



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

---

---

**FACULTAD DE DERECHO**

**SEMINARIO DE DERECHO ROMANO E HISTORIA DEL DERECHO**

**LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN EL  
CONTRATO MATRIMONIAL CANÓNICO**

**T E S I S**

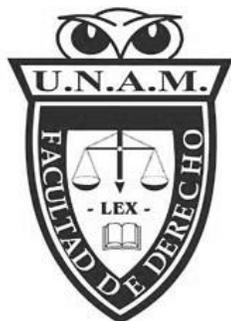
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A

**DALIA ITZEL DE LOERA PIERRE**

ASESOR: DR. FRANCISCO HUBER OLEA Y REYNOSO



CIUDAD UNIVERSITARIA, CIUDAD DE MÉXICO

JUNIO 2016



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.

*A MÍ MADRE.*

LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO MATRIMONIAL  
CANÓNICO.

**C A P I T U L A D O**

<b>Capítulo I</b> .- Concepto del matrimonio en el derecho canónico.....	7
1.1 Matrimonio in fieri.....	14
1.2 Matrimonio in facto esse.....	16
<b>Capítulo II</b> .- El matrimonio en las culturas de la antigüedad	
2.1 Matrimonio en Grecia.....	19
2.2 Matrimonio en Roma.....	21
2.3 Matrimonio en Israel.....	26
2.4 Matrimonio en México.....	30
<b>Capítulo III</b> .- Elementos de validez en el matrimonio canónico.....	36
3.1 Impedimentos.....	63
3.1.1 Impedimentos en Particular	
3.1.1.1 Carencia de edad.....	65
3.1.1.2 Impotencia.....	68
3.1.1.3 Impedimento de ligamen.....	76
3.1.1.4 Impedimento de disparidad de cultos.....	80
3.1.1.5 Impedimento de orden sagrado.....	83
3.1.1.6 Impedimento de voto.....	86
3.1.1.7 Impedimento de raptó.....	88
3.1.1.8 Impedimento de crimen.....	91

3.1.1.9 Impedimento de parentesco.....	94
3.1.1.10 Impedimento de pública honestidad.....	97
3.1.1.11 Impedimento de parentesco legal.....	99
3.2 El consentimiento.....	103
3.3 Incapacidad para consentir .....	116
3.4 Vicios en el Consentimiento.....	130
3.5 Error .....	133
3.6 Vicios de la voluntad .....	145
3.7 Violencia física.....	146
3.8 Miedo.....	148
3.9 Formas de presentarse los vicios del consentimiento.....	151
<b>Capítulo IV.- Simulación</b>	
4.1 Exclusión del Bonum Prolis.....	158
4.2 Exclusión del Bonum Fidei.....	161
4.3 Exclusión del Bonum Sacramenti.....	166
4.4 Exclusión del Bonum Coniugalem.....	167
4.5 La prueba en la simulación del consentimiento según lo ha establecido la Sacra Romana Rota.....	170
<b>Conclusiones.....</b>	<b>174</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>176</b>

# LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO MATRIMONIAL CANÓNICO

## INTRODUCCIÓN

Éste trabajo tiene por objeto hacer un estudio y un análisis de cómo opera el consentimiento en el contrato matrimonial en el Derecho Canónico. Teniendo en consideración que el matrimonio es una institución que ha sido reconocida en todas las culturas por ser la base de la sociedad, su regulación jurídica ha sido minuciosa, valorando que es un contrato de derecho natural que se basa en la naturaleza misma del hombre y al mismo tiempo se toma en consideración el derecho que asiste a todos los seres humanos, estableciendo el *ius connubi*, o sea, el derecho que tienen todos los seres humanos para contraer matrimonio.

Lo cual nos lleva a considerar cuando se puede ejercer plenamente el *ius connubi* y quienes tienen la capacidad para hacerlo valer. Por otra parte, tocaremos el punto esencial de este trabajo al analizar el consentimiento en sus diversas manifestaciones, el modo de expresarlo y la capacidad que deben tener los sujetos para que este consentimiento genere y constituya el contrato matrimonial.

Asimismo, vamos a considerar los diversos aspectos que motivan y producen vicios en el consentimiento para hacerlo inoperante e incapaz de producir las consecuencias que el derecho le asigna a este contrato. Examinaremos los diversos conceptos que se han producido con respecto al contrato matrimonial, y haremos un recorrido histórico en las principales culturas de la antigüedad para conocer cómo se regulaba jurídicamente el matrimonio y las distintas formas en las cuales se han llevado a cabo los diversos ritos para cumplir las formalidades de validez del mismo.

Se analizará debidamente cuándo existe la capacidad suficiente para otorgar un consentimiento válido, cuándo pueden existir vicios en el consentimiento, cuándo la persona voluntariamente o no configura el acto jurídico en forma tal que dicho acto carezca de validez teniendo en cuenta que para que un acto jurídico sea válido se requiere que haya sido realizado por una persona capaz, y que en el mismo concurren los elementos que constituyen esencialmente ese acto.

Analizaremos de la misma forma, la diversa legislación canónica al respecto que regula el conocimiento mínimo que deben tener los contrayentes para contraer matrimonio, así como la incapacidad debida a una anomalía mental existente, de igual manera, la carencia de un mínimo de conocimiento exigible a los que desean contraer matrimonio, teniendo en cuenta que la legislación indica que el matrimonio es un consorcio permanente entre varón y mujer, ordenado a la procreación de los hijos mediante la adecuada cooperación sexual entre los cónyuges.

En este análisis consideraremos que los vicios del consentimiento por parte del entendimiento son la ignorancia y el error, por lo cual tendremos que aclarar que se entiende por una y por otra.

Abordaremos las diversas normas que han establecido el criterio para que el consentimiento sea suficiente y por lo mismo produzca un matrimonio válido, y lo que ha establecido el legislador como un equilibrio entre dos aspectos de derecho natural, adecuándolo al derecho positivo canónico para regular la validez del contrato.

De la misma forma habremos de abordar qué circunstancias y qué hechos generan los vicios del consentimiento, las diversas patologías que se hacen presentes en los mismos, cómo opera el consentimiento de las partes, como ocurre en los diversos contratos, y cómo se perfecciona el contrato matrimonial por el sólo hecho de haber prestado las partes su consentimiento en el acto de la celebración, lo que se da y lo que se recibe como un derecho recíproco y mutuo que se otorgan los cónyuges para constituir en forma irrevocable un consorcio de vida y no una mera convivencia pasajera; consentimiento que según se ha establecido en toda la legislación canónica y en la jurisprudencia rotal, consentimiento que no puede ser suplido por ninguna potestad humana, es por eso que el consentimiento de los contrayentes es el elemento esencial del matrimonio que lo hace eficaz y constituye lo que los canonistas llaman matrimonio en *in facto esse*, y el cual no puede tener existencia sin el consentimiento autónomo y capaz de los contrayentes.

Es sumamente importante analizar con un criterio jurídico el consentimiento matrimonial para que pueda operar y producir consecuencias de derecho y por lo mismo se requiere determinadas cualidades que son necesarias para su existencia y consistiendo en un acto de

voluntad que originalmente es interno, necesita de una serie de cualidades que concurran en forma acumulativa, de tal suerte que faltando alguna de ellas faltaría también el consentimiento.

En este trabajo consideraremos las cualidades esenciales requeridas para la existencia del consentimiento para que su eficacia jurídica sea plena, es decir para que pueda producir un acto jurídico válido, cualidades que se requieren por parte de las personas que contraen, en cuanto son sujetos del matrimonio, debiendo hacerse como lo comentan diversas opiniones de canonistas, consentimiento que se dé entre personas capaces y hábiles jurídicamente, reconocidas por el derecho.

## CAPÍTULO I

### CONCEPTO DE MATRIMONIO

El matrimonio es una institución anterior a la aparición del derecho, que se basa en la naturaleza del hombre. Tiene tal importancia que rebasa el ámbito del derecho privado para ser regulado por el derecho público, dándole una protección especial a éste contrato que, despierta un interés mayúsculo en su análisis y en su estudio.

El Doctor Francisco Huber Olea y Reynoso en su libro de Derecho Matrimonial Canónico nos dice que:

“El matrimonio es una institución de derecho natural que responde a la tendencia innata en el varón y en la mujer a unirse para procrear y educar los hijos y a la necesidad mutua que tienen los dos sexos el uno del otro. El matrimonio antecede al derecho toda vez que es inherente a la naturaleza del hombre a su esencia y características de su formación que son determinadas por el derecho natural, por lo cual está en el orden de la naturaleza que el género humano se propague por la generación y que los hijos ya procreados no se queden abandonados a su debilidad, desprotección e inexperiencia sino que reciban la protección paterna y una educación tanto en lo físico como en lo moral, por lo cual, requieren la colaboración perdurable de los padres.”<sup>1</sup>

El matrimonio es necesario para la sociedad en general porque es el único medio lícito para la conservación y propagación del género humano y es explicado por la natural inclinación de la humanidad al matrimonio, así se afirma la necesidad de la sociedad al matrimonio y que responde a la inclinación de la naturaleza humana, por lo cual todos y cada uno de los hombres tienen el derecho natural al matrimonio, y no puede ser negado a nadie a menos que no tenga la capacidad necesaria para contraer matrimonio.

El autor citado nos comenta que: “La esencia del contrato matrimonial viene a estar en el consentimiento o acto de voluntad de ambas partes y su objeto formal viene a consistir en la

---

<sup>1</sup> HUBER OLEA Y REYNOSO, FRANCISCO. DERECHO MATRIMONIAL CANÓNICO. MÉXICO 2006.ED. PORRÚA

creación de una comunidad de vida dando origen a la obligación de fidelidad y de procreación de los hijos.”<sup>2</sup>

Así, podemos afirmar que la manifestación del mutuo consentimiento constitutivo del matrimonio es *essencialiter perfectum*, (*en su esencia perfecto*) toda vez que no se requiere nada más “*ad essentiam matrimonii*”. “*matrimonium totum et plenum quantum ad partes essentielles invenitur in contractu per verba de praesenti*” de donde podemos concluir, el matrimonio en su totalidad y en su plenitud tanto en su totalidad como en sus partes esenciales viene a ser un contrato que se expresa a través de las palabras de presente, y no es necesaria para su constitución la “*mutua praestatio corporis*”, esto es el acto conyugal “La opinión de los que consideraron que la manifestación del mutuo consentimiento no bastaba para dar existencia a un verdadero matrimonio sino solamente a la promesa de matrimonio y que para la perfección del matrimonio era necesaria la cópula (la llamada “*cópula-theoria*”, combatida por la escuela de París (San. Pedro Damiano, en 1035; Pedro Lombardo, en 1160), fue seguida por la escuela de Bolonia, es decir, por Graciano<sup>3</sup> y sus discípulos.” entre estos debe contarse a Rolando Bandinelli (que después fue Papa con el nombre de Alejandro III; 1181), el cual, sin embargo, ya cuando era cardenal, tendió a atenuar en sus “*Sententiae*” la doctrina de la escuela de Bolonia, y como Papa se alejó totalmente de ella, incluso no adoptando el principio de la absoluta indisolubilidad del matrimonio contraído mediante “*legitimus consensus de praesenti, carnali copula non se cuta*”<sup>4</sup> por lo cual, podemos concluir que el consentimiento legítimo de presente viene a ser el constitutivo del contrato, y no forma parte de la constitución del contrato la cópula posterior al mismo.

Pero esta doctrina no fue adoptada por la Iglesia que, remitiéndose con frecuencia, tanto en las fuentes jurídicas, como en la abundante literatura, a los conocidos aforismos romanos, frecuentemente mal interpretados, sobre las “*iustae nuptiae*” o el “*legitimum matrimonium*” y sobre todo al aforismo de Ulpiano (1, 30, D., 50, 17) “*nuptias non concubitus, sed consensus facit*” Desde San Isidoro De Sevilla (633), *Tym*, c.7: in c. 6, C. 27, q. 2. Es necesario tener en cuenta que en el tema matrimonial la literatura canónica (incluso la más reciente) adopta con demasiada frecuencia, y no siempre con precisión, expresiones y definiciones romanistas.

---

<sup>2</sup> ÍDEM

<sup>3</sup> GRACIANO C.34, C.27, Q.2; DICT. AD C. 45 H.T.

<sup>4</sup> CFR. C.2, X, 3, 32; C.3, X,4,4

Como con toda frecuencia ha puesto de relieve la doctrina, la tradición canónica acogió con facilidad las definiciones propias del Derecho Romano. Y así, la definición que más frecuentemente aparece en las fuentes legislativas y en la literatura jurídica y teológica es la de Justiniano: “*nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vitae continens*” (Inst. 1, 9, 1) (las nupcias son la unión del varón y de la mujer, consorcio de toda la vida, comunión en el derecho divino y en el humano).

Sin embargo, la utilización de la definición de Modestino por la doctrina clásica reviste una característica singular: y es la que no aparece nunca propuesta de modo autónomo, sino siempre, y solamente, unida de alguna manera con la definición Justiniana. Algunos (Paucapalea, Esteban de Tournai, Godofredo de Trani) la usan de modo disyuntivo con la de Justiniano; y por tanto, con idéntico significado. Otros (Juan Teutónico, el Hostiense, Juan Andrés), la proponen como explicitación de la última parte de aquella definición, es decir, de la “*individuum consuetudinem vitae continens*”. Otros, en fin con finalidad explicativa.

Puede decirse, en suma, que la definición de Modestino era usada con una función hermenéutica, a modo de interpretación y para completar la de Justiniano.

Esta fue, desde luego, la más utilizada pero con algunos retoques, para adaptar la concepción romana del matrimonio a la visión cristiana.

Éstos conceptos se han ido complementando y llegan a la misma conclusión, que el matrimonio es una institución de derecho natural, pues responde a la naturaleza. En cierta forma se hace referencia a cómo está constituido el género humano y los fines que se persiguen a través de la misma naturaleza.

Fue Pedro Lombardo quien recogió las oportunas reformas de la definición de Justiniano, proporcionando una definición que sería, a la postre, la segunda de modo común por los posteriores teólogos y canonistas: “*Matrimonium est viri et mulieris ‘maritalis’ coniunctio ‘inter legitimas personas’, individuum vitae consuetudinem ‘retinens’*” (El matrimonio es la unión marital de varón y mujer entre personas legítimas que retiene una comunidad indivisible de vida).

El matrimonio, a pesar de que para los romanos tenía un carácter elevadísimo, e incluso sacro y religioso (“*nihil in rebus mortalium perinde venerandum est atque matrimonium*”. Nov.,

140, Praef.), como también lo tenía la familia, que del matrimonio se derivaba, y que Cicerón había llamado “*principium urbis et quasi seminarium rei publicae*”, no fue considerado como una relación jurídica que naciera de la mutua declaración de voluntad de los contrayentes, es decir, de un contrato con el cual las dos partes se ligaran y vinculasen para el futuro, sino que fue una mera situación de hecho.

Pero precisamente porque el matrimonio resultaba de la coexistencia de estos dos elementos, la convivencia y *la affectio maritales*, de tal manera que si *la affectio* faltaba, debía hablarse de concubinato y no de matrimonio legítimo, el matrimonio duraba mientras que estos elementos se daban simultáneamente, y dejaba de existir cuando faltaba uno de ellos, especialmente *la affectio*. De aquí que el matrimonio romano pudiese disolverse además de por la muerte de uno de los cónyuges, por mutuo consentimiento o por declaración unilateral de voluntad (con tal de que concurriese alguna de las *iustae causae* determinadas por el Derecho, como por ejemplo, según la Nov. 117 el adulterio de la mujer, el lenocinio o concubinato notorio del marido, etc.); podía también disolverse “*bona gratia*”, por prisión de guerra de uno de los cónyuges, por impotencia insanable, etc., o por “*capitis deminutio maxima*” (esclavitud de un particular o servidumbre de la pena por condena), etc. era incluso posible y válido, aunque ilícito, el divorcio sine causa. El “divorcio” romano, o “*repudium*” era por tanto “un caso más de extinción natural del matrimonio, como lo era la muerte de uno de los cónyuges”; y por tanto “declarar que el matrimonio perdura, a pesar del divorcio, que significa el fin *de la affectio maritalis* era una cosa que no cabía en una mente romana”<sup>5</sup> También especialmente: Ferrini, *Pandette*, Milano, 1904, p. 277 s.; Perrozzi, *Istituz. Dir. Rom. Firenze*, 1906, I, p. 244; Scialoia, *Corso Istituz. Dir. Rom., Roma*, 1934, p. 277 s.; Di Marzo, *Istituz. Dir. Rom., Milano*, 1938, p. 170 s.).

Se desprende de todo esto que la frase “*consensus facit nuptias*” no debe entenderse como la interpretaron que usaron después los canonistas (es decir, que el matrimonio se originase de un contrato), sino en el sentido de que, para decir si en un caso un matrimonio perduraba, se debía comprobar si el “*consensus*” o *la affectio maritalis* persistía.

“En el matrimonio romano el elemento psicológico o intencional, es decir *la affectio maritalis*, se dirigía a la comunidad de vida perpetua y plena (“*individua vitae consuetudo*”),

---

<sup>5</sup> BONFANTE, ISTITUZ. DIR. ROMANO, 10ª ED., MILANO, 1934, P. 182. VID.

pero podía faltar en cualquier momento, y en este caso las consecuencias eran semejantes a la realización de una concesión resolutive a la relación conyugal”.

Históricamente tenemos que considerar que desde Constantino hasta Justiniano, es decir desde principios del siglo IV a los primeros decenios del VI, fue cada vez más fuerte la reacción del Derecho romano contra el divorcio; pero esta reacción se dirigía a evitar el hecho de la multiplicación de los divorcios, que daba lugar a la corrupción de las costumbres; pero no significó nunca una reacción contra el divorcio como institución jurídica. El mismo Justiniano, en la Nov. 22 c.3, aunque deploraba y castigaba el divorcio, lo declaró natural e inevitable, “*quoniam ex iis quae Inter. Homines eveniunt ligatum omne dissolubile*”.

Sólo más tarde el concepto cristiano de la absoluta indisolubilidad del vínculo matrimonial defendido desde el principio por los Santos Padres, y especialmente por San Ambrosio (397) y por San Agustín (430) triunfa plenamente.

Pero lo que se ha querido poner de relieve aquí es lo siguiente: que cuando se hace uso del lenguaje romanista para definir el matrimonio cristiano (aunque este sea más o menos susceptible de adaptarse formalmente a los nuevos conceptos) no es difícil incurrir en equívoco, dada la profunda diversidad conceptual que existe entre el matrimonio romano y el canónico. En todo caso, las frases romanas, introducidas en el lenguaje canonista, deben ser entendidas en un sentido totalmente distinto del que originariamente tuvieron.

