimiento de la obligación de la fidelidad para que ésta pueda ser excluida por un acto positivo parece que no puede exigirse en términos absolutos, dado que no resulta contradictorio el que, sin tener un conocimiento exacto sobre este deber, una persona pueda abrigar la voluntad prevaleciente de mantener relaciones carnales con otras, lo que comportaría una limitación o restricción de la entrega del *ius exclusivum*¹¹⁵.

La convicción subjetiva de que no se podrá cumplir con el deber de la fidelidad (por motivos patológicos o por razón de la perversión de las costumbres), según la jurisprudencia, no constituye acto positivo de exclusión del *bonum fidei*, si bien puede constituir causa de simulación de la fidelidad o bien tratarse de incapacidad para asumir este deber matrimonial (canon 1095, 3.^o).

- b) El consentimiento matrimonial queda viciado sustancialmente sólo cuando el contrayente excluye el *ius exclusivum* y la correlativa obligación de observar la fidelidad.

En efecto, según el sentir más común, la conocida distinción entre el derecho y su ejercicio es aplicable a esta figura de simulación, por lo que solo queda viciado el consentimiento matrimonial en el caso de que la intención adversa a la fidelidad incidiera sobre el núcleo esencial de derechos y obligaciones interconyugales siendo irrelevante, a estos efectos, la intención referente al uso (o mejor, abuso) del derecho o al incumplimiento de la obligación.

¹¹⁵ Derecho de exclusividad de los cónyuges.

La jurisprudencia admite que no se entrega el derecho exclusivo a la otra parte o no se acepta la obligación de la fidelidad en los siguientes casos:

a) cuando se pone alguna limitación al consentimiento que sea contraria al deber de guardar la fidelidad;

b) cuando no existe la intención de contraer a no ser con la restricción de que quede excluido el deber de no tener comercio carnal con terceras personas;

c) cuando se ha contraído la obligación positiva de tener comercio carnal con un tercero; es decir, se reserva la facultad de no observar la fidelidad.

En cambio no se exige en la jurisprudencia actual la intención de entregar a otra persona el derecho al cuerpo, en paridad, por así decirlo con el propio cónyuge.

Lógicamente la distinción entre la obligación y su cumplimiento, sólo es aplicable a los supuestos de esta figura simulatoria en que se trata de contravenciones a la fidelidad conyugal; en cambio, no parece aplicable al caso en que se excluye la unidad matrimonial mediante la reserva de contraer un nuevo matrimonio subsistiendo el primero, hipótesis que antes hemos considerado de improbable realización en los países en que rige la monogamia. No obstante cabe observar que tal propósito o intención ya de por sí está excluyendo la obligación de observar fidelidad al primer consorte, puesto que la intención de contraer un nuevo matrimonio comporta la facultad de entregar también a otra persona los derechos y deberes conyugales.

Es muy difícil en la práctica probar que un contrayente rechazó el *ius exclusivum*. La presunción general aboga por la simple intención de abusar del matrimonio y de incumplir la obligación. Se establece este criterio no sólo por razón del *favor matrimonii*, sino también porque en la práctica las personas que abrigan el propósito de faltar a la fe matrimonial, fomentando pasiones o amores reprochables, suelen concebir sus intenciones malsanas como un abuso del matrimonio contraído. Cabe señalar, a tenor de la jurisprudencia, algunos criterios más circunstanciados:

1° No es concluyente, en favor de la exclusión de derecho exclusivo al acto conyugal, el propósito de mantener después del matrimonio unas relaciones ya sostenidas con anterioridad al mismo. El comportamiento postmatrimonial, unido al prematrimonial, no prueba, por sí mismo, la exclusión de la obligación. Incluso se ha afirmado en alguna ocasión que ni siquiera el haber prometido fidelidad al cómplice de las relaciones ilícitas es argumento bastante en favor de la exclusión de la misma obligación matrimonial de fidelidad. Algunas sentencias ya se van separando de este rígido criterio para admitir que contrae inválidamente el varón que mantiene la intención de no desprenderse de la concubina, con la que se plantea continuar el comercio carnal; en efecto, no entrega a su consorte el derecho exclusivo al cuerpo.

2° La prueba del acto positivo de voluntad excluyendo la fidelidad se hace más fácil cuando revistió la forma de pacto o condición. El pacto por el que se reconoce a uno u otro cónyuge el derecho a entregarse impuramente a otro denota la exclusión del *bonum fidei*.

3° La existencia de una causa objetiva que impide el cumplimiento de la fidelidad, como en el caso de constitución patológica hipersexual, unida al propósito de adular, funda la presunción de haberse excluido el derecho exclusivo y la correlativa obligación, salvo que se trate de incapacidad para asumir las obligaciones conyugales.

4° Cuando el propósito de mantener relaciones ilícitas tiene carácter perpetuo se presume, en general, que fue excluida la misma obligación de la fidelidad.

Conclusiones

1. El matrimonio ha sido desde los tiempos mas remotos hasta la actualidad la base de la institución de la familia.
2. Se concidera el matrimonio como un contarto en el que existen derechos y obligaciones reciprocas entre los contratantes.
3. En derecho canonico se concidera al matrimonio como 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.
4. El consentimiento es elemento esencial del matrimonio y se concidera en derecho canonico como el acto de voluntad entre el varon y la mujer ques e entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable.
5. En derecho canonico el consentimiento es esencial y no puede suplirse por ninguna potestad humana.
6. Los bienes del matrimonio son : el bonum sacramenti, bonum prolis, bonum fidei y bonum conyugali.
7. Si se excluye algun bien del matrimonio este resulta ser un acto juridico nulo.
8. Se excluye el bonum fidei por las siguientes causas cuando:
 - a) se opone al consentimiento alguna limitación, que sea contraria a la obligación de observar la fidelidad;
 - b) se contrae la obligación positiva de tener relaciones sexuales con una tercera persona;
 - c) se reserva la facultad de no observar la fidelidad.