*Vid, entre los más recientes: D'Ercole, Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei padri della Chiesa ("Studia et documenta", 1939, p. 18 s.); Volterra, La conception du mariage d'après les juristes romains, Padova, 1940; Orestano, La struttura giuridica del matrimonio romano, dal diritto classico al diritto giustiniano.*<sup>6</sup> “

Por otra parte tenemos que considerar el carácter de contrato que se refiere al acto jurídico por el cual se inicia la sociedad conyugal se reconoce explícitamente en el Código de Derecho Canónico y viene a ser el acto de la celebración del matrimonio al cual no le falta ninguno de los elementos que constituye a los contratos como son: el consentimiento y el objeto, elementos que integran todo contrato. Debemos entender que hay un concurso de dos voluntades que se obligan mutuamente a prestaciones recíprocas, como son la copula conyugal ordenada a la procreación

---

<sup>6</sup> BULLETTINO ISTIT. DI DIR. ROMANO”, 1940 Y 1941

“Lo que mutuamente se entregan los cónyuges, al casarse, no es la misma copula, sino el derecho a realizarla, al cual acompaña la obligación respectiva. La obligación que se origina es de justicia en ambas partes, y la contraída por cada una de ellas es fundamento y razón de la contraída por la otra, por lo cual el contrato es bilateral en sentido estricto”<sup>7</sup>

El matrimonio pues es un contrato legítimo que equivale a decir que para que sea un matrimonio lícito y válido ese contrato debe adecuarse plenamente a las leyes y normas emanadas de la autoridad competente como en todos los contratos y en este en particular más que en ningún otro tiene la ley natural una relevancia extraordinaria, toda vez que es la que ha determinado y circunscrito su objeto esencial y específico toda vez que si del contrato matrimonial se elimina algo que pertenezca a la sustancia del mismo ya no se consideraría como matrimonio lo que se celebra sino una cosa totalmente distinta. Pero además de la ley natural la ley humana establece normas y leyes que afectan a la validez del contrato estableciendo impedimentos que pueden dirimir el contrato matrimonial ya que vienen a recaer directamente sobre las personas de los contrayentes o sobre su consentimiento o bien sobre la forma de la celebración.

El objeto material y remoto del contrato matrimonial, que vienen a ser los cuerpos de los contrayentes no en cuanto un cónyuge pudiese adquirir un derecho de propiedad o dominio sobre el cuerpo del otro sino solo en cuanto adquiere el derecho a la prestación corporal que se ordena a una finalidad concreta.

“El derecho a la prestación corporal mutua y reciproca con su obligación correlativa es lo que viene a constituir el objeto próximo y formal del contrato matrimonial. El consentimiento matrimonial viene a generar el derecho a esa prestación (Cópula Conyugal que es un derecho sobre el cuerpo para los actos que de suyos son aptos para la procreación).

Podemos considerar que el contrato matrimonial constituye una categoría especial dentro del régimen de los contratos por lo cual se dice que es un contrato *sui*

---

<sup>7</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO PAG. 429 B.A.C. 1983. MADRID.

*generis*, es un contrato que tiene características propias exclusivas que no se dan en ningún otro contrato.”<sup>8</sup>

El contrato matrimonial es un contrato estrictamente bilateral e indivisible toda vez que no puede producirse la obligación en cuanto a su objeto esencial en una de las partes sin que esa misma obligación se produzca en la otra. El contrato matrimonial es indivisible como todos los contratos y por lo mismo no puede quedar una parte ligada al vínculo matrimonial si la otra no queda en la misma forma ligada al mencionado vínculo por eso el contrato matrimonial es válido para las dos partes o para ninguna de ellas.

“En el contrato matrimonial la “indivisibilidad es absoluta por lo cual, si una de las partes es inhábil jurídicamente para contraer nupcias y esta inhabilidad ya absoluta o ya relativa debido a la indivisibilidad del contrato matrimonial se le exige a la otra parte aunque esta no tenga incapacidad o impedimento, que no pueda contraer dicho vínculo con la persona inhábil. El principio de la indivisibilidad del contrato produce un efecto negativo que es el de impedir que el matrimonio tenga validez en el caso que exista incapacidad en una de las partes contratantes.”<sup>9</sup>

El análisis de éste contrato nos obliga a concluir que es un contrato legítimo toda vez que la autoridad pública lo regula creando impedimentos dirimentes de Derecho Humano, vicios jurídicos del consentimiento y forma jurídica de la celebración y realización del matrimonio, siempre que contra ello se pueda oponer actividad de la Iglesia en la subsanación de raíz.

Como ha establecido la doctrina la palabra matrimonio se emplea para designar indistintamente dos realidades diferentes, pese a estar unidas entre sí por una relación de causa y efecto: la sociedad conyugal o comunidad formada por marido y mujer; y la celebración, es decir, el acto de contraer por el que los dos se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir matrimonio.

---

<sup>8</sup> OB. CIT F. HUBER PP

<sup>9</sup> HUBER OLEA Y REYNOSO, FRANCISCO. DERECHO MATRIMONIAL CANÓNICO. MÉXICO 2006. ED PORRÚA PP 125

## Matrimonio in fieri

Muchos canonistas definen todavía *el matrimonio in fieri* como “*contractus legitimus inter marem et feminam, individuum vitae consuetudinem afferens*”; y el matrimonio como estado: “*vitae consuetudo, praesertim vinculum coniugale*” (cfr. *In c. 11, X, 2, 23*). Sin embargo, en el Derecho Romano, incluso en el justiniano, el matrimonio es solamente “una institución ética y social de la que nacen consecuencias jurídicas” según (*Ferrini*); es decir, una “*res facti*”, que generalmente se asemeja a la posesión. El matrimonio romano era la resultante de dos elementos: la convivencia del hombre y de la mujer y la intención de ser marido y mujer., es decir de procrear y educar hijos y de constituir entre los cónyuges una sociedad perpetua y total (“*consortium omnis vitae*”: *Mod., I.c.*) los romanos llamaban a esta intención “ *affectio maritalis*” (“*coitos matrimonium non facit, sed maritalis affectio*”<sup>10</sup>

“El matrimonio *In fieri*... es un contrato consensual, no sólo porque se realiza por el consentimiento de las partes (esto ocurre en todos los contratos), sino porque se perfecciona por el mero hecho de haber prestado las partes su consentimiento en el acto de la celebración. Lo que se da y se recibe es pura y simplemente el derecho a exigir una prestación: “La cópula conyugal. El matrimonio queda perfeccionado y se produce el vínculo matrimonial en el mismo momento en que las partes prestan su consentimiento válido sin esperar a que se haga uso del derecho otorgado, o sea sin necesidad de esperar a que se realice la cópula conyugal. Esta doctrina que ya arranca desde el Derecho Romano fue definitivamente confirmada por Alejandro III. Hoy, pues, han sido ya superadas las discusiones entre las escuelas de Bolonia y de París, la primera de las cuales defendía la llamada Hoy “Copula Teoría” y que el matrimonio no se perfeccionaba en tanto no se había consumado mediante la copula carnal. El consentimiento prestado es lo que constituye la esencia del matrimonio *In fieri* o contrato”.<sup>11</sup>

El matrimonio *in fieri* viene a ser el acto mismo de la constitución del contrato matrimonial, en donde se entregan ambos cónyuges en forma recíproca los derechos y las obligaciones inherentes al matrimonio, es un verdadero contrato bilateral toda vez que ambas partes adquieren

---

<sup>10</sup> ULP., I, 32, 13, D., 2).

<sup>11</sup> OB .CIT. PAG. 431 B.A.C. 1983. MADRID.

recíprocamente derechos y obligaciones siendo un contrato singularísimo y *sui generis*, que tiene características propias y exclusivas independientes de modo alguno de los demás contratos y cuyas características son las siguientes:

I.- Por su origen es un contrato natural ya que se funda en la misma naturaleza del hombre.

II.- Por su fin, se ordena al bien del género humano.

III.- Por razón de las partes que contratan se celebra únicamente entre un solo hombre y una sola mujer.

IV.- Por el consentimiento, es un contrato particularísimo ya que dicho consentimiento generador y constitutivo del contrato no puede ser suplido por ninguna potestad humana, ni los derechos que dimanen del mencionado contrato pueden caducar o extinguirse ni adquirirse o transferirse a otros por decreto de la autoridad pública.

V.- por el objeto principal, en el contrato matrimonial los derechos y obligaciones se determinan en cuanto a sus substancia por la misma naturaleza con exclusión de la autonomía de la voluntad de los contrayentes y como acto legítimo que es se sujeta en todo a su ordenamiento y configuración legal.

VI.- Por razón de su firmeza y duración el contrato matrimonial es el único que por sí es perpetuo. La voluntad de los contrayentes queda ligada de tal suerte que ellos no pueden por su propio arbitrio proceder a su rescisión.

VII.- Por razón de lo que significa dentro del ordenamiento jurídico es tal su importancia social que su regulación trasciende al ámbito del derecho público.

## Matrimonio in facto esse

Por otra parte tenemos que considerar lo que los canonistas han denominado como matrimonio *in facto esse*, que viene a ser la sociedad ya constituida, el estado matrimonial permanente y que se ha definido como “La unión legítima, perpetua y exclusiva, del varón y de la mujer originada de su mutuo consentimiento y ordenada a procrear la prole”.<sup>12</sup>

Actualmente el concepto de matrimonio se ha proyectado hacia una dimensión que podríamos considerar más integral y humana como lo establece la Constitución “*Gaudium et Spes*” del Concilio Vaticano II que es fuente del actual concepto de matrimonio que se expresa en el actual Código de Derecho Canónico.

“Las profundas transformaciones de la sociedad contemporánea, a pesar de las dificultades a que han dado origen (amor libre, poligamia, divorcio, hedonismo, abuso del sexo para usarse mutuamente, situación económica, socio-psicológica y civil, etc.) con mucha frecuencia manifiestan de varios modos la verdadera naturaleza, el vigor y la solidez de la institución matrimonial y familiar”. (Gaud. Spes n. 47)

El matrimonio constituye una unidad de naturalezas, la unidad jurídica que tiene su principio formal en el vínculo jurídico que se constituye a través del consentimiento, pero asimismo con una base ontológica que tiene su base en la propia naturaleza, se trata de una concepción sugestiva y profunda en la que se destaca el constitutivo último y formal del matrimonio, que es el vínculo cuya cuestión encaja en la tradición más contundente (Santo Tomás de Aquino).

El Código de Derecho Canónico ha tomado en cuenta una parte importante del número 48, de la Const. *Gaudium et spes* en el cual se describe al matrimonio como un consorcio de toda la vida entre varón y mujer, esto en realidad no es una definición pero hay que tomar en cuenta que no es misión de los textos legales dar una definición, sino más bien señalar los derechos y obligaciones que corresponden a cada una de las partes contratantes, estableciendo los

---

<sup>12</sup> FELIX M. CAPPELLO S.J. TRACTATUS CANÓNICO-MORALIS DE SACRAMENTIS, VOL. V, DE MATRIMONIO, ED. 5, MARIETTI, 1947, N.3.

procedimientos que sean adecuados para tutelar esos derechos, el (Canon 1055) lo que en realidad está haciendo, es describir lo que tradicionalmente viene denominándose matrimonio *in facto esse* es decir, la relación jurídica de comunidad que surge del pacto conyugal o acuerdo de voluntades realizado entre las partes, el consentimiento, *el matrimoniale foendus*, en esta descripción del matrimonio se ha empleado el término *consortium*, un término de amplia tradición jurídica como se puede comprobar en la definición de Modestino que resulta muy adecuado para ser empleado en un texto legal.

Para este cambio influyó definitivamente la jurisprudencia emitida por el Tribunal de la Rota a partir de 1969 en que evoluciona hacia la corriente personalista del matrimonio y consideró el derecho a la comunidad debida y amor como objeto del consentimiento matrimonial.

El Canon 1057 del Código de Derecho Canónico establece:

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.

“1057 (1081) Con un criterio sistemático, ciertamente discutible, en cuanto que el texto legal separa la naturaleza del consentimiento y sus defectos, la nueva codificación canónica introduce el presente c. sobre el consentimiento matrimonial entre los cc. preliminares de todo el tratado de derecho matrimonial. En él se contienen dos afirmaciones fundamentales: que el consentimiento de dos personas de distinto sexo el factor constitutivo del matrimonio (§1) y cuál es la naturaleza de este acto (§2).

La única causa eficiente del matrimonio es el consentimiento de dos personas, es su elemento creador y, en consecuencia, tiene un carácter insustituible. Además, es necesario que sea jurídicamente eficaz: es decir, manifestando por personas libres de

impedimentos y en la forma legítimamente establecida. En el §2 se da una definición del consentimiento matrimonial que ha de ser puesta en relación con el c. 1095: es un acto de la voluntad, individual, mutuo y recíproco, etc. el objeto del consentimiento matrimonial, en correspondencia con la nueva concepción del matrimonio establecida en el actual Código, es de entrega y aceptación mutua de los esposos para constituir el matrimonio, tal como anteriormente se ha definido en el c. 1055; en el §1. se supera, en consecuencia, la restricción operada en el c. 1082, §2, del Código anterior, cuando parecía limitar el objeto del consentimiento matrimonial al mero *ius in corpus* con una finalidad específica: éste queda integrado en el contexto más amplio e integrador del *consortium totius vitae*. Cuando el consentimiento matrimonial reúne estas cualidades, tanto por parte de los sujetos como del objeto, dicho consentimiento es naturalmente válido y puede ser jurídicamente eficaz o ineficaz: si carece de alguna de estas condiciones, el consentimiento es naturalmente inválido e ineficaz en absoluto.”<sup>13</sup>

En la primera parte de este Canon se hace alusión al consentimiento de las partes contratantes que es el constitutivo del propio contrato, y en la segunda parte del mismo, se describe el consentimiento matrimonial, y se hace referencia *al consortium totius vitae*, que es la consecuencia lógica que se genera a través de este consentimiento.

El matrimonio *in facto esse*, hace referencia a la comunidad constituida por un varón y una mujer con el propósito de lograr determinados fines y funciones natural y legalmente establecidas.

El contrato se realiza en el momento en que se otorga el consentimiento y de él resulta una comunidad conyugal. Así tenemos que el matrimonio *in facto esse* es la realización cotidiana de la vida en matrimonio que implica el desarrollo de los diversos fines y bienes que se persiguen, como lo puede ser la fidelidad, el amor cotidiano traducido como el apoyo mutuo, la comunicación entre la pareja, la confianza, el valorar al otro, el sentir, y el hacer juntos, la convivencia diaria dentro del amor que es esencia de la unión, y que se va integrando cotidianamente, y se van compenetrando los esposos día con día en el quehacer de la ruta que

---

<sup>13</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO B.A.C. MADRID 1989. NOVENA EDICIÓN.

juntos han elegido. Es pues, en el matrimonio como comunidad de vida en donde se van a realizar los más caros y sublimes fines que pretende la humanidad, pero no en un solo acto sino en ese quehacer de la vida diaria y cotidiana, dentro de la confianza, del respeto, y comprensión que debe existir en todo momento.

## **CAPÍTULO II**

### **EL MATRIMONIO EN LAS CULTURAS DE LA ANTIGÜEDAD**

#### **Matrimonio en Grecia**

Muy probablemente, la religión en Grecia estableció el matrimonio como primera institución. Esta religión de carácter doméstico y basada en el hecho de rendir culto en el hogar a los antepasados (los manes) y que se transmitía de varón en varón sin ser exclusivo del hombre esta práctica; la mujer aportaba su arte en el culto, de soltera asistía a los actos religiosos de su padre y ya casada a los de su marido. El matrimonio tenía su fundamento en el culto doméstico para que los “manes de su familia” fuesen felices en ultratumba; a diario las jóvenes rendían culto a estos dioses ofreciendo sacrificios, guirnaldas de flores e imploraban protección y daban gracias por los beneficios. Cuando un varón pedía en matrimonio a una joven vecina, ésta ya no tenía nada en común con la religión de sus padres y comenzaba a hacer sacrificios en el hogar de su marido.

La ceremonia del casamiento era eminentemente religiosa, se celebraba en la casa paterna de la mujer y se ofrecía un sacrificio en honor de los dioses protectores de la boda y era presidida por el dios doméstico. El padre rodeado de su familia ofrecía un sacrificio, al terminar éste, pronunciaba una fórmula sacramental (Te concedo a mi hija para que le des a la República legítimos ciudadanos).<sup>14</sup> Con la que declaraba que entregaba a su hija al pretendiente. Justo después de haber tomado el baño nupcial, se trasladaba ésta 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. Durante

---

<sup>14</sup> DR. LUIS REYNOSO CERVANTES. EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN, ESTUDIO HISTÓRICO-JURÍDICO-CANÓNICO. ED. DUC IN ALTVM. MÉXICO 1959.

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 ceremonia.

Posteriormente, la joven hacía su entrada 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; tenían cuidado de que sus pies no tocaran el umbral de la puerta, para que se mantuviese pura para su esposo. Ya estando en el lugar 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 posteriormente 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 sagrado y sólo 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 así pudiera continuarse el culto a los manes.

El matrimonio en Grecia se caracterizaba principalmente por su aspecto religioso. Uno de los pilares fundamentales de las creencias religiosas eran los mencionados Manes; siendo una cultura sumamente espiritual, cada acontecimiento a lo largo de su vida era atribuido a los manes/dioses familiares. Contar con la “bendición” de estas divinidades era sumamente importante.

Se hace patente el hecho de que la mujer dejara de rendir culto a sus antepasados, cosa que había hecho desde su infancia, para pasar a rendir culto a su nueva familia, es aquí donde se refleja claramente el dominio del hombre sobre la mujer.

Todos los rituales de la Grecia antigua se pueden ver reflejados en culturas modernas, en donde aún ahora los preparativos de la boda se realizan con muchos detalles a fin de cumplir con los ritos que se acostumbra.

## Matrimonio en Roma

En Roma la familia estaba integrada por los padres, los hijos solteros y casados con sus respectivas esposas, los esclavos y los clientes; de esta manera el matrimonio era una institución regulada por el derecho civil, considerada como la unión de un hombre con una mujer por una tendencia natural para procrear hijos.

“En Roma como en todas las sociedades jurídicamente organizadas se plantearon desde épocas muy antiguas el problema de la regulación de los requisitos y elementos que se requerían para que contrajeran nupcias un hombre y una mujer, para que a esta unión se le atribuyeran 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. En Roma el matrimonio 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. 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 existían dos tipos de matrimonio: las *justae nuptiae* y el *concubinato*. Las dos figuras anteriores fueron socialmente aceptadas y no requerían de 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 regía a la familia dentro de la sociedad Romana, resultaba sumamente importante su conservación a través del matrimonio teniendo este último como fin primordial la procreación, como ya comentamos, el matrimonio está

constituido por dos elementos, uno objetivo que consiste en la convivencia del hombre y de la mujer y otro de carácter subjetivo que viene a consistir en la intención de los contrayentes de considerarse recíprocamente 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.<sup>15</sup>

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

Es importante considerar que 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* sobre su esposa mediante una *conventio in manum*, que se podía llevar a cabo en tres diferentes formas:

1. Teniendo en consideración que la consecuencia directa del matrimonio celebrado por medio de la *Confarreatio*, que era la ceremonia religiosa que se celebraba en honor al dios Júpiter en presencia de un Sacerdote, en la que se pronunciaban palabras sacramentales por los contrayentes y posteriormente comían un pastel de trigo.
2. Mediante una *Co-Emptio*, que se realizaba mediante una compra ficticia de la mujer por el marido, y en la que intervenía el *paterfamilias* de la novia como vendedor, llevando a cabo una *Mancipatio*.
3. El *Usus* que era la simple convivencia *ininterrumpida* 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*.

Los Romanos definieron en la época *Jutiniana* el matrimonio en la siguiente forma:

“*Matrimonium est manis et feminae 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”, de donde se compaginan en este aspecto tanto intereses religiosos como económicos.

---

<sup>15</sup> OB. CIT. F. HUBER PP 78

Es importante destacar que en el *usus* no intervenían palabras sacramentales ni el perfeccionamiento de un contrato, sino solamente por la mera convivencia de un año el matrimonio era considerado como tal. El consentimiento de los *paterfamilias* era entregado posterior a que los cónyuges comenzaran una vida juntos, pues era para dar un aval a dicha convivencia.

En Roma, el matrimonio era monogámico, llegando a respetarse esto en el contubernio que era la unión de tipo matrimonial entre esclavos, hechas 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 nupcias ya entre los futuros esposos o entre sus respectivos *paterfamilias*. Aun cuando no existían formalidades para celebrar el matrimonio, pues era considerada una situación de hecho, las justas nupcias podían estar precedidas por un acuerdo entre los futuros cónyuges o sus padres y la aceptación de las condiciones de validez para la celebración del matrimonio.

Las condiciones de validez para la celebración del matrimonio eran:

- a) La pubertad de los futuros esposos, entendida como la edad en la cual las facultades físicas de ambos contrayentes se encontraban suficientemente desarrolladas para la procreación de los hijos, tomando en consideración que la pubertad se alcanza a los 12 años para la mujer y a los 14 años para el varón, se requería de igual manera tener la aptitud legal de ciudadanos Romanos ya que el matrimonio celebrado con un extranjero era considerado *No Jurídico*.
- b) El consentimiento de los esposos. Las personas que contrajeran matrimonio debían expresar su consentimiento de manera libre en caso de que fuera *sui iuris*, es decir sujetas de derecho. Cuando se trataba de un sujeto *alieni iuris*, no ocurría lo mismo ya que los hijos se encontraban bajo la autoridad paterna y se debía contar con el consentimiento del *paterfamilias* pues de él emanaba la autoridad familiar. En época del Imperio, el Jurisconsulto Paulo señaló “Si el *paterfamilias* niega su consentimiento, los afectados pueden acudir ante el magistrado para que este presione al jefe de la familia para que dé su consentimiento”<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> MORINEAU IDEURTE MARTHA DERECHO ROMANO MÉXICO 1993

c) 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*. La falta de *conubium* podía ser sustituida por orden del emperador autorizando la celebración de las *iustae nuptiae*.<sup>17</sup>

Existían una serie de impedimentos para contraer *iustae nuptiae*, entre los cuales encontramos el parentesco entre los futuros cónyuges.

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 abarcaba a los hermanos, tíos y sobrinos y entre los primos.

Cuando el parentesco es por afinidad, (El que existe entre cada uno de los cónyuges con los parientes del 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 *usucapión*.

Los efectos que producía 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*.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> PETIT, EUGENE, DERECHO ROMANO, MEXICO, 8ª EDICION, ED. PORRUA, 1989, P.105.

<sup>18</sup> PETIT, EUGENE, DERECHO ROMANO, MEXICO, 8ª EDICION, ED. PORRUA, 1989, P.105.

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 demostraba 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 más que suficiente para que se disolviese el vínculo matrimonial.

Con la llegada de Justiniano al trono surgieron otras formas de divorcio y estas son:

1. Divorcio por mutuo consentimiento.
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, castidad o ingreso a órdenes religiosas.

Es resaltable como el poder del hombre sobre la mujer es manifestado a través del repudio, sin embargo a partir de Justiniano se reconoció ya el divorcio que podría ser invocado por cualquiera de las dos partes cuando ya no existía el *afectio maritalis* y es con esto que a la mujer se le reconoce más la calidad de persona y no de objeto.

## Matrimonio en Israel

En el pueblo Judío, el matrimonio tenía como características el poder del hombre sobre la mujer que tomaba papel de sumisión ante sus padres y posteriormente ante su esposo. Cuando contraía nupcias, siendo ésta complemento creador de la vida y la fecundidad con la bendición de *Yahvé*, atribuyéndole a la buena mujer judía las cualidades de debilidad, sumisión y prudencia.

Los hebreos consideraban al matrimonio como una institución sagrada y en diversos pasajes del antiguo testamento encontramos el sustento de lo anterior.

Según el Génesis el matrimonio fue la unión monógama de un hombre y una mujer (Adán y Eva); en este libro se relata cómo es que Eva fue entregada a Adán como compañera, pues no era bueno que este estuviese sólo, diciéndoles Dios 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, e *inspiróle* en el rostro un soplo o espíritu de vida, y quedó el hombre viviente con alma racional... 15. Tomó pues el Señor Dios al hombre, y *púsole* en el paraíso de delicias, para que le cultivase y guardase...16. Dijo así mismo el Señor Dios: No es bueno que el hombre esté solo: hagámosle ayuda y compañía semejante a él...20. Llamó pues Adán por sus propios nombres a todos los animales, a todas las aves del cielo, y a todas las bestias de la tierra: más no se hallaba para Adán ayuda o compañero a él semejante...21. Por tanto el Señor Dios hizo caer sobre Adán un profundo sueño: y mientras estaba dormido, le quitó una de las costillas, y llenó de carne aquel vacío...22. Y de la costilla aquella que había sacado de Adán, formó el Señor Dios una mujer; la cual puso delante de Adán...23. Y dijo o exclamó Adán: Esto es hueso de mis huesos, y carne de mi carne: llamarse ha pues Hembra, porque del hombre ha sido sacada...24. Por cuya causa dejará el hombre a su padre, y a su madre, y estará

unido a su mujer: y los dos vendrán a ser una sola carne...25. Y ambos, a saber, Adán y su esposa, estaban desnudos: y no sentían por ello rubor ninguno...”<sup>19</sup>

Las citas anteriores reflejan que el matrimonio es la unión de dos seres heterosexuales de manera monogámica con la finalidad de producir nuevos individuos por lo cual cuenta con un carácter indisoluble como lo vemos en el libro de Malaquías quien nos habla de cómo el creador condena el divorcio “porque Yahvé ha visto como tu traicionas a la esposa que tomaste cuando joven, ella ha sido tu compañera y con esa mujer te habías comprometido. ¿No ha hecho Dios de ambos, un solo ser que tiene carne y respira? Y éste ser único, ¿qué busca sino una familia dada por Dios? No traiciones, pues, a la mujer de tu juventud. Odio el divorcio Malaquías II, 14-16.

En el libro de los proverbios se menciona la importancia del mutuo amor que debe existir entre los cónyuges, lo anterior en razón del compromiso personal que se hacen los esposos ante Dios para toda la vida, cómo se proclama: ¡bendita sea...la mujer de tu juventud... encuentra el placer entre sus pechos en cualquier momento, y permanece siempre prendado de su amor. ¿Por qué, hijo mío, dejarías llevar por la pasión por una desconocida, que por apretar el vientre de una extraña?” Pro V, 18-20.

### **Génesis capítulo III-3.**

“...16. Dijo así mismo a la mujer: Multiplicaré tus trabajos y miserias en tus *preñeces*: con dolor parirás los hijos, y estarás bajo la potestad o mando de tu marido, y él te dominará...”<sup>20</sup>

De aquí nace en el matrimonio la unidad y la indisolubilidad como fines esenciales del matrimonio.

El matrimonio era eminentemente religioso, pues se debía realizar ante un Sacerdote, dándose los contrayentes la mano derecha y pronunciando ciertas palabras sacramentales.

---

<sup>19</sup> GÉNESIS CAPÍTULO II-2

<sup>20</sup> GENESIS CAPÍTULO III-3.

Primero se hacían los desposorios o esponsales, es decir, la promesa de matrimonio entre los futuros contrayentes en donde se especificaba la dote que aportaba la mujer, pasados los 6 meses o 1 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 quién le decía “Te mantendrás esposa mía, según el rito de Moisés y de Israel”<sup>21</sup> 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 que se presentara un libelo de repudio.

El divorcio o repudio fue concedido temporalmente por Moisés quien debido a una exigencia momentánea, facultó al marido para repudiar a su mujer. El repudio se mantuvo hasta hace poco, (siglo XX).

El libro del Deuteronomio en su Capítulo XXIV-24 contiene la legislación respecto al repudio y señala:

“1. Si un hombre toma una mujer, y después de haber cohabitado con ella, viniere a 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 toleró el divorcio por razón de adulterio, u otras causas que produjeran daño a los hijos o infamia al marido; ejemplo de ello era la lepra u otro mal contagioso) y la pondrá en manos de la mujer, y la despedirá de su casa, 2. Si después de haber salido toma otro marido, 3. Y este también concibiere aversión a ella, y la diere escritura de repudio, y la despidiere de su casa, o bien si el viene a morir; 4. No podrá el primer marido volverla a tomar por mujer; pues quedó amancillada, y hecha abominable delante del Señor.”<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> LUIS REYNOSO EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN MÉXICO 1959

<sup>22</sup> SAGRADA BIBLIA DE LA FAMILIA CATÓLICA, BARCELONA 1983.

Es de considerarse que en el pueblo de Israel el adulterio se castigaba con la muerte del culpable mediante lapidación.

“Entre el pueblo hebreo el matrimonio se llevaba a cabo en dos momentos y con algunas solemnidades, el primero que consistía en la adquisición de bienes de los esposos, también denominado esponsales, y un segundo momento seis meses o un año después en que se conducía a la esposa a la casa del esposo iniciándose así la ceremonia matrimonial ”La esposa salía de manos de las amigas y parientes pomposamente engalanada, con una corona en la cabeza, el rostro muy acicalado, resplandecientes los ojos por los colirios que le ponían, pintados los cabellos y las uñas cargada de collares, brazaletes y otros adornos, en la mayoría de los casos falsos o prestados. El esposo coronado también y rodeado por “los amigos del esposo”, iba al caer la tarde a casa de la esposa para recoger a ésta y conducirla a la suya propia. La esposa lo recibía circundada de sus amigas, provistas de lámparas, y todas prorrumpían en aclamaciones al llegar el esposo. De casa de la esposa a casa del esposo se organizaba un cortejo en el que tomaba parte todo el pueblo, con luminarias, cantos, música, danzas y gritos jubilosos, tanta era la autoridad moral de semejantes cortejos, que hasta los rabinos interrumpían las lecciones en las escuelas de la ley y salían con sus discípulos a felicitar a los esposos. En casa del marido se celebraba luego la comida nupcial, con cantos y discursos de congratulación y augurios felices”.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> CESAR CANTÚ, HISTORIA UNIVERSAL TOMO 1, BARCELONA 1927.

## Matrimonio en México

En México la Institución del matrimonio fue evolucionando. En la época prehispánica encontramos el matrimonio poligámico en la cultura azteca, sobre todo entre los grandes señores cumpliendo una especie de función política, cuyas esposas tenían varias categorías. La primera recibía el nombre de *cihuapilli*, además se distinguían las *cihuanemaste*, esposas dadas por su padre y las *tlacihuasanti*, o esposas robadas u obtenidas en la guerra.

Para el común de la gente la monogamia era norma general tanto para el hombre como para la mujer, el establecimiento de un hogar era el rito 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 celebrado su matrimonio.

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

Fray Bernadino de Sahagún señala en el libro cuarto 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 digna de tal pretendiente y que todavía era pequeña para casarse; así transcurrían las negociaciones durante cuatro días y en el último día se les daba la 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 el día las casamenteras ataban juntas las mantas de los contrayentes, les ofrecían comida y los dejaban solos toda la noche, y posteriormente se velaba la entrada de la cámara durante cuatro días,

transcurridos estos se sacaba el petate al patio lo sacudían y lo devolvían al dormitorio y así concluía la ceremonia.<sup>24</sup>

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

*“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 o no bien casada, no trataban del casamiento; más si decían que los signos eran buenos y conformes, procedían al matrimonio en esta forma. Presupuesto que entre ellos nunca era lícito a la mujer buscar marido, siempre los padres o parientes más cercanos del novio movían los casamientos. Primeramente iban de parte del novio dos viejas de las más honradas y abonadas de sus parientas, que se llamaban cihuatlanque, y estas proponían su embajada a los padres o 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 ello buscaban, porque así era la costumbre, puesto que su voluntad estuviese pronta para aceptar el tal casamiento. Volvían las matronas con la respuesta a los padres del mozo, que ya sabían las excusas de la primera embajada, y pasados algunos pocos días tornaban a enviar las viejas, las cuales rogaban mucho a los padres de la doncella, que consintiesen en el matrimonio y quisiesen aceptar su embajada.*

*A esto les respondían, o despidiéndolas del todo si el casamiento no les cuadraba, o si les cuadraba, les decían que hablarían a sus parientes y a su hija, y*

---

<sup>24</sup> FRAY BERNARDINO DE SAHAGÚN CRÓNICAS DE LA NUEVA ESPAÑA, MÉXICO 2000.

*les enviarían la respuesta. Entonces preguntaban ellas que era lo que tenía la moza, y declaraban lo que el mancebo tenía, y lo que más 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 a 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 los 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 fué 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 aún en cuasi todas) traíanla a 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 a recibir el mismo desposado a la puerta de su casa, y llevaba un braserillo a manera de incensario con sus brasas y encienso, y a 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 a su aposento, y los otros se quedaban en el patio. Asentaban a los novios los que 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 a ella unas vestiduras de mujer, y ella a él otras de varón.*

*Traída la comida, el esposo daba de comer con su mano a su esposa, y ella asimismo le daba de comer a él con la suya. De parte de él daban mantas a los parientes de ella, y de parte de ella a los parientes de él. Los deudos de los desposados, amigos y vecinos, con regocijo, y bebían dende vísperas para abajo. Ya cuando venia la noche, cantores y bailadores y cuasi todos estaban beodos, salvo los desposados, porque luego comenzaban a 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 más de a sus necesidades naturales, y luego se tornaban a su aposento, porque si salían o 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 chalchiuitl, que es especie de esmeralda y ponían un pedazo de cuero de tigre encima de las esteras, y luego tendían sus mantas”.*

*Los mazatecas se abstenían de consumir el matrimonio quince días, y estaban en ayuno y penitencia. Los mexicanos o nauales, en aquellos cuatro días no se bañaban, que entre ellos es cosa muy frecuentada. Poníanles también a 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 a la media noche y al medio día salían de su aposento a 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 llevábalo al templo. Si en la cámara hallaban algún carbón o ceniza, teníanlo por señal que no habían de vivir mucho. Pero si hallaban algún grano de maíz o 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, echáballes el agua uno de los ministros del templo, a manera de otro bautismo o bendición. A los señores y principales echábanles el agua con un plumaje a reverencia de dios del vino, y luego los vestían de limpias y nuevas vestiduras, y daban al novio un incensario para que echase encienso a ciertos demonios de su casa, y a 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 a la tarde se emborrachaban, que esta era 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 a tantos.<sup>25</sup>*

---

<sup>25</sup> FRAY JERÓNIMO DE MENDIETA HISTORIA ECLESIASTICA INDIANA. EDITORIAL PORRUA, MEXICO 1993. PAG. 790.

En el sistema familiar maya, desde la pubertad se empezaba a preparar a los adolescentes que tenían que vivir en casas comunales hasta cumplir los 18 años o hasta que contrajeran nupcias. El matrimonio era considerado *bigámico*, pues cada hombre podía tener dos mujeres, nos dice *Fray Jerónimo de Mendieta* en su historia eclesiástica indiana, aunque otros autores señalan que el matrimonio era monogámico, pero debido 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 la mujer con la intervención sus padres, a través de intermediarios denominados *atanzahob*, esto siendo vergonzoso para las familias que buscaban marido para sus hijas.

Las negociaciones para la compra de la novia se iniciaba con la entrega de regalos por parte del novio a la familia de la pretendida, después se continuaba con la costumbre denominada *haab-cab*, que consistía en el ingreso del novio a la familia de la pretendida para servir al suegro durante 4 o 5 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 durante el repudio existían hijos pequeños, la mujer se los llevaba, si eran grandes las mujeres correspondían a la madre y los varones al esposo. La mujer repudiada podía unirse en matrimonio a otro hombre y aún así podía posteriormente volver con el primer marido.

En el 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. Este pueblo practicaba la poligamia pero el adulterio se castigaba con la muerte de ambos criminales, ejecutando la sentencia el marido ofendido. 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.

“El sacramento del matrimonio *in facie ecclesiae* tuvo principio en esta Nueva España en la ciudad de Tez-cuco, 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 Tez-cuco (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 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 a sus ahijados, por dar ejemplo a 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 a 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 Tez-cuco, 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 marqués del Valle (que entonces se servía de aquella ciudad de Tez-cuco) mandó a un su criado que allí tenía, que ofreciese en su nombre, y ofreció bien largamente. Y de esta manera allí en Tez-cuco, y en todas las partes ad hoc había monasterios, donde se enseñaban los hijos de los señores y principales, los que eran de edad ibanse casando, porque en estos que eran mozos, son 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 o *cuasi* 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”.<sup>26</sup>

Durante la Colonia se aplicaron en la Nueva España leyes españolas a este respecto como el Fuero Juzgo, Fuero Real, Siete Partidas, Cédulas Reales y para el matrimonio la Real Pragmática

---

<sup>26</sup> FRAY JERÓNIMO DE MENDIETA. HISTORIA ECLESIASTICA INDIANA. EDIT. PORRUA MÉXICO 1993.

del 23 de Noviembre de 1776, en donde estaba vigente el Derecho Canónico y se prohibían los matrimonios autorizados sin noticia de la Iglesia.

En relación con el derecho familiar, una cédula familiar del 12 de julio de 1564 declaró que los cánones del concilio de Trento son “Ley de Reyno”. Durante la primera etapa del México independiente se continuó con esta práctica hasta la ley del 23 de noviembre de 1855 cuando se suprimió el Fuero Eclesiástico, dando paso a las leyes de Reforma y a la Constitución de 1857.

### **CAPÍTULO III**

#### **ELEMENTOS DE VALIDEZ EN EL MATRIMONIO CANÓNICO**

Como ya se indicó, el matrimonio es un contrato consensual no solo por ser realizado por el consentimiento de las partes (como ocurre con todos los contratos) sino porque se perfecciona por el hecho de que las partes prestan su consentimiento en el mismo acto de la celebración. Lo que se da y se recibe es simplemente el derecho a exigir una prestación, que es la cópula conyugal. En el matrimonio, el contrato es perfeccionado y produce sus efectos en el propio momento en que las partes exteriorizan su consentimiento sin esperar a que se haga uso del derecho otorgado, es decir, sin tener que esperar a que se realice la prestación (cópula conyugal). Ésta doctrina que viene desde el Derecho Romano fue confirmada por Alejandro III.

Hoy en día ya han sido superadas dichas discusiones entre las escuelas de Bolonia y París, en donde la primera sostenía la llamada “Cópula Teoría” postulando que el matrimonio no era perfeccionado en tanto no se había consumado la cópula carnal. “El consentimiento prestado es lo que constituye la esencia del matrimonio in fieri o contrato”<sup>27</sup>

Así tenemos que es suficiente únicamente el consentimiento para que el contrato exista con todos sus elementos, sin necesidad de que se perfeccione con la cópula. Los canonistas ponen especial énfasis en ésta punto ya que ha quedado plasmado en el Códex que el consentimiento no puede ser suplido por ninguna potestad humana.

Nos dice el Doctor Francisco Huber Olea y Reynoso que

---

<sup>27</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO, PÁG. 431 B.A.C. 1983. MADRID

“El matrimonio es un contrato legítimo que equivale a decir que para que sea un matrimonio lícito y válido ese contrato debe adecuarse plenamente a las leyes y normas emanadas de la autoridad competente como en todos los contratos y en este particular más que en ningún otro tiene la ley natural una relevancia extraordinaria, toda vez que es la que ha determinado y circunscrito su objeto esencial y específico toda vez que si del contrato matrimonial se elimina algo que pertenezca a la sustancia del mismo ya no se consideraría como matrimonio lo que se celebra sino una cosa totalmente distinta. Pero además de la ley natural, la ley humana establece normas y leyes que afectan a la validez del contrato estableciendo impedimentos que pueden dirimir el contrato matrimonial ya que vienen a recaer directamente sobre las personas de los contrayentes o sobre su consentimiento, o bien sobre la forma de la celebración”<sup>28</sup>

Para la validez de cualquier contrato se deben cumplir ciertos requisitos legales que establece la norma para el mismo, de donde resulta que éste contrato está regulado en todas sus partes, desde su constitución hasta su cumplimiento por la normatividad existente. De ahí que la ley positiva exija que los contratantes cuenten con ciertas características particulares según el tipo de contrato. Siendo sumamente trascendente el contrato matrimonial, no podría dejar de ser regulado dentro del sistema jurídico canónico en forma puntual y adecuada.

El objeto material y remoto del contrato matrimonial, que vienen a ser los cuerpos de los contrayentes, no en cuanto un cónyuge pudiese adquirir un derecho de propiedad o dominio del cuerpo del otro, sino solo en cuanto adquiere el derecho a la prestación corporal que se ordena a una finalidad concreta.

El derecho a la prestación corporal mutua y recíproca con su obligación correlativa es lo que viene a constituir el objeto próximo y formal del contrato matrimonial. El consentimiento matrimonial viene a generar el derecho a esa prestación (cópula conyugal) que es un derecho sobre el cuerpo para los actos que de suyos son aptos para la procreación.

Es importante hacer referencia a lo que la prestación corporal refiere, pues se puede hacer distinción entre el hacer exigible el derecho, pedirlo, u obligar al otro a otorgarlo. En cuanto a

---

<sup>28</sup> OB CIT. F. HUBER PP 110

pedir se refiere, es el solicitar a alguien la necesidad o el deseo de algo, el exigir implica requerir enérgicamente algo a lo que se tiene derecho, y obligar, mover o impulsar ejerciendo violencia sobre alguien para obtener lo deseado.

Podemos decir entonces, que al ser la prestación corporal un derecho ésta puede ser exigida, pues al “pedirlo” se estaría solamente solicitando, y cuando se tiene un derecho a algo, se tiene por igual el derecho a perseguirlo. El obligar al otro a otorgar la prestación, refiere al ejercicio de la fuerza o la violencia, e imponerse sobre el otro en contra de la voluntad del obligado. El uso de la fuerza en el matrimonio no se puede concebir en virtud de lo que la concepción del matrimonio cristiano es distinta y se debe adecuar a lo que se establece en la epístola de San Pablo a los Efecios, Capítulo 5, 22-33 que dice:

“...Maridos, amad a vuestras mujeres como Cristo amó a su Iglesia y se entregó a sí mismo por ella, para santificarla, purificándola mediante el baño de agua, en virtud de la palabra, y presentársela resplandeciente a sí mismo sin mancha ni arruga ni cosa parecida, sino santa e inmaculada.

Así deben amar los maridos a sus mujeres como a sus propios cuerpos. El que ama a su mujer se ama a sí mismo. Porque nadie aborreció jamás su propia carne; antes bien, la alimenta y la cuida con cariño, lo mismo que Cristo a su iglesia, pues somos miembros de su cuerpo, de su carne y de sus huesos. Por eso dejara el hombre y a su madre y se unirá a su mujer, y los dos se harán una sola carne”<sup>29</sup>

Podemos considerar que el contrato matrimonial constituye una categoría especial dentro del régimen de los contratos por lo cual se dice que es un contrato *sui generis* es un contrato que tiene características propias exclusivas que no se dan en ningún otro contrato.

El contrato matrimonial es un contrato bilateral e indivisible toda vez que no puede producirse la obligación en cuanto a su objeto esencial en una de las partes sin que esa misma obligación se produzca en la otra. El contrato matrimonial es indivisible como todos los contratos y por eso no puede una parte quedar ligada al vínculo matrimonial si la otra no queda en la misma forma ligada al vínculo, por eso el contrato matrimonial es válido para las dos partes o para ninguna de ellas.

---

<sup>29</sup> EPÍSTOLA DE SAN PABLO A LOS EFECIOS, CAPÍTULO 5, 22-33

En el contrato matrimonial la indivisibilidad es absoluta, si una de las partes es inhábil jurídicamente para contraer y está inhabilitada absoluta o relativa, debido a la indivisibilidad del contrato matrimonial, la otra parte aunque no tenga incapacidad o impedimento, no podrá contraer dicho vínculo con la persona inhábil. El principio de la indivisibilidad del contrato produce un efecto negativo que impide que el matrimonio tenga validez en el caso de que exista incapacidad en una de las partes contratantes.

Los tratadistas en sus investigaciones y análisis del contrato matrimonial siguen destacando la importancia de su indivisibilidad, y las consecuencias que lo hacen inoperante cuando alguna de las partes carece de todas las cualidades y requisitos que exige la ley canónica, ya sea en su capacidad como en la inobservancia de las formas requeridas; y este aspecto afecta a las dos partes y no solamente a una, por este mismo principio de indivisibilidad.

Parece de gran relevancia hacer énfasis en la característica única de éste contrato, en el que las partes contratantes reciben las mismas obligaciones y los mismos derechos, a diferencia de otros contratos como por ejemplo en la compraventa en donde una parte ésta obligada a entregar la cosa y la otra a pagar el precio, es decir, las prestaciones son distintas. En el contrato matrimonial, ambas partes reciben las mismas prestaciones y al mismo tiempo; y estas prestaciones se pueden exigir recíprocamente pues se tiene el derecho de exigir las.

Hemos de destacar el elemento esencial y que viene a ser el principal generador y constitutivo del contrato matrimonial canónico, que se establece de forma expresa en el Códex.

La jurisprudencia rotal en éste aspecto señala los siguientes elementos que vienen a configurar la comunidad de la vida conyugal:

- El equilibrio y la madurez de la personalidad requeridas para una conducta verdaderamente humana (vg. El dominio de sí mismo, la estabilidad de la conducta, etc).
- La relación de amistad interpersonal y heterosexual. (vg. El amor oblativo, el respecto a la personalidad afectiva y sexual de la pareja, etc.)
- La aptitud a colaborar suficientemente en la marcha de la vida conyugal. (vg. El respeto a la moral, a la conciencia del otro cónyuge, la aceptación de la responsabilidad de ambos)

- El equilibrio mental y el sentido de responsabilidad requeridos para el sostén material de la familia (vg. La estabilidad en el trabajo, la responsabilidad en la vida material del hogar, etc.)
- La capacidad psíquica de participar, cada uno según sus posibilidades, en el bien de los niños (vg. La responsabilidad moral y psicológica en la generación y educación de los niños).

Considerando que el matrimonio representa un interés público, así como un interés de los contrayentes disfruta de un favor que no alcanza a otras instituciones jurídicas, el favor se dirige al mantenimiento de la perpetuidad del vínculo matrimonial, por lo cual, en orden a la celebración del mismo queda a salvo su validez por este favor especial que el derecho le concede cuando al tenor del Canon 1060 se establece en forma expresa:

“El matrimonio goza del favor del derecho; por lo que, en la duda, se ha de estar por la validez del matrimonio, mientras no se pruebe lo contrario”.

El canon otorga una protección especial al matrimonio toda vez que el interés social reclama un trato de favor para la institución que viene a ser un deber de naturaleza con lo cual no hace más que dar satisfacción a una exigencia del derecho natural, por lo que el trato especial de favor que se le da es todavía mayor después de la celebración del matrimonio para poner a salvo su validez cuando sea necesario, como lo es en caso de duda.

El Canon 1060 confirma la vigencia de éste principio que ya tenía vigencia en el Derecho Antiguo con las palabras clásicas “El matrimonio goza del favor del derecho”, y por consiguiente en caso de duda se debe estar por la validez del matrimonio y agrega el canon, mientras no se pruebe lo contrario.

El favor del derecho importa una presunción general de validez de las nupcias que se concede al matrimonio por razón del bien público, y ésta especial protección jurídica no está dirigida a los derechos subjetivos de los cónyuges sino a la misma institución matrimonial, es decir referida al matrimonio *in facto esse*, si tiene figura o apariencia de verdadero matrimonio. Procediendo del derecho natural este principio se aplica a todo matrimonio tanto al sacramental como al legítimo; este principio se refiere en forma indistinta al caso de duda ya sea de hecho o de derecho y en caso de que la duda verse acerca de la validez o subsistencia de un matrimonio

de la cual dependa la nulidad de otro celebrado posteriormente con impedimento dudoso de ligamen el *favor iuris* se da en pro del primero, es opinión general entre los canonistas que el *favor iuris* protege al matrimonio tanto si consta que este se ha celebrado y la duda viene a recaer sobre su validez, como si la duda versa sobre el hecho de su celebración siempre que los presuntos consortes se encuentren en la llamada posesión constante de estado y su unión tenga figura o apariencia de verdadero matrimonio, en este caso la presunción de derecho se apoya en la regla *in dubio pro possessore*. El *favor iuris* del matrimonio tiene naturaleza jurídica de una presunción general de derecho en pro de la validez del matrimonio.

El canon 1060 tiene dos partes claramente delimitadas, en la primera de ellas se dice que el matrimonio goza del favor del derecho, y en la segunda se saca una consecuencia, más obvia y natural que la primera: en caso de duda se ha de estar por la validez del matrimonio, en tanto no se demuestre lo contrario. Se ha de notar que, si no padecemos error, de sólo dos instituciones se dice explícitamente en el Código que gozan del favor del derecho: del matrimonio y del privilegio paulino, o mejor dicho, del privilegio de la fe, empleando las mismas palabras del canon 1127, el cual probablemente va algo más allá de donde llega el privilegio Paulino.

El favor del derecho en el matrimonio es una norma, de la cual está impregnado todo el derecho matrimonial en el Código. Antes se ha definido, diciendo que es “la tendencia o propensión general del derecho a proteger de un modo especial y preferente la institución matrimonial con el fin de asegurar su vida normal”. No es, por consiguiente, una simple presunción, sino algo más trascendente. Las presunciones del derecho las crea el legislador, ordinariamente movido a ello por la manera normal y corriente de desarrollarse la actividad humana; y unas veces contienen un favor, pero otras no (cf. Canon 2200 2.)

El favor del derecho no tiende a favorecer a ninguna persona, sino a la institución matrimonial misma, por razón del interés público que ella entraña; tiende a protegerla, no como la ley protege todos los derechos legítimos, sino de una manera especial y preferente. Desarrollando esa norma, la Iglesia ha creado presunciones, protecciones y defensas concretas del matrimonio (especialmente en derecho procesal), que, si bien son favores especiales, no son “*el favor del derecho*” de que se ocupa el Canon 1014, sino una secuela y aplicación del mismo.

El favor del derecho no protege la celebración de un matrimonio futuro, sino sólo los matrimonios ya celebrados. El hecho de la celebración nada tiene que ver con el favor del derecho. Como todos los hechos, no se presume, sino que hay que probarlo.

Por consiguiente, no se puede invocar jurídicamente la norma del favor del derecho, en tanto no se demuestre previamente el hecho de la celebración, pero prescindiendo de su eficacia jurídica para producir el vínculo matrimonial y prescindiendo de si ese vínculo realmente, existe o es inexistente. La demostración positiva del hecho de la celebración podría ser innecesaria, si la celebración se hallase en la posesión del estado (matrimonial) y los cónyuges fueran tenidos por todos como casados, y con mucha más razón si ellos mismos lo creyesen, lo cual es posible, tratándose de cónyuges procedentes de la infidelidad.

En tanto que la segunda parte del canon sí contiene una presunción simple de derecho, que admite prueba en contrario. La presunción de validez, en caso de duda, se aplica a todo matrimonio, no sólo al que es sacramento sino también al de los no bautizados pues el derecho natural exige que por razón de interés público, no se disuelvan las uniones matrimoniales realizadas si no consta con certeza que son sido nulas. La presunción de validez es de derecho, pero no por eso excluye que la certeza de la nulidad pueda obtenerse en virtud de otras presunciones de hecho que desvirtúen aquella, ya que ambos géneros de presunciones actúan en campos distintos. La primera exime de probar la validez del matrimonio, y mediante las segundas puede probarse la nulidad.

La prueba de la nulidad ha de ser tan eficiente que provoque una verdadera certeza moral. Toda la jurisprudencia de la Rota Romana insiste reiteradamente en que la nulidad ha de probarse concluyentemente (“*concludenter*”, “*invicte*” etc.)

En los casos de bigamia simultánea, *el favor iuris* del derecho no protege al segundo matrimonio celebrado, sino al primero, que es el que estaba en la posesión al cometerse el acto de bigamia con el segundo matrimonio. Por consiguiente, en caso de duda acerca de la validez de un matrimonio, del cual se tenga impedimento dudoso de ligamen, ha de declararse nulo el segundo, siempre que la duda acerca de la validez del primero constituya duda positiva e insoluble y en la sustanciación del proceso se observe el trámite ordinario del derecho, prescrito para la sustanciación de las causas matrimoniales, así lo declaró la Comisión de Intérpretes el 26 de

junio de 1974. Por lo tanto, en ese caso no es lícito hacer uso del procedimiento sumario o extraordinario definido en los cánones 1990 – 1992.

Contra el favor del derecho que protege la validez del matrimonio, prevalece otro favor del derecho: el que protege la fe, al que se refiere el mismo canon 1014, que remite al 1127. A la Iglesia, más que sostener en caso de duda la validez de un matrimonio celebrado en la infidelidad, le interesa la constitución de un nuevo hogar cristiano y, tal vez, la conversión de un infiel. Por eso, si se duda acerca de la validez de un matrimonio celebrado en la infidelidad, ese matrimonio se presume nulo, siempre que ello facilite la conversión y la celebración de un matrimonio cristiano (n.535.)

“Finalmente, el favor del derecho, en lo que viene a ser norma trascendente y podríamos llamar metajurídica, puede y debe también aplicarse, en nuestra opinión, modesto sentir y en la debida proporción, a la comunión de vida o cohabitación de los cónyuges bajo el mismo techo; o lo que es lo mismo, a las causas de separación conyugal, afirmamos esto fundados en los términos generales en que está concebida la primera parte del canon 1014 y en que la segunda, la presunción que establece a continuación, no es más que una aplicación o consecuencia una de tantas, que no puede identificarse adecuadamente con el principio general formulado”.<sup>30</sup>

Tenemos que reconocer que la expresión empleada por el Legislador es muy general en caso de duda, si no se prueba lo contrario, no siempre se consigue la certeza moral contra la validez del matrimonio y hasta se tiene a recelo de la invalidez del mismo, por lo cual, el Legislador está optando por *el favor iuris*.

El contrato matrimonial es tan trascendente para la sociedad en sí misma, y causa tal impacto social que el derecho debe otorgar una protección especial que se ve reflejada en la institución del *favor iuris*.

Como ya ha quedado establecido, lo que protege el *favor iuris* es a la institución en sí misma, no a ninguno de los contrayentes en especial. Por esto en el caso de bigamia, aun siendo

---

<sup>30</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID 1984 PAG. 441-442-443.

inválido el primer matrimonio, el contrayente no puede celebrar otro contrato en tanto la nulidad del primero no sea declarada, es una forma en la cual se manifiesta este *favor iuris*.

Siendo el contrato matrimonial como ya lo hemos dicho tan trascendente y necesario en la sociedad y de la misma forma que es el consentimiento el elemento generador y constitutivo de dicho contrato, este consentimiento como ya lo hemos apuntado ha sido motivo de severo análisis por los canonistas que la jurisprudencia rotal ha establecido los parámetros que debe tener en principio este consentimiento como ya quedo debidamente tratado en éste trabajo.

Por ser un contrato particularísimo es lógico que persiga determinados fines

Nos dice el Doctor Francisco Huber Olea y Reynoso en su libro Derecho canónico matrimonial:

“En las fuentes tanto doctrinales como legales del derecho matrimonial la palabra fin se ha venido empleando en sentido técnico y significa el bien a cuya obtención se tiende ya por la propia naturaleza de la Institución o por la deliberada intención del agente. La distinción entre el fin de la obra (*Finis operis*), es decir el fin objetivo o intrínseco, y el fin del agente (*finis operantis*), o sea el fin subjetivo o extrínseco, debe adoptarse de igual forma en el matrimonio. El *finis operis* en el matrimonio es aquel bien a cuya obtención tiende el matrimonio por su misma naturaleza y que el Creador dio a esta institución, toda vez que conforme a la *enciclica “casti connubi”* “Obra de Dios son la propia institución, los fines, las leyes y los bienes del matrimonio”; y el *finis operantis* es aquel bien a cuya consecución tiende la voluntad de los contrayentes. El *finis operis* puede coincidir con el *finis operantis* y por ello el Pontífice Pio XI exhorta a los contrayentes a que busquen en el matrimonio los mismos fines por razón de los cuales ha sido instituido por Dios. Estos fines, por lo mismo, no pueden faltar, por lo menos implícitamente, en la intención de los contrayentes pues son tan necesarios y esenciales que sin ellos no puede haber matrimonio válido, de todo lo anterior podemos considerar que el *finis operis* es aquello para lo que la naturaleza ordena la cosa o el acto que es esencialmente el fin objetivo intrínseco y natural, en tanto que el *finis operantis* es un

fin accidental subjetivo y extrínseco que es lo que el agente se propone o pretende al elegir algo.”

Por su parte, Santo Tomás de Aquino dice que “el motivo por el cual debe casarse una mujer no ha de ser otro que el de llegar a ser madre... a la mujer principalmente incumbe la obligación de educar a los hijos”.<sup>31</sup> De donde destaca la importancia que tiene la labor de la madre no solamente en la procreación sino también en la educación de los hijos, de donde tenemos que considerar varias situaciones, el procrear no implica necesariamente el que las personas tengan la capacidad para educar, es decir, los atributos físicos para procrear se pueden tener, pero no así la capacidad para educar, ya que esto implica un grado máximo de responsabilidad.

De donde Santo Tomás sigue comentando a éste respecto que “el matrimonio fue instituido principalmente para el bien de la prole, no solo para engendrarla, ya que eso puede verificarse también fuera del matrimonio, sino además para conducirla a un estado perfecto, pues todas las cosas tienden a que sus efectos logren la debida perfección”.<sup>32</sup>

“En la edad media se consideró tan sólo el fin esencial intrínseco (*finis operis*) del matrimonio: procreación y educación de la prole y se consideraron así mismo los tres bienes del matrimonio, atribuidos a San Agustín, (“*bonum prolis, bonum fidei y bonum sacramenti*”) posteriormente ya en el siglo XVI se habla también de la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia. En el Codex de 1917 se jerarquizan y así el Canon 1013 establece en su primer numeral que la procreación y educación de la prole es el fin primario del matrimonio; el secundario es la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia.

El Concilio Vaticano II en la Constitución “*Gaudium et Spes*” en su n. 50, no jerarquiza los bienes del matrimonio al establecer: “no se deben posponer o colocar en segunda línea los demás fines del matrimonio... el matrimonio no ha sido

---

<sup>31</sup> SUPPL, Q.44, A. 2, C.

<sup>32</sup> Q. 59, A. 2, C.

instituido solo para la procreación... sino para que el mutuo amor se manifieste honestamente crezca y madure”.<sup>33</sup>

El código actual, en el Canon 1055 n.1 establece lo siguiente:

“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”.

En este canon se indica que la alianza matrimonial, o sea, el pacto que se establece entre el varón y la mujer es la parte detonante para iniciar un consorcio de toda la vida. Es por esto que dicho pacto debe reunir ciertas características especiales, pues es un pacto que trasciende para toda la vida y se le ha dado la característica de perpetuo, así los contrayentes deben tener un nivel de consciencia mayor, pues no es compromiso común sino de gran relevancia. Por esto, los canonistas han dedicado mucho tiempo al estudio del consentimiento y que actualmente se siguen descubriendo nuevas alternativas para desentrañar cómo debe ser éste consentimiento y sobre todo la capacidad que se debe tener para manifestarse.

Éste canon ciertamente trata las partes fundamentales del contrato, sus consecuencias, su vigencia, su proyección social y la dignidad del mismo.

A este respecto el comentario al código indica lo siguiente:

“1055-1012 en los cc. Preliminares se tratan los principios teóricos y doctrinales que pretenden articular el nuevo derecho matrimonial canónico: la naturaleza del matrimonio, sus propiedades esenciales, la potestad de la Iglesia, etc. cánones que encierran, como veremos, una indudable riqueza doctrinal. Dos ideas fundamentales se contienen en este primer c.: la descripción del matrimonio como institución natural y como sacramento.

En el §1 se nos da una definición indirecta de lo que es el *matrimonium in fieri* en cuanto institución natural: consorcio de toda la vida, constituido entre un hombre y una mujer, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la

---

<sup>33</sup> OB CIT. F. HUBER PP 240

generación y educación de la prole. Definición que recuerda a las ya clásicas de *Ulpiano y Modestino* en el derecho romano y que pretende armonizar el elemento subjetivo o carácter privado con su necesaria institucionalidad o carácter público, puesta hoy en crisis en bastantes ambientes sociales; el contenido proviene directamente del texto conciliar de *GS 48*, donde se describía el matrimonio como una “*intima comunitas vital et amoris coniugalis, a Creatore condita suisque legibus instructa, foedere coingii seu irrevocabili consensu personali instauratur*”.

¿Cuál es el contenido de este *consortium*? El texto no lo establece taxativamente: se limita a indicar que en su contenido se comprenden los aspectos objetivos el *ius in corpus* del código anterior y los aspectos subjetivos. La doctrina y jurisprudencia canónica irá configurando progresivamente su contenido dentro de las grandes coordenadas que se establecen en este primer c. En cuanto a su naturaleza jurídica, y partiendo del principio establecido en el c. 1057 que afirma que el consentimiento mutuo de las partes es lo que constituye el matrimonio, encontramos que el texto maneja dos términos para su definición: *foedus matrimoniale* (c. 1055, §1) *contractus* (c. 1055, §2).

En realidad la cuestión carece de interés pues reconociendo que ambas expresiones son inadecuadas para manifestar la realidad jurídica del matrimonio, se trata de un mero cambio terminológico: la propia Comisión codificadora expresamente advirtió que ambas locuciones, *contractus* y *foedus matrimoniale*, “Se entiende en un mismo significado, deliberadamente, de forma que aparezca con mayor claridad que el pacto matrimonial descrito en la *GS* no puede constituirse de otra forma para los bautizados, sino por un contrato, aunque especial” (*Relatio 1981, p. 244-245*). En definitiva, nos encontramos ante un negocio jurídico de carácter contractual, *sui generis*, de un hombre y una mujer para constituir un consorcio total en sus vidas. La finalidad de la alianza matrimonial viene indicada en el mismo párrafo: ordenado al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole. Supone un cambio, casi radical, en relación con la doctrina mantenida hasta el Concilio Vaticano II: *el c. 1013, §1\**, *del CIC* anterior establecía una clasificación jerárquica de los fines del matrimonio, distinguiendo entre fin primario la procreación y educación de la prole y fines secundarios la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia. Esta clasificación fue reafirmada en documentos posteriores de la

iglesia (v. gr., *S. C. S. Officii, Decretum de finibus matrimonii, 1 apr. 1944: AAS 36 (1944) 103;*) *Pío XII, Discorso alle ostetriche, 29 oct. 1951 (AAS 43 (1951) 835-854)* y fue reformada en el documento conciliar *GS 50,1* cuando, a propósito de esta cuestión, afirma que *non posthabitis ceteris matrimonii finibus*: se negó a afirmar y establecer una categoría jerárquica de dichos fines. El actual texto legal se sitúa en esta misma órbita. En consecuencia, los fines que especifican el estado matrimonial, la institución en sí misma considerada *finis operis*, y no el fin particular que al casarse persiguen de una forma inmediata los contrayentes *finis operantis*, son los que están especificados en el *c. 1055, §1*. éste fin objetivo del matrimonio, que no pretende ni establecer una prioridad entre ellos ni dar una recensión específica de todos ellos, es doble: 1º, El bien de los cónyuges, se trata de un elemento esencial de acuerdo con la visión más integradora del matrimonio de pacto o alianza matrimonial. Su contenido vendría a coincidir con los denominados fines secundarios en el Código anterior y comprendería los aspectos más personalísticos del matrimonio: v. gr., la realización de la cópula conyugal modo humano (*c. 1061, §1*) etc.

2º. La generación y educación de la prole. Consiste en lo que el *CIC* anterior denominaba fin primario. No queda, en contra de lo que una lectura superficial del *c.* pudiera parecer, supeditado o en penumbra tras el anterior fin: es, como el anterior, uno de sus elementos esenciales y tipificadores del pacto matrimonial y, como establece el *c. 1101, §2*, su exclusión imposibilita la prestación de un consentimiento matrimonialmente válido. Ambos fines objetivos, en resumen configuran el consorcio matrimonial.

La segunda idea contenida en este *c.* es la de su sacramentalidad en los bautizados, desglosada en dos afirmaciones muy importantes: 1.) que entre los bautizados esta misma realidad matrimonial natural ha sido elevada por Cristo a la condición de sacramento; 2.) que en el matrimonio de los bautizados se da una inseparabilidad entre el contrato (realidad natural) y el sacramento (realidad religiosa) signficante de gracia.

“La primera afirmación es un dato pacíficamente adquirido y admitido en la actualidad en la teología sacramentaria católica: la unión matrimonial, en su consideración meramente natural, ya reviste un carácter sagrado, como lo demuestra

la fenomenología de las religiones. Cristo elevó esta realidad natural a la dignidad de sacramento; este hecho no supone alteración de la naturaleza de la institución matrimonial: implica, como ha puesto de relieve el magisterio ordinario de la Iglesia recientemente, la incorporación de este instituto natural al orden sobrenatural de la gracia en el caso de los bautizados. De aquí se sigue cómo la sacramentalidad no es un elemento accidental y extrínseco: pertenece a la misma raíz del matrimonio. En cuanto sacramento, es un signo sensible y significativo de la gracia; su materia y forma es el consentimiento mutuo de los esposos, y el ministro son los propios contrayentes; en la teología oriental, por el contrario, es el ministro sagrado. La sacramentalidad tiene consecuencias jurídicas importantes (*c.1141*): es opinión común que únicamente lo es tal cuando se trata del matrimonio entre dos cristianos. La segunda afirmación, consecuencia directa de todo lo anterior, es la inseparabilidad entre el contrato y el sacramento del matrimonio en los bautizados (2): consiste en la imposibilidad de separar ambas realidades, tratándose de matrimonio entre cristianos. En consecuencia, si no hay contrato válido, no hay sacramento; y si no hay sacramento, no hay contrato. Se trata de una afirmación calificada teológicamente como de “doctrina católica” y que ha sido reafirmada en sucesivas ocasiones por el magisterio de la Iglesia. Asimismo ha sido un tema puesto en cuestionamiento desde diversas perspectivas a lo largo de la historia: desde la teoría *hilemórfica* de los sacramentos, a raíz del ministro del sacramento del matrimonio, con ocasión de las pretensiones regalistas de los siglos *XVIII-XIX*..., en la actualidad, el cuestionamiento a esta afirmación tradicional se ha planteado a partir de una constatación pastoral: la existencia de bautizados que se declaran no creyentes o no practicantes. La Iglesia ha reafirmado recientemente dicha inseparabilidad cuya consecuencia más importante es la obligatoriedad del matrimonio canónico para todos los bautizados, independientemente de la situación de su fe personal. Un reflejo de esta polémica puede verse en los *cc. 1071, §1, 4º 1117*”.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO PAG. 429 B.A.C. 1983. MADRID.

Como en cualquier contrato siempre se tiende a lograr determinados fines, o determinados bienes, sin éstos ningún contrato tendría razón de ser. Y en el matrimonio siendo un contrato tan especial, importante y trascendente no se puede concebir sin que se persigan sus propios fines.

Los fines del matrimonio no pueden faltar por lo menos implícitamente en la intención de los contrayentes pues son tan necesarios y esenciales que sin ellos no puede haber matrimonio válido, aunque debemos tomar en cuenta que para celebrar válida y lícitamente matrimonio no se requiere que los contrayentes se propongan explícitamente los fines de la institución sino que basta con que no los excluyan en forma positiva, es decir, que quieran contraerlo conforme ha sido instituido por el Código y la constante jurisprudencia rotal.

Éste canon destaca la intención de los contrayentes, la cual está definida como el ordenar algo los fines o bienes específicos que se persiguen en este contrato.

Actualmente la jurisprudencia rotal ha señalado que los elementos substanciales del matrimonio en tanto a su validez los siguientes:

**1.-** El *bonum sacramenti* (El bien del sacramento) que equivale a la indisolubilidad del contrato matrimonial y esta indisolubilidad es esencial a dicho contrato de manera que no puede haber verdadero matrimonio si se excluye el elemento de la indisolubilidad.

La indisolubilidad pertenece a la esencia del matrimonio en sí mismo y no a su uso, y se le llama, a este elemento, *bonum sacramenti* por que pertenece al matrimonio en cuanto ha sido considerado como sacramento. Ya se hizo referencia a la sesio XXIV del Concilio de Trento en donde fue definido: “*matrimonium christianorum, legitimo ritu celebratum, verum et proprie dictum Novae Legis sacramentum*”.

Resulta cuestionable el por qué se identifica el sacramento con la indisolubilidad del contrato matrimonial, pues si bien una de las características de éste es la indisolubilidad, la sacramentalidad es un asunto teológico, un asunto distinto respecto a características de indisolubilidad del contrato.

Desde nuestro punto de vista, los teólogos han hecho una confusión en éste sentido, pues antes de haber sido declarado como sacramento en el concilio de Trento, éste contrato ya era considerado como indisoluble por Santo Tomás de Aquino.

2.- El *bonum fidei* (bien de la fidelidad) pertenece al uso del matrimonio y no a su ser según lo establece Santo Tomás de Aquino en su Suppl., a la Suma Teológica q. 49, a. 3, c. porque la infidelidad no afecta a la validez toda vez “que el ser de una cosa no depende del uso de la misma”.<sup>35</sup>

El *bonum fidei* pertenece a la esencia del matrimonio, si a este se le considera en su auténtico sentido y no sólo en cuanto al uso del matrimonio. El derecho a la fidelidad y la obligación que conlleva a observarla, de acuerdo con lo que se establece en el contrato es esencial al matrimonio y equivale a la característica de la unidad o exclusividad. El *Bonum Fidei* viene a ser el derecho exclusivo a compartir la vida conyugal y no a procrear de donde resulta que este bien es un derecho y una obligación recíproca de los cónyuges.

El bien de la fidelidad es necesario y sustancial al mismo contrato, forma parte de la misma sustancia del mencionado. Así, la fidelidad también se identifica con perpetuidad que no es dada temporalmente, sino de manera definitiva, y en tanto dure la vida de los contrayentes.

3.- El *bonum prolis* (bien de la prole) es otro de los fines que son esenciales e intrínsecos al contrato matrimonial y es esencial el derecho a procrear y educar a los hijos, el derecho que se tiene por parte de los dos cónyuges a la paternidad /maternidad y por consiguiente el derecho que se tiene a realizar la cópula conyugal procreativa, es decir, la cópula conyugal que es apta para engendrar y que abre la posibilidad a la vida. Debemos considerar que la prole en sí misma no es esencial porque de ser así todos los matrimonios sin hijos serían inválidos.

El bien de la prole implica dos cosas en esencia, la procreación de los hijos y su educación. Pues no solamente se atiende a la procreación en sí misma, sino a la capacidad que se debe tener para educar a su descendencia.

4.- El *bonum coniugum* (el bien de los cónyuges) es otro de los fines esenciales del matrimonio y sin él no podemos entender un verdadero consorcio de toda la vida, como lo establece el canon, y que es la esencia del matrimonio *in facto esse*, es decir de la vida matrimonial en sí. Se está tratando de determinar cuál es el contenido esencial de este bien por la actual jurisprudencia y cuáles son los elementos que se requieren y sin los cuales no se puede hablar en forma exacta de dicho bien. Debemos considerar que se trata de un derecho al igual que

---

<sup>35</sup> SUPPL., Q. 49, A. 3, C.

una obligación ordenados al bien de los cónyuges, a su bienestar, a su plenitud, a su realización, de la misma forma no podemos olvidarnos de todos aquellos elementos que ha establecido la jurisprudencia rotal para integrar una verdadera comunidad de vida conyugal, como son el equilibrio y la madurez de la personalidad que se refiere a una conducta verdaderamente humana, la relación de amistad interpersonal y heterosexual, la actitud de colaborar en la vida conyugal el equilibrio mental y la responsabilidad así como la capacidad psíquica para participar en todas las funciones que implican el cumplimiento de la responsabilidades que se proyectan para obtener el bien de los hijos.

Así tenemos que el bien de los cónyuges refiere el respeto, amor hacia el otro, la asistencia mutua, el apoyo, y que implica una labor cotidiana. Hay que resaltar que la jurisprudencia rotal ha puesto especial énfasis en esto, pues no todas las personas tienen ésta capacidad de amar.

Es pues necesario que confluyan todos los elementos que sean necesarios para que se establezca la sana relación interpersonal que requiere el matrimonio, como el compañerismo, la amistad, y el derecho al amor conyugal. El amor no es algo estático es una inclinación hacia la persona amada, sin descartar lo romántico, apasionado y turbulento que pudiera manifestar, también implica la racionalidad en su estima, por otra parte se puede considerar en un diálogo en torno a los dos polos en cada persona el amor de deseo, al cual Santo Tomás de Aquino llama de concupiscencia y que es el deseo de la otra persona como fuente de auto realización; y el amor de generosidad que Santo Tomás de Aquino llama amor de amistad y que implica el querer el bien de la otra persona sin ningún interés personal. Hemos de considerar que en todo amor humano sano hay un intercambio, que necesariamente es un dar y recibir constante.

“Implica unión con el otro” (entre ambas personas), porque todo amor verdadero tiene un vínculo unitivo, y los dos polos, el amor de deseo y el amor de generosidad son cada uno a su modo, creativo de la unidad entre la persona que ama y la que es amada, crea una comunión (“común unión”) entre ellos y en cierto sentido los hace “dos en un solo ser”.<sup>36</sup>

El considerar el acto sexual a que los cónyuges tienen derecho y que es esencial del matrimonio, es de igual manera unitivo y procreativo, y por lo tanto es a la vez signo y causa del amor, el amor es afecto, sentimiento, pasión, y debe estar bajo el control de la voluntad por lo

---

<sup>36</sup> CF. I-II, Q. 28, A. 1, C. Y AD 2.

cual el amor es libre y voluntario, puede ser medido y ser objeto al mismo tiempo del consentimiento del matrimonio, el hombre puede y debe amar a su esposa más intensamente que a sus padres, pero así mismo puede y debe amar a sus padres con más reverencia. Destaquemos que el amor no sólo es importante sino esencial en el matrimonio e implica todos los elementos requeridos en el verdadero consentimiento matrimonial (entrega /aceptación personal, total, exclusiva y para siempre de dos personas de distinto sexo para procrear y educar hijos) el que no es capaz de vivir un auténtico amor conyugal es incapaz de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, por lo tanto en primer lugar la heterosexualidad, y después una sexualidad ordenada he ahí “el humano modo” la fidelidad, la totalidad del compromiso en el tiempo, el bien del otro cónyuge, una apertura a la cooperación creativa y una disponibilidad para la procreación de la prole.

“Pero de igual manera, aquel que intencionalmente (con un acto positivo de la voluntad o con un error que especifique la voluntad misma: Cánones 1099 y 1101) coarta ese núcleo objetivo, exaltante y al mismo tiempo humanísimo (más exactamente, que atañe al “*divinum et humanum ius*”) que es la esencia del matrimonio, acaba por rechazar, más aún, rechaza principalmente el concepto mismo de auténtico amor conyugal. Y de este modo el consentimiento resulta viciado substancialmente para convertirse de hecho en nulo y nulificante”<sup>37</sup>

El canon 1056 del Código de Derecho Canónico establece:

“Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad que en el matrimonio cristiano alcanza una particular firmeza por razón del sacramento”.

Consecuencia del hecho de que el contrato matrimonial entre bautizados es al mismo tiempo sacramento, las condiciones de validez, los fines y las propiedades del matrimonio son las mismas que las del contrato matrimonial por sí mismo, por lo cual debe considerarse que el contrato que instituye el vínculo matrimonial “*quoties validus esset in ratione contractus Inter baptizatos, haberet etiam rationem sacramenti*”, y que “*ea quae contractum in genere essentialia sunt, etiam matrimonio convenient necesse est*”<sup>38</sup> por eso cuando faltan los elementos necesarios

---

<sup>37</sup> M. POMPEDA, L' AMORE CONIUGALE E IL CONSENSO MATRIMONIALE, EN QUADERNI STUDIO ROTALE, VII, DIC. 1994, LIBRERÍA LEONINA, ROMA, P.63.

<sup>38</sup> CAPPELLO op. Cit. P. 3 y 27

que requiere para su validez el contrato matrimonial, tampoco puede considerarse válido el sacramento. Si el contrato es inválido en relación a los presupuestos legales ya positivos o negativos o por la falta de capacidad o de voluntad de los contrayentes, por vicios del consentimiento o por falta de las condiciones necesarias para la validez del contrato matrimonial por su particular estructura y finalidades también es invalido el sacramento de conformidad con lo que establece el código.

“1056 Conjuntamente con los fines del matrimonio, el presente canon reproduciendo el del Código anterior establece las propiedades esenciales que configuran el matrimonio por su propia naturaleza, y sin las cuales éste no puede existir. Son propiedades que dimanar de la naturaleza específica del matrimonio y, en consecuencia, le corresponden a todo matrimonio, tanto al de los cristianos como al de los no cristianos. En el matrimonio de los cristianos, ambas propiedades adquieren una peculiar firmeza en razón del sacramento en cuanto que significa la unión de Cristo con la Iglesia. La primera propiedad señalada es la unidad: consiste en que no puede haber unión matrimonial si no es de un solo varón con una sola mujer. Se opone a cualquier forma de poligamia simultánea y es una exigencia de derecho natural, ya que la monogamia parece ser el régimen más conforme para obtener los fines del matrimonio”

“La segunda propiedad indicada es la indisolubilidad: consiste en aquella propiedad esencial del matrimonio en virtud de la cual el vínculo conyugal válidamente constituido no puede disolverse ni extinguirse por la propia voluntad de los contrayentes. Se suele distinguir entre indisolubilidad intrínseca y extrínseca, y es una exigencia del derecho natural secundario en cuanto que las exigencias de la institución matrimonial reclaman que ésta sea perpetua y estable. Unido a todo lo anterior, están los tres bienes del matrimonio de los que habló San Agustín el bien de la prole, el bien de la fidelidad y el bien del sacramento y que tienen importantes consecuencias jurídicas, como veremos en el c.1101, §2.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

Se dice que el contrato y el sacramento no son dos realidades distintas, sino una sola. El mismo contrato es el sacramento, y el mismo sacramento es el contrato, sin que pueda decirse que el sacramento se compone, como de elementos o partes integrantes, del contrato natural y de la bendición del sacerdote. Por consiguiente, tratándose de matrimonio entre cristianos, si no hay contrato válido no hay sacramento; y si no hay sacramento, no hay contrato. Ni la voluntad de los contrayentes ni ninguna autoridad humana puede disociar una cosa de la otra.

La unidad del matrimonio reclama que el mismo sea de un hombre con una sola mujer (monogamia) por lo tanto el matrimonio monogámico excluye cualquiera poligamia ya sea la unión de una mujer con varios hombres (poliandria) como la unión de un hombre con varias mujeres (poliginia). La unidad exige con toda firmeza la unión exclusiva de un hombre con una mujer y esta debe hacerse en forma exclusiva y perpetua en una aceptación personal y total de cada uno de los cónyuges.

Observamos que en el mundo antiguo era común la poligamia, que es la unión de un solo hombre con varias mujeres. Después de Cristo en los pueblos paganos a donde llegaban los misioneros a predicar se encontraban con mucha frecuencia con la poligamia y así vemos que entre los antiguos Germanos, los que tenían una situación de privilegio ya sea por su linaje o por su riqueza tenían varias esposas. En el lejano oriente, así como en el medio oriente, también eran polígamos, de la misma forma que los pueblos en el nuevo continente tenían la forma del matrimonio polígamo. El derecho talmúdico les permitía a los Judíos tener 4 esposas, pero posteriormente en 1807 el Sinedrio en París prohibió la poligamia, el antecedente de la poligamia en el pueblo Judío lo encontramos a partir del diluvio, dice en el Génesis que Dios permitió al pueblo escogido al menos desde Abraham una poligamia moderada para su mayor y más rápida propagación “Así los patriarcas y algunos varones justos, que tuvieron muchas esposas, son dispensados del adulterio aunque posteriormente esta concesión se extendió indirectamente a los pueblos paganos. La ley mosaica aprueba expresamente la poligamia por la ley del levirato.”

Con respecto a la unidad, decíamos que cualquier poligamia está prohibida por el derecho natural por que impide la realización de los fines del matrimonio. La poliandria también se opone a la unidad del matrimonio que se entiende como la unión de un solo hombre con una sola mujer. La naturaleza humana nos exige una unión estable y permanente de un solo hombre con una sola

mujer para que la educación de los hijos se haga en forma sana e integral, los hijos tienen derecho a sus padres, como los padres tienen derecho a sus hijos plenamente identificados y unidos para cubrir todas sus necesidades, tanto físicas como materiales, emocionales, espirituales, por eso los padres están obligados a proporcionar a sus hijos todos los medios que se requieran para que crezcan sanos y puedan adquirir una personalidad normal y amándose mutuamente permanezcan unidos otorgándose fidelidad los unos a los otros, pues con frecuencia los desórdenes en la personalidad generalmente provienen de la falta de amor y de conflictos conyugales que destruyen la familia, por eso es necesario tener en cuenta que la unidad es elemento esencial y constitutivo del matrimonio y consecuentemente de la familia.

La unidad reclama que el matrimonio sea pues entre un solo hombre con una sola mujer y goza de indisolubilidad intrínseca e extrínseca, ante la intrínseca nada puede hacer la voluntad de las partes para disolver el vínculo conyugal la indisolubilidad extrínseca tampoco puede ser afectada por ninguna potestad humana, pero tenemos que considerar que esto solamente sucede cuando el matrimonio celebrado se constituye en sacramento por haber adquirido plena validez el contrato matrimonial y además ha sido consumado, de donde debemos entender que siendo el matrimonio intrínsecamente indisoluble por cuanto que ninguna causa interna, es decir, ni por el consentimiento de uno o de ambos cónyuges ya sea por una decisión unilateral o bien decisión conjunta, una vez celebrado el matrimonio, y este haya adquirido su plena validez y constituido por lo mismo en sacramento y haya sido consumado no puede disolverse.

El texto en el que se apoya la Iglesia para considerar la indisolubilidad del contrato matrimonial es el Mt. 19,3-10 (Mc. 10, 1-12, Lc. 16, 18; I Cor. 7, 10-11).

“Se le acercaron a Jesús unos fariseos que, para ponerlo a prueba, le dijeron”  
“¿le es lícito a uno repudiar a su mujer por un motivo cualquiera?” El respondió:  
“¿No habéis leído que el Creador, desde el (Gn. 1,27) principio, los hizo varón y mujer y que dijo: Por eso dejará el hombre (Gn. 2,24) a su padre y a su madre y se unirá a su mujer y los dos se harán una sola carne? De manera que ya no son dos, sino una sola carne. (Pues bien, lo que Dios unió, no lo separe el hombre). ” Dícenle:  
“Entonces ¿Por qué Moisés prescribió dar acta de divorcio y repudiarla? (cf. Deum. 24, 1) Respondióles”: Dícenle: Moisés, teniendo en cuenta la dureza de vuestra cabeza, os permitió repudiar a vuestras mujeres; pero al principio no fue así. Ahora

bien, os digo que quien repudie a su mujer- *salvo el caso de fornicación*- y se case con otra, comete adulterio. Dícenle sus discípulos: “Si tal es la condición del hombre respecto a su mujer, no trae cuenta casarse”. Más él respondió: “No todos entienden este lenguaje, sino solamente aquellos a quienes se les ha concedido”.<sup>40</sup>

Este texto del Evangelio junto con el de San Pablo, son la base de la doctrina del magisterio de la Iglesia sobre la unidad e indisolubilidad del matrimonio que ha sido unánimemente aceptada por Teólogos y Canonistas desde los primeros siglos de la aparición del Cristianismo.

Con respecto a la excepción a la que hace referencia el texto original “*Salvo el caso de fornicación*” que la Iglesia Católica la entiende como causal de separación de cuerpos, pero no como causa de disolución del vínculo. Tenemos, por otra parte, la interpretación textual que ha hecho la Iglesia Oriental separada que acepta la traducción de “fornicación” como “adulterio” y esta viene a ser causal o motivo de divorcio o disolución del vínculo matrimonial.

Considero que la iglesia romana no ha hecho una adecuada interpretación al texto bíblico en la cual está apoyando la indisolubilidad del matrimonio ya que del mismo texto se desprende que en caso de adulterio si cabe la disolución del vínculo, el texto es claro al indicar “salvo el caso de fornicación”. En el mismo sentido, la iglesia romana en caso de adulterio no concede la disolución del matrimonio, sino únicamente ha establecido un procedimiento para que en caso de adulterio se pueda pedir la separación de cuerpos, dejando vivo el vínculo del matrimonio.

De esta manera, no solamente es suficiente el haber sido víctima del adulterio, sino que a la víctima se le impone el vivir en celibato. Por lo cual, considero que la iglesia romana debería adoptar una postura más justa y de protección a la víctima permitiendo la disolución del vínculo y no solamente la separación de cuerpos pues no podemos pensar que una persona que ha sido lesionada en su integridad personal, que ha sido engañada, a la que se le ha ofendido en su dignidad y que se le ha traicionado en sus votos, sea la única castigada de un hecho que no es punible para ella.

Es importante considerar, la posición que ha asumido actualmente el Papa emérito Benedicto XVI y actualmente el Papa Francisco, con respecto a los divorciados que han vuelto a

---

<sup>40</sup> Mt. 19,3-10 (Mc. 10, 1-12, Lc. 16, 18; I Cor. 7, 10-11).

contraer nupcias únicamente por lo civil, recomendando que la Iglesia debe tomar una actitud de compasión hacia ellos.

Ciertamente el matrimonio por ser una institución que responde a la naturaleza misma del hombre, se ha considerado que debe ser perpetua, es decir, indisoluble y ésta perpetuidad no la podemos nosotros concebir si no se basa en el amor mutuo y reciproco que se deben tener los cónyuges durante toda la existencia del matrimonio, nadie mejor que Salomón en su obra “el cantar de los cantares” que expresa como debe ser ese amor que debe existir entre los esposos:

“Bésame de besos de su boca: porque buenos son tus amores más que el vino. Es una égloga pastoril en que dos enamorados esposo y esposa se hablan y responden. Manifiesta un afecto naturalísimo del amor, y nace de lo que comúnmente se suele decir, que el ánimo del amante vive más en aquel a que ama, que en sí mismo.

Porque buenos son tus amores más que el vino. Viene esto a propósito del desmayo cuyo remedio puede ser el vino por eso, responde ella: el verdadero y mejor vino para mi remedio sería ver a mi esposo. Natural es el vino como se dice en los proverbios y en los almos, el alegrar el corazón, el desterrar de él todo cuidado penoso e hincharle de ricas y grandes esperanzas...

Pero con todos estos atributos, no se puede comparar el vino con los besos de su boca (entre los esposos).

Al olor de tus ungüentos buenos derramados en tu nombre, por eso las doncellas te amaron.

Hace de entender y añadir: volveré en mí y sanaré de este mis desmayo, porque está falta y cortada ésta sentencia, como dicha de persona apasionada y enferma, que le falta el aliento, y como acontece las más veces en todo lo que se dice en alguna vehemente pasión, que el ardor demasiado del ánimo traba la lengua y desmedia las palabras y razones. Ungüentos buenos llama a los que nuestra lengua decimos aguas de olor confecciones olorosas que todo viene bien en el desmayo que tenemos que nos causa la ausencia del amor.

Manojuelo de mirra, el amado a mí, morara entre mis pechos. Como cosa hermosa y amada de las doncellas, un ramillete de flores o de otras cosas semejantes olorosas que lo traen siempre en las manos y por la mayor parte le esconden entre sus pechos, lugar querido y hermoso tal dice que es para ella su esposo, que por el grande amor que le tiene le trae siempre delante de sus ojos.

Ay, cuán hermosa, amiga mía, (eres tu), cuán hermosa, con tus ojos de paloma. Esto viene a ser como una amorosa contienda en la cual cada uno procurará aventajarse al otro en decirle amores y requiebros. Lo que, pues la hermosura de la esposa, que a su parecer es sumamente bella y declara ser grande su belleza usando de esa repetición de palabras que es como en la escritura diciendo: hermosa eres, hermosísima eres y porque gran parte de la hermosura está en los ojos que son espejo del alma.

Hablado ha mi amado y díjome levántate, amiga mía, galana mía y vente, ya ves, paso el invierno, ceso la lluvia, fuese descubre flores la tierra los capullos de las flores se muestran, el tiempo de podar es venido, oídas voz de la tórtola en nuestro campo, la higuera brota sus higos y las pequeñas uvas dan olor. Por ende, levántate, amiga mía, hermosa mía, y vente.

Todo esto es una sentencia seguida que con vida en este lugar a la esposa al gozo de sus amores ya que ese lugar del amor mejor que otro pídele que se salga a él poniéndole para moverla el amor que la tiene en regaladas palabras de amiga y de galana.

Al indicar levántate se entiende que estaba acostada e indispuesta y así la dicen que se esfuerce y salga con él para sus saludos y gozar de la hermosura y frescor del tiempo. Y ayúdala a colmar su amor pareciendo que la naturaleza los adereza y adorna en el aposento por eso, levántate amiga mía, hermosa mía.”

En otra parte describe sentimiento profundo de amor en la espera:

“Yo abrí a mi amado, y mi amado se había ido y se había pasado. Mi ánimo se me salió en el hablar de él; busquele y no le hallé, llamele y no respondió, y dice más,

y le contareis que estoy enferma de amor. Y no le hallé a la puerta como pensaba, porque se era ya ido y pasado de largo, bien se entiende la tristeza de la esposa en decir estas palabras como aquella que justamente era corrida y triste de su descuido y así parecen las palabras como de asombrada y medio fuera de sí que la repetición de su decir, que se era ido, y que se había pasado de nota esto. Mi alma se salió en el su hablar, esto es derritiose el alma en su amor y pena en verle ido; mas yo iré y le buscare y le daré voces, enchiré el aire del sonido de su nombre por el que me responda y venga a mí, mas ay de mí que procurándolo no le hallo y amándole no me responde.

Conforme lo que suele decirse comúnmente es de considerar que aunque estaba fatigada de buscarle y maltratada y despojada por el comedimiento de los que la toparon no le manda decir su congoja, ni su cansancio, ni el trabajo que ha puesto es su búsqueda, sino lo que padece por su amor por dos causas, la uno porque esta pasión como la mayor de todas, vencía el sentimiento de las demás porque no hay caso más eficaz ni que pueda tanto con quien ama, como saber que es amado

Busquele y no lo hallé, llamele y no me respondió, de donde se entiende el ansia con que quedaba y cuenta justamente las desgracia que tras ello le acontecieron buscando su esposo”

“En él mi lecho por las noches busqué al que ama mi alma; busquele y no le hallé.

Es natural y conocida que a las mujeres desposadas que aman bien a sus esposos, en faltándoles de noche de su casa, les viene mala sospecha, o que no las aman, o que aman a otras y hay algunas que les da tanto atrevimiento esta pasión, que les hace creer tener en todo tiempo presente al que aman y en las noches mucho más; parte, porque con el sosiego y solencion de la noche de su natural desembaraza los sentidos de las otras cosas que los distraen ocupase el ánima toda en el pensamiento del que ama, y enciendese mas el amor; y parte, porque crecen los celos pensando que se ayuda de la noche para alguna travesura, y de los frécelos del temor no le acontezca algún peligro de los muchos que suelen acaecer y acarrear las

tinieblas. Esta pena, que es mezcla de amor y celos, escarba el corazón y le abraza tanto, que llega algunas veces a sacar una pobre, flaca y temerosa mujer de su casa, que olvidando su temor y condición, de noche y a solas ronda las calles y las plazas y no se satisface con menor diligencia; la cual pasión vehemente se declara en esta letra, además de los ejemplos que cada día se ven en esto. Y porque, como hemos dicho el amor bueno ni teme peligro ni para ningún inconveniente dice: levantarme he ahora, y cercare por la ciudad y plazas y por los lugares anchos, y buscare al que me ama mi alma. Busquele y no le hallé. Lugares anchos llamados públicos que por le mayor concurso de gente se edifican siempre más anchos y espaciosos, cuenta con esto salomon no lo que en hecho paso por su esposa, que no es cosa que pudo pasar; sibno lo que podía acontecer y está bien que acontezca a una persona tan común ocomo una pastora perdida de amores por su pastor, cuyas palabras imita: que es una ficción muy usada entre los peotas decir, como he dicho, no lo que se hace, sino lo que el afecto de que hablan pide que se haga, fingiendo para ello personas que con más encrecimiento y más al natural lo podían hacer y así lo hace aquí Salomón.

Levantarme he. Gran fuerza de amor es esta que ni la noche, ni la soledad, ni los atrevimientos de hombres perdidos que en tales tiempos y lugares suelen tomar licencia, pudo estorbar a la esposa que no buscase a su deseo. Según el espíritu, se entiende de aquí el engaño de los que piensan hallar al amor descansando y lo mucho que ha de arriesgar el que de versas lo busca.

Dice: encontrándome los guardas que rodean la ciudad. No se espanta ni enflaquece el amor por ningún poder humano; y el que es verdadero no trata de encubrirse de nadie, ni de buscar colores para que los otros lo entiendan, y así la esposa en viendo a las rondas les pregunta: visteis, por ven tura, al que ama mi alma, vence aquí dos muy grandes afectos del amor, el uno, que ya queda dicho que no se recata de nadie ni se avergüenza de mostrar su pasión; el otro es una graciosa ceguedad que trae consigo y es general en todo grande afecto el pensar que con decir visteis a quien amo, estaba ya entendido por todos como por ella quien era aquel por quien preguntaba no dice lo que le respondieron; de donde se entiende no haberle dado buen recaudo a su pregunta, porque las gentes divertidas en varios y diversos

pensamientos, como son los públicos, saben poco de esto que es amor con verdad, y porque , según la verdad del espíritu que aquí se pretende, toda la alteza del saber y prudencia humana en cuya guarda y conservación viven los hombres no puede escapar en ningún momento la manifestación del amor que penetra todo el ser de aquel que ama.

¿A poco me aparte de ellas? Anduve hasta que hallé al amado de mi alma. No pierde la esperanza al amor, aunque no halle nuevas de lo que busca y desea; entonces se enciende más y así la esposa anduvo y halló por si lo que no supieron mostrarle las otras gentes, y dice que le hallo a poco que se apartó de las rondas de la ciudad, que según el espiritual sentido es cosa de grande admiración y de considerar que antes le había buscado mucho y no le hallo. Y aportándose de guardas y gente a quien pregunto, luego leyó, en que se entiende en que las cosas más desesperadas se pueden hallar con más brevedad cuando le busca donde él está.

Ay, que hermoso, amado mío, responde a la esposa y págale con la misma moneda a su esposa, publicando la hermosura que hay en él y porque la belleza esta no solamente asentada en el exterior nuestro de la proporción de los mismos y esocgida pintura de naturales colores, mas bien y principalmente tiene su asiento en el alma y porque esta parte de la hermosura del alma se llama gracia y se muestra de fuera y da a entender en los mismos movimientos de la misma anima como son andar, mirare, hablar, reír, cantar y sobre todo el amar.

Ay, como eres hermosa. Otra tal razón del impetuoso afecto al que no se puede pintar al vivo en la escritura porque el dibujo de la pluma solo le llega a lo que puede trazar la lengua la cual es casi muda cuando se pone a declarar alguna pasión y es como si dijera amado mío no eres hermoso solamente sino también dulce y tú no solo sino todas tus cosas, la casa rica, la cama florida al fin, todo es lindo y tu más que ellos y en decir también nuestro lecho florido”

El cantar de los cantares es entendido como una expresión de amor, que no consiste solamente en la búsqueda de la esposa, sino del amor, la espera y el tormento del deseo de ese amor entre los esposos.

## Impedimentos

El código de Derecho Canónico en su canon 1058 establece en forma expresa:

“pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe”.

Aquí tenemos la expresión primordial del *ius connubi* que viene a ser la capacidad que tiene la persona para constituir el vínculo conyugal a través de su consentimiento. El *ius connubi* así mismo expresa la autonomía de las personas que radica en el poder de crear el vínculo matrimonial sin que pueda ser sustituida por nadie y así lo expresa el canon 1057 al establecer:

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

Ciertamente, la causa eficiente del matrimonio es el consentimiento de los que intervienen en este acto jurídico, el consentimiento es pues su elemento creador y constitutivo y tiene carácter insustituible, de igual forma viene a constituir todas las consecuencias que de dicho acto emanan, este consentimiento por tal motivo, por ser constitutivo de un acto jurídico válido, requiere necesariamente que sea jurídicamente eficaz, y que emane de personas hábiles según derecho y se manifieste externamente según lo establece la norma.

El derecho antiguo consideraba los impedimentos matrimoniales en su sentido más amplio ya que dentro de su concepto se incluían no solamente los impedimentos propiamente dichos, sino también los vicios del consentimiento y el defecto de forma canónica.

El canon 1073 establece: “El impedimento dirimente inhabilita a la persona para contraer matrimonio válidamente”.

Por impedimento matrimonial se entendía “toda circunstancia que por ley divina o humana obstaba a la lícita o válida celebración de las nupcias”.<sup>41</sup>

Por lo cual antes del código solían distinguirse los impedimentos por parte de la persona:

1. Por parte del consentimiento

2. Por parte de la forma.

---

<sup>41</sup> GASPARRI TRACTATUS CANONICUS DE MATRIMONIO, VATICANUS, 1932

Pero en los adelantos introducidos por el Código de Derecho Canónico en la materia Matrimonial hubo sustitución del antiguo concepto omnicompreensivo del impedimento por una distinción entre los impedimentos en sentido estricto, los vicios del consentimiento y el defecto de forma canónica, esta situación que va de acuerdo con la sistemática del código y que corresponde a los tres grandes capítulos de nulidad del matrimonio. El Código no nos da una definición legal de los impedimentos pero del mismo se desprende un concepto que entiende o que considera que son impedimentos todas aquellas circunstancias relativas a las personas que por ley divina o humana obstan como ya se mencionó a la lícita o válida celebración del matrimonio, lo cual es una prohibición del derecho que limita o restringe el derecho subjetivo natural haciendo de esta limitación una incapacidad en el sujeto para celebrar matrimonio válido, esta incapacidad la podemos considerar en tres aspectos:

1. Inhabilitación en ciertos casos a determinadas personas por medio de impedimentos.
2. La exigencia a las personas de que su consentimiento sea suficientemente deliberado y libre en orden a la trascendencia del objeto matrimonial.
3. La exigencia de determinadas formas jurídicas conforme a las cuales el consentimiento se ha de otorgar de conformidad tanto con la naturaleza social y pública del matrimonio.

Por lo anterior podemos considerar que la capacidad de la persona, la validez y la licitud del matrimonio dependen en primer lugar de la inexistencia de impedimentos matrimoniales, del consentimiento matrimonial debido y exigido por el derecho y de la forma canónica exigida para el matrimonio.

De acuerdo con esto, podemos considerar que el impedimento matrimonial es una circunstancia externa al consentimiento impuesta por el derecho divino o canónico que afecta a la persona en el momento de contraer matrimonio y hace que este sea inválido e ilícito. De donde tenemos:

1. Es una circunstancia. Término genérico que puede ser: propiedad o característica de la persona (edad), situación jurídica (vínculo), hecho (rapto).
2. Es independiente al consentimiento.

3. Es impuesto por el Derecho Divino o Canónico, es decir, que se impone a través de una ley positiva inhabilitante (matrimonio entre consanguíneos).
4. Que afecta directamente a la persona, por lo cual la hace jurídicamente inhábil para contraer matrimonio (vínculo).
5. Hace inválido e ilícito el matrimonio, por lo cual es jurídicamente ineficaz no obstante la apariencia de validez a través de una ceremonia, lo cual constituye una mera apariencia del matrimonio.

Canon 1073: “El impedimento dirimente inhabilita a la persona para contraer matrimonio válidamente”.

### **Impedimentos en particular**

#### **Carencia de edad**

El canon 1083 establece:

“§1.- No puede contraer matrimonio válido el varón antes de los dieciséis años cumplidos, ni la mujer antes de los catorce, también cumplidos.

§2.- Puede la Conferencia Episcopal establecer una edad superior para la celebración lícita del matrimonial.”

El canon anterior mantiene la misma edad en su mínimo para contraer matrimonio válido al igual que el código de 1917, dieciséis años cumplidos para el varón y catorce cumplidos para la mujer. La edad debe computarse como se prescribe en el canon 203.

En el códex en cuanto a la edad mínima requerida para contraer matrimonio se otorgan determinadas facultades a los obispos para modificar la edad para la lícita celebración del matrimonio. El canon 1083 nos indica que las conferencias episcopales pueden establecer una edad superior pero solamente para la lícita celebración del matrimonio, no para su validez. El

impedimento en su esencia es concretado por el legislador en un límite temporal mínimo que se exige a los contrayentes que viene a ser de derecho humano: Es el derecho positivo el que establece concretamente ese límite mínimo, de ahí que quepa su dispensa, que corresponde al Ordinario local.

Es lógica la competencia que se atribuye a las conferencias episcopales respecto a la posibilidad de elevar la edad mínima para la celebración lícita del matrimonio, de modo que los criterios fundamentales que están en la base de este impedimento pueden ser considerados en cada país concreto de acuerdo con las circunstancias ambientales y culturales específicas de cada región, tomando en cuenta la madurez psíquica y biológica de los contrayentes aunque como se informó en los trabajos preparatorios del código este canon viene a afectar específicamente a la madurez biológica porque con respecto a la madurez psíquica la tratan los cánones respectivos en el capítulo relativo al consentimiento, por lo cual se considera que la posible elevación de la edad por parte de las conferencias episcopales no podría afectar en ningún caso la validez del matrimonio, sino únicamente en lo que respecta a la licitud.

Por tal motivo podemos hablar de un problema que se puede presentar respecto a la edad mínima establecida en el código y una edad superior que pudiese establecer la conferencia episcopal, pues al elevar la edad mínima se sancionaría el contrato con la ilicitud, sin que ésta afecte la validez o invalidez del contrato. Por lo cual nos preguntamos en qué afecta la ilicitud al matrimonio, si se han cumplido los requisitos mínimos establecidos en el código, y la ilicitud se ha considerado siempre como una sanción que se impone a un acto. Esta ilicitud ¿cómo sanciona y qué consecuencias puede traer al contrato matrimonial? Analizando detenidamente este problema, vemos que la ilicitud del contrato no afecta en nada a éste ni a su validez.

Canon 1083:

“Suprimidos los impedimentos impeditos, con el presente canon comienza la enumeración y descripción de los distintos impedimentos dirimentes. A pesar de los intentos habidos para establecer o bien la misma edad que en las legislaciones civiles o bien la elevación de la edad en el hombre y en la mujer, no se aceptó ninguna de las dos sugerencias porque en este canon se contempla la madurez biológica que se

suele alcanzar, normalmente, a esta edad (Comm. 9 (1977) 360). Se mantiene, por lo tanto, la misma edad mínima requerida en el Código anterior: dieciséis años en el varón y catorce en la mujer, que se deben computar a tenor de lo establecido en el c. 203, §2. Se trata de un impedimento de derecho eclesiástico, no sujeto a la reserva de la Sede Apostólica, por lo que puede dispensar de él, el Ordinario del lugar. Al ser de derecho eclesiástico, obliga a los bautizados; en el caso de un matrimonio dispar o mixto hay dudas sobre la situación en que queda la parte no católica sujeta a este impedimento por su legislación correspondiente. Si en el §1 se indica la edad legal o mínima, en el §2 se señala la edad conveniente: ésta ha sido fijada por la Conferencia Episcopal española en los dieciocho años de edad 8cf. I DA a. 11).”<sup>42</sup>

Es de tomarse en consideración que esta disposición canónica inhabilita a las personas que no han cumplido la edad establecida por la norma respectiva y está basada en una presunción, toda vez que se presume que la persona que ya ha cumplido esa edad es suficientemente capaz de contraer un verdadero matrimonio por tener la capacidad física para engendrar ya que el uso de la razón se presume a partir de los 7 años según lo establece en su §2 el canon 97, por lo cual en el derecho antiguo se distinguían los esponsales o sea la promesa para contraer matrimonio en el futuro y el matrimonio propiamente dicho el cual se llevaba a cabo por palabras de presente considerando que los esponsales eran válidos siempre y cuando los sujetos tuviesen la edad mínima requerida de 7 años en tanto que para el matrimonio el varón antes de los 14 años y la mujer antes de los 12 años eran inhábiles para contraer matrimonio, por lo que en el código de 1917 se estableció la edad de una manera absoluta y que el código actual recoge para establecer que el varón antes de los 16 años cumplidos y la mujer antes de los 14 años cumplidos no pueden contraer matrimonio válido.

---

<sup>42</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

## Impotencia

Canon 1084.

“1.- La impotencia antecedente y perpetua para realizar el acto conyugal, tanto por parte del hombre como de la mujer, ya absoluta ya relativa, hace nulo el matrimonio por su misma naturaleza.

2.- Si el impedimento de impotencia es dudoso, con duda de derecho o de hecho, no se debe impedir el matrimonio ni, mientras persista la duda, declararlo nulo.

3.- La esterilidad no prohíbe ni dirime el matrimonio, sin perjuicio de lo que se prescribe en el can. 1098.”

“El impedimento de impotencia ha tenido, tradicionalmente, una gran importancia en la legislación de la Iglesia, ya que se le consideraba como el más importante de todos por tocar la esencia del matrimonio. En la actual legislación, se ha producido una nueva reformulación de la esencia del matrimonio menos atada al *ius in corpus*, no ha perdido interés; prueba de ello es la amplia atención y estudio a que se le ha sometido durante el proceso codificador”<sup>43</sup>. (Comm. 6 (1974) 177-198).

Es sumamente interesante la redacción de éste canon en virtud de que aborda la impotencia tanto en el hombre como en la mujer y no solamente se aboca a la impotencia que generalmente es adjudicada al hombre sino examina cómo puede darse y en qué forma para que sea operante éste impedimento. El análisis es exhaustivo tanto para la impotencia del varón como de la mujer, en donde la jurisprudencia ha acudido a todos los elementos que la ciencia ha puesto a su alcance para hacer esta determinación.

La impotencia, en cuanto impedimento dirimente del matrimonio, es la incapacidad del hombre o de la mujer para realizar el acto conyugal o coito.

---

<sup>43</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO CIC . CANON 1098

Dicha impotencia puede ser absoluta, es decir, que el sujeto mantenga dicha impotencia por siempre y en todo momento ante cualquier persona del sexo opuesto. O puede ser relativa, en donde únicamente con determinado sujeto, la persona no pueda realizar el acto conyugal

“Queda claro, en consecuencia, que la *impotentia coeundi* no es el mismo concepto que otras especies de impotencia, tales como para engendrar, la impotencia moral o psíquica, etc. El acto conyugal, tal como establece el c. 1061 §1, consiste en la penetración del miembro viril, con la subsiguiente eyaculación, de un modo natural, en la vagina de la mujer; existía una duda, y una doble praxis, en cuanto a la naturaleza de la eyaculación del varón para que se pudiese hablar de cópula conyugal. Dicha duda, siguiendo la tendencia del Concilio Vaticano II, se solventó en el sentido de que no se requiere, para que exista cópula conyugal necesariamente la eyaculación del semen elaborado en los testículos.”<sup>44</sup>

Ésta *impotentia coeundi* es una secuencia natural del fenómeno biológico que consiste en que el varón no puede realizar la cópula con ninguna mujer por defecto de la erección previa y necesaria en tal caso la impotencia es absoluta. También puede ser relativa por la desproporción anatómica de los órganos genitales de los cónyuges, en ambos casos sin embargo se registra un resultado idéntico, el hombre no puede introducir el miembro viril en la cavidad vaginal para lograr si quiera copula incompleta. Cuando esto sucede permanece la integridad himenal. Gasparri dice que es nulo el matrimonio por el impedimento de impotencia cuando el miembro viril no puede penetrar en la vagina de la mujer y queda *ad orificium vaginae*.

por otro lado tenemos que la impotencia de la mujer puede deberse a defectos orgánicos como la falta absoluta de vagina, formación rudimentaria de la vagina, estrechez vaginal, aplasia o falta completo del aparato genital, las hipospadias, y epispadias malformaciones del tabique del seno urogenital a causa de la falta congénita del desarrollo del aparato genital.

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que el impedimento de impotencia es de derecho natural; la nueva codificación se mantiene en esta misma dirección, ya que aunque emplea la expresión *ex ipsa eius natura* en lugar de *ipso naturae iure*, que se usaba en el CIC de

---

<sup>44</sup> SCDR, D. CIRCA IMPOTENTIAM QUAE MATRIMONIUM DIRIMIT, 13 MAII 1977: AAS 69 (1977) 426

1917, expresamente se advirtió que *clausula ex ipsa eius natura determinat agi de impedimento iuris naturales quod a nemine dispensari potest* (Comm. 9 (1977) 361). El origen de la impotencia puede provenir de un defecto orgánico o funcional, con las consiguientes anomalías que impidan la realización de la cópula conyugal: carencia de miembro viril, etc. Las características que debe reunir la impotencia para que sea jurídicamente relevante son las siguientes:

- a) “Debe ser *antecedente*; es decir, debe ser anterior a la celebración del matrimonio y subsistente en el momento de celebrarse éste;
- b) Además, debe ser *perpetua*, entendiéndose por tal en sentido jurídico aquella que ni desaparece por sí sola durante el transcurso del tiempo ni se la puede hacer cesar sin recurrir a un remedio ilícito o peligroso;
- c) Es indiferente que sea *absoluta o relativa*: la primera es aquella impotencia que imposibilita la realización del coito con cualquier persona. Lógicamente, inhabilita en absoluto para el matrimonio. La segunda imposibilita la realización del coito con determinadas personas; en consecuencia, sólo inhabilita para contraer matrimonio con la persona con la que no se puede realizar el coito. Igualmente, es indiferente y el texto actual ha suprimido toda referencia a esta circunstancia que sea conocida o ignorada por una o ambas partes, ya que la impotencia es una circunstancia objetiva en la que no puede influir el conocimiento o ignorancia que de ella se tenga, ya que afecta a uno de los elementos esenciales del matrimonio.
- d) Del varón o de la mujer o de ambos.
- e) Conocida del otro contrayente o bien ignorada.
- f) Orgánica que depende del vicio o lesión de los órganos genitales; funcional principalmente de la perturbación del sistema nervioso, ésta casi nunca será *perpetua*”<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> OB CIT F. HUBER PP 152

La impotencia consiguiente nunca hace nulo el matrimonio porque una vez contraído el matrimonio válido y consumado es indisoluble.

“El §2 recoge la misma doctrina contenida en el c. 1068, 2\*, del CIC de 1917; en la duda de derecho o de hecho sobre el impedimento de impotencia ni se debe impedir el matrimonio ni declararlo nulo. Es una consecuencia del derecho natural de todas las personas a contraer matrimonio. Existe duda de hecho, en este caso, cuando la duda versa acerca de la existencia misma del defecto corporal; es duda de derecho cuando, ante la presencia de un determinado defecto, se duda si éste constituye o no impedimento de impotencia. A partir de citado D. de la SCDF, que solventaba claramente los casos dudosos de los varones vasectomizados e indirectamente el caso de la mujer carente de útero y ambos ovarios, ha perdido interés la polémica entablada en torno a este c. Finalmente, el §3 establece que la esterilidad, en cuanto impotencia para engendrar, no dirime el matrimonio como tal; otra cosa es que se ponga como condición (c.1102) o que sea causa de error doloso (c. 1098). En este último caso, puesto que la esterilidad es una cualidad que por su misma naturaleza puede perturbar gravemente la vida conyugal, entraría dentro de los supuestos de error doloso y, en consecuencia, el matrimonio sería nulo; pero, repetimos, no por ser un impedimento, sino por defecto de consentimiento (*Comm.7 (1975) 59-60*). Esta postura se mantuvo a pesar de que se hizo notar que en el contexto de la cultura africana la esterilidad es un defecto que dirime el matrimonio (*Comm. 9 (1977) 361-362*)”.<sup>46</sup>

De lo anterior podemos constatar que la impotencia es un impedimento de Derecho Divino Natural, por lo cual no es dispensable y debe reunir los 3 requisitos que la norma legal ha establecido antecedencia, perpetuidad y certeza, es decir, debe ser antecedente a la realización del matrimonio, esto es que la persona que tiene este impedimento de impotencia lo debe tener antes del momento de contraer matrimonio y no haberlo adquirido posteriormente, lo cual sería una impotencia subsiguiente y por otra parte tiene que ser perpetua, tomando este término en su

---

<sup>46</sup>COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

sentido estrictamente jurídico, es decir, incurable por los medios ordinarios, lícitos y no peligrosos para la vida o que resulten gravemente perjudiciales para la salud.

Asimismo, debemos tener en cuenta que la impotencia ha de ser cierta como se deduce del §2 del Canon mencionado con tal grado de certeza que ya viene indicado por el ordenamiento canónico al exigir la certeza moral que se ha de tener para pronunciar cualquier sentencia al tenor del §1 del canon 1608 y que con respecto a este caso resultaría la nulidad del matrimonio. No podemos olvidar lo que en esta materia debe tenerse en cuenta respecto al decreto de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe del 3 de mayo de 1977 que ha venido resolviendo en la practica la cuestión de los vasectomizados y otros casos similares, es decir respecto del tema del *verum semen* el citado decreto viene a aclarar que la *eiaculatio seminis in testiculis elaborati* no se requiere necesariamente para tener la copula conyugal.

“No podemos dejar de considerar la importancia de este tema que, aun cuando el código de 1983 que rige actualmente no lo exprese en forma puntual, puesto que uno de los deberes y derechos esenciales del matrimonio viene a ser la copula conyugal normal y completa que es ante todo unitiva de las personas y que es la expresión del amor de los esposos que viene a fructificar en la concepción de los hijos y que por lo mismo es también procreativa como lo establece textualmente el canon 1061, “De suyo apta para engendrar la prole”, es decir, es el medio idóneo por el cual se realizan los fines esenciales a los que por naturaleza se ordena el consorcio de toda la vida, efectivamente lo que es exclusivo y verdaderamente peculiar del matrimonio y lo distingue de cualquier otra sociedad y comunidad de vida es el derecho de los esposos a expresar su entrega mutua mediante el uso de sus facultades sexuales, para eso creó Dios al hombre y a la mujer, (al ser humano) creándolo en la sexualidad con todo lo que ella implica y le corresponde para su uso exclusivamente dentro del consorcio matrimonial (del matrimonio).

Con respecto a la generación de la prole tenemos que distinguir dos acciones:

La acción humana en primer lugar y en segundo lugar la acción de la naturaleza. Con respecto a la acción humana que es la que ponen los esposos de manera humana bajo el control de la voluntad deliberada y en forma libre es la llamada copula o coito

que se ha definido como “la acción por el cual el varón deposita de manera natural la semilla de la vida, o sea el semen, dentro de la vagina de la mujer”.

Esta acción humana presupone en el varón un pene capaz de adquirir erectibilidad y así mismo con capacidad de penetración y eyaculación dentro de la vagina, en tanto que esta acción humana en la mujer presupone vagina penetrable y con capacidad de recibir y retener el semen puesto por el varón. Al tenor del canon 1061, cuando los esposos efectúan esta acción una vez celebrado el contrato matrimonial se considera consumado el matrimonio.”<sup>47</sup>

Cuando existe incapacidad para realizar la cópula conyugal en cualquiera de los cónyuges ya sea absoluta es decir que no la pueda realizar con ninguna persona o relativa, es decir que no la pueda realizar con una determinada persona, ya sea orgánica es decir que tenga un defecto anatómico o funcional, o bien que el funcionamiento sea deficiente hormonal o que se tenga trastorno nervioso o psicógeno que por inhibiciones emocionales le impidan la erección y la penetración y que tales incapacidades o defectos sean antecedentes a la celebración del matrimonio e incurables, estamos ante la impotencia “*coeundi*” es decir, impotencia para realizar el coito. En esta impotencia “*coeundi*” al ser incapaces los cónyuges para realizar el coito o copula conyugal son incapaces de cumplir con los fines esenciales del matrimonio como son el bien de los cónyuges y la procreación de los hijos.

“Con respecto a la acción de la naturaleza esta viene a comprender todo lo que sigue al coito o cópula conyugal: la fecundación del óvulo por un espermatozoide en la trompa de Falopio, la instalación del huevo en la matriz, el embarazo consiguiente y posteriormente el parto. Esta acción de la naturaleza se realiza independientemente del control de la voluntad ya que por sí sola opera en los órganos internos de la generación que son los testículos, los canales seminíferos y las glándulas seminales del varón y en la mujer los ovarios y los órganos genitales, la instalación del huevo en la matriz etc. La falla de la acción de la naturaleza en alguna de sus fases viene a ser la impotencia “*generandi*” o sea incapacidad de procrear y se llama con más

---

<sup>47</sup> OB.CIT. F. HUBER. PP 155

propiedad esterilidad y esta no es impedimento para el matrimonio al tenor del canon 1084 en su §3.”<sup>48</sup>

La esterilidad o impotencia *generandi* no impide ni dirime el contrato matrimonial, a menos que el contrato estuviese condicionado a que los contrayentes tuviesen la incapacidad de procrear, pues uno de los fines del matrimonio es justamente la procreación.

Se debe considerar que si la esterilidad es conocida por los dos contrayentes o solamente por uno de ellos; si es conocida y ocultada se deberá analizar si el contrato es válido o no, pues el Canon establece que la esterilidad no impide ni dirime el matrimonio, sin embargo el contrato podría ser nulo por error en las cualidades de la persona, adicionado a que uno de los fines del matrimonio es el procrear, por tanto si se oculta la esterilidad, ésta invalida de raíz el contrato pues estaría condicionado al engaño doloso.

Uno de los argumentos sostenidos es que el fondo del acto marital es que es un acto unitivo y por ende es una manifestación de amor, y el matrimonio no debe tener otro sustento más que el amor mismo.

Se debe destacar como opera el *favor iuris* en éstos casos, cuando se pone en duda la impotencia, no se debe impedir la celebración del matrimonio. Ante estos casos también vemos que el *ius connubi* es aplicable.

Ante casos de esterilidad, se permite que el matrimonio sea realizado pues es en el acto conyugal en donde se manifiesta o debe manifestarse el amor de los cónyuges, y sin esto no hay sustento suficiente para considerar la perpetuidad e indisolubilidad del contrato.

1) En el derecho romano la impotencia no constituía impedimento, porque fácilmente se daba el divorcio pleno o vincular, aun sin culpa, y de mutuo acuerdo de las partes..<sup>49</sup>El matrimonio de los impotentes era, pues, válido, pero rescindible. Según algunos, sólo era nulo el matrimonio de los castrados.<sup>50</sup>

El Emperador Justiniano permitió que la mujer, sin peligro de perder la dote, pudiese repudiar al marido si éste en dos años después del matrimonio no pudo consumarle, o por

---

<sup>48</sup> OB. CIT. F. HUBER PP 154

<sup>49</sup>DIGESTO, LIB. 24, TIT. 1, LEG. 60, 61.

<sup>50</sup> WERNZ, IUS DECRETAL., IV, 344.

debilidad natural o por impotencia; más tarde concedió tres años.<sup>51</sup> De aquí nació en el derecho canónico el experimento trienal.

2) En un principio, la Iglesia no dio leyes sobre este impedimento, pero reprobó la disolución del vínculo por esterilidad. La primera vez se le menciona en el Penitencial de Teodoro De Cantorbery, (a. 690). En los cánones antiguos se menciona con más frecuencia la impotencia del varón. La Iglesia Romana siempre tuvo la impotencia por impedimento dirimente.

3) En cuanto al proceso, en el siglo IX, Hincmaro estableció que en la acusación de impotencia, si el hombre y la mujer decían cosas contrarias, se estuviese a lo que decía el hombre, que era cabeza de la mujer<sup>52</sup> esto viene a ser el reflejo de la época y de su ideología. Pero ya en el siglo VIII se admitió el juicio de la cruz.<sup>53</sup> Si de él aparecía veraz la mujer, y así probaba la impotencia, podía pasar a nuevas nupcias.

El juicio de la cruz era uno de los llamados juicios de Dios, en los cuales se esperaba la intervención divina, que declarase la cosa.<sup>54</sup> En el juicio de la cruz primero juraban las partes sobre la cruz, en la Iglesia, delante del altar o de las reliquias. Se envolvían en lana dos dados, uno de ellos con la señal de la cruz, y se arrojaban en el altar; el sacerdote o un niño levantaban uno, y si éste tenía la cruz, se consideraba inocente el reo.

En el tiempo de Celestino III (11191-98) se introdujo el experimento trienal, junto con el testimonio *septimae manus*; si con ellos se probaba la impotencia, quedaban libres los cónyuges.<sup>55</sup> Probada la impotencia, según la práctica galicana, se separaban los cónyuges, y al potente se permitían nuevas nupcias. La práctica romana exigía que viviesen como hermano y hermana. Práctica que dio por legítima Alejandro III.<sup>56</sup> El experimento trienal, para ensayar si podían ejercer el acto conyugal, duró hasta el siglo XIX; pero ya Benedicto XIV (19) *Constit. Dei miseratione*, 3 no. 1741. decretó la inspección corporal; la cual con *el testimonium septimae manus* se conservan hoy (cáns. 1975-76). Este último consiste en la declaración de siete testigos por cada parte, que declaren, que creen que las partes son veraces y que dicen la verdad.

---

<sup>51</sup> CODEX, LIB. 5, TIT. 17, LEG. 10; NOVELLAE, 22.

<sup>52</sup> GRACIANO, DECRETO, CAU SA 33, QUAEST. 1, CAP. 3.

<sup>53</sup> MANSI, COLLECTIO CONCILIORUM, TOM. 12, 567.

<sup>54</sup> ALEJANDRO III, COMPILATIO, I. 1.4, TIT. 16, CAP.2.

<sup>55</sup> DECRETALES, 2.4, T. 15, CAP. 5.

<sup>56</sup> IDEM, CAP. 2.

## Impedimento de ligamen

Canon 1085.

“§1.- Atenta inválidamente el matrimonio quien está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque no haya sido consumado,

§2.- Aun cuando el matrimonio anterior sea nulo o haya sido disuelto por cualquier causa, no por eso es lícito contraer otro antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución del precedente.”

“El impedimento de ligamen es la imposibilidad legal de celebrar válidamente matrimonio alguno a quienes ya se encuentran unidos por un matrimonio válido, aunque éste no haya sido consumado. Se funda en la unidad del matrimonio y se considera que es de derecho natural. Los requisitos necesarios para que exista el impedimento son los siguientes: el primer matrimonio debe ser objetivamente válido, sea consumado o no, y el vínculo del matrimonio anterior debe subsistir.

Los anteriores requisitos producen sus efectos según la realidad objetiva, independientemente del conocimiento que se tenga: de aquí la norma contenida en el §2, que establece la necesidad de la constancia legítima de la disolución o nulidad del anterior matrimonio para acceder lícitamente a otro. Si alguien ha contraído varios matrimonios sucesivamente debe probarse la nulidad de cada uno (*Comm.* 19. (1987) 16-18).”<sup>57</sup>

Este impedimento es el resultado de todo lo establecido en la doctrina respecto del matrimonio monogámico así como de sus propiedades esenciales y especialmente respecto de su indisolubilidad intrínseca y extrínseca. La indisolubilidad ha sido considerada por la Iglesia como Ley Divina Positiva, es decir no se puede abolir ni dispensar por ninguna potestad humana salvo en ciertos casos como son la dispensa del matrimonio rato no consumado y la del Privilegio Paulino.

---

<sup>57</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

El legislador reafirma este aspecto diciendo que “El que atenta en estas circunstancias contrae inválidamente” en el §1, se refiere a la invalidez de un matrimonio que se celebra en tanto exista el vínculo de un matrimonio anterior válido, ya que el primer efecto de un matrimonio válido es la constitución del vínculo entre los esposos.

Este vínculo esencialmente y de suyo es indisoluble, por lo mismo no admite otro vínculo que pudiese crear otro matrimonio, ya que para que pueda constituirse el vínculo de un segundo matrimonio se requiere que el primer vínculo haya sido disuelto. Pero considerando otra hipótesis en el caso de que no se haya constituido ningún vínculo en virtud de que el primer matrimonio no tuvo validez, el segundo matrimonio podría ser considerado objetivamente válido.

Hemos de insistir que este impedimento, lo tiene toda persona ya casada para contraer nuevo matrimonio en tanto subsista el primero aunque no se haya consumado, de la misma forma tenemos que tener presente que este impedimento tiene su fundamento en la unidad del matrimonio a la cual se opone la poliandria que es la unión simultanea de una mujer con varios hombres y la poliginia o poligamia, que es la unión simultanea de un varón con varias mujeres. La poliandria se prohíbe por derecho natural primario, en tanto que la poliginia se prohíbe por derecho natural secundario así el impedimento de ligamen es dirimente del matrimonio.

El impedimento de ligamen cesa por la muerte de uno de los cónyuges, por el uso del Privilegio Paulino o por la legítima dispensa del Romano Pontífice.

Aunque el primer matrimonio haya sido declarado nulo o disuelto, no es lícito contraer nuevas nupcias antes de que conste con certeza y de un modo legítimo la nulidad o disolución del primer matrimonio. La nulidad debe declararse por proceso judicial, en tanto que la disolución constará por documentos o en su caso, por no tenerlos, a través de testigos a los cuales les conste ciertamente la disolución del vínculo o en caso de muerte presunta del cónyuge por el expediente que para tal efecto se abra y en el cual se excluya la duda prudente.

Con respecto a dos matrimonios de valor dudoso contraídos por una persona prevalece el primero con tal de que este asunto haya sido ventilado y decidido según el trámite de derecho. A este respecto la comisión Pontificia de intérpretes del código declaró a la pregunta “Si habiendo duda positiva e insoluble sobre la validez del primer matrimonio debe declararse nulo el segundo, se contestó afirmativamente” lo cual quiere decir que en el conflicto entre dos

matrimonios de valor dudoso prevalece el primero y añadió esta comisión “Con tal que la causa de defina según el trámite ordinario de derecho” esto es por el proceso judicial que se instruya conforme a las normas que establece el Código de Derecho Canónico.

Y así podemos observar lo que al respecto establece el canon 1684 que dice:

Canon 1684.

“§1.- Cuando la sentencia que por primera vez declaró la nulidad del un matrimonio ha sido confirmada en grado de apelación mediante decreto o nueva sentencia, aquellos cuyo matrimonio ha sido declarado nulo pueden contraer nuevas nupcias a partir del momento en el que se les ha notificado el derecho o la nueva sentencia, a no ser que esto se prohíba por un veto incluido en la sentencia o decreto, o establecido por el Ordinario del lugar.”

Con respecto a la disolución del matrimonio rato no consumado que hace el Romano Pontífice a través de la dispensa respectiva, el canon 1710 nos indica el procedimiento que se ha de seguir para tal efecto.

Canon 1706.

“La Sede Apostólica remite el rescripto de dispensa al Obispo; y este notificará a las partes, y además mandará cuanto antes a los párrocos del lugar donde se celebró el matrimonio y donde recibieron el bautismo que se anote en los libros de matrimonios y de bautizados la dispensa concedida.”

Por cuanto hace a la disolución del matrimonio anterior por muerte, esta debe constar legítimamente o con certeza a través del certificado de defunción que expida ya sea la autoridad eclesiástica y la civil y en caso de que dicho documento no se encontrara debe atenerse a lo establecido en el Código de Derecho Canónico en el canon 1707 que textualmente nos dice:

Canon 1707.

“§1.- Cuando la muerte de un cónyuge no puede probarse por documento auténtico, eclesiástico o civil, el otro cónyuge no puede considerarse libre del vínculo matrimonial antes de que el Obispo diocesano haya emitido la declaración de muerte presunta.

§2.- El Obispo diocesano solo puede emitir la declaración a que se refiere el n.1 cuando realizadas las investigaciones oportunas, por las declaraciones de testigos, por fama o por indicios, alcance certeza moral sobre la muerte del cónyuge. No basta el solo hecho de la ausencia del cónyuge, aunque se prolongue por mucho tiempo.

§3.- En los casos dudosos y complicados, el Obispo ha de consultar a la Sede Apostólica.”

Con respecto a la disolución del vínculo por el privilegio de la fe hemos visto que el vínculo matrimonial se disuelve en el momento