9. La prueba de la exclusion del bonum fidei se verifica cuando:

1. Existe confesion de el simulante.
2. Con el examen delas circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes que la celebracion de el metrimonio que demuestren que el contratante excluyo la fidelidad.
3. Se demuestra la causa de la exclusion de la fidelidad (ya se por que nunca le gusto la mujer con quien se casaba o por otra razon),
4. El hecho de que el simulante continua teniendo relaciones sexuales extramatrimoniales y no las interrumpa antes y durante al mismo matrimonio.

Bibliografía

BELLUSCIO A. (1991). Manual de derecho de familia. Buenos Aires: De Palma

BERNÁNDEZ Cantón, Alberto. Compendio de Derecho Matrimonial Canónico. Séptima Edición. Editorial Tecnos. Madrid 1991. p. p. 302

CALOGENO G. (1945). Il matrimonio. Milán: Dott A. Giufree

COMPENDIO GENERAL DE MÉXICO A TRAVÉS DE LOS SIGLOS. Colaboración atores varios. Director Vicente Riva Palacio. Tomo I. Editorial del Valle de México. México. P. p. 604.

COULANGES, Fustel De. La Ciudad Antigua, Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma. Décima Edición. ED. Porrúa. México 1996. p. p. 298

ESCRIVÁ de Balaguer J. (1978). Conversaciones. México: ERSA

EL MUNDO PRECOLOMBINO. Editorial Océano. Colaboración varios autores, Barcelona España 2003. p. p. 396.

FRAY BERNARDINO de Sahagún. Crónicas de la Nueva España. Fondo de Cultura Económica. México 2000.

FRAY JERÓNIMO de Mendieta. Historia Eclesiástica Indiana. Obra escrita a fines del Siglo XVI. Cuarta edición facsimilar y primera con la reproducción de los dibujos originales del códice. Editorial Porrúa. México 1993. p. p.790

GOFFI T. ((1963). Moral familiar. Barcelona: Editorial litúrgica española

HUBER Olea José Francisco. Diccionario de Derecho Romano comparado con Derecho Mexicano y Canónico. Editorial Porrúa. Primera Edición. México 2000. p. p. 873

LOZANO Francisco. Divorcio y nuevo matrimonio. Barcelona, 1996

LOPEZ Palau L. (1996). La familia: sus derechos, sus obligaciones y otras cosas. San Luis Potosí: Autoediciones del Potosí

MANS, Puigarnau Jaime M. Derecho Matrimonial Canónico. Primera Edición. Barcelona 1959.

MARGADANT S. Guillermo Floris. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Décima cuarta edición. Editorial Esfinge. México 1997. p. p. 295.

MARTÍNEZ, Alfaro Joaquín. Teoría de la Obligaciones. Quinta Edición. Editorial Porrúa. México 1998. p. p. 468

MONTEJANO B. (1978). Curso de derecho natural. Buenos Aires: Abeledo – Parrot

MONTERO Duhalt S. (1997). Derecho de familia. México: Porrúa

MORALES J.I. (1987). Derecho romano. México: Trillas

MORINEAU Iduarte, Marta e Iglesias Gonzáles, Román. Derecho Romano. Tercera Edición. Editorial Harla. México 1993. p. p. 296

MOSTAZA A. (1990). Nuevo derecho parroquial. Madrid: Biblioteca de autores cristianos

PADILLA Sahagún G. (1988). Derecho romano I. México: Mc Graw Hill

PALACIO, Hincapié Juan Ángel. Causales de Nulidad del Matrimonio Canónico. Primera Edición. Señal Editorial. Colombia 1989. p. p. 300

RAPAPORT, David. Psicología. Editorial Paidós. Primera Edición. Argentina 1965. p. p. 323

RAZAS del Mundo, Pueblos y culturas. Editorial Océano. Barcelona España 2003. p. p. 236-237.

REGATILLO, F. Eduardo. Derecho Matrimonial Eclesiástico, 2ª Edición, ED. Sal Térrae, Santander, 1965. p. p.448

Dr. REYNOSO Cervantes Luis. El Matrimonio como Institución, Estudio histórico-jurídico-canónico. ED. DUC IN ALTVM. México 1959. p. p.31

ROJINA Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Libro I. Introducción, Personas y Familia. Décima Novena Edición. Editorial Porrúa. México 1983. p. p. 509

ROMMEN E. (1956). Derecho natural: historia-doctrina. México: Jus

SADA R. Monroy A. (1991). Curso de teología sacramentaria. México: Minos

VELA L. (1976). El derecho natural en Giorgio del Vecchio. Madrid: Universidad Pontificia Comillas

Códigos.

Código Civil para el Estado de San Luis Potosí

Código Civil para el Distrito Federal

Código Penal para el Estado de San Luis Potosí

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código de Derecho Canónico

Jurisprudencias

Jurisprudencia del Tribunal de la Sacra Rota Romana (Dist. 27, q. 2º Art. 2 , ad. II. S. TH.)

Otras fuentes

Concilio II del Vaticano.

Biblia de Jerusalén

La Sagrada Biblia de la Familia Católica. Editorial Zamora Editores Ltda. Barcelona 1983.

Santa Biblia Católica

Diccionarios

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

Diccionario jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 1998

Páginas web.

<http://www.vatican.va>

<http://www.vlex.com>

<http://www.juritextos.com>

<http://www.catholic.com>

<http://www.zenit.org>

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

AUTORIZO a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional

NOMBRE: Eduardo Eusebio
Cázarez Rangel

FECHA: 18/ marzo / 2004

FIRMA: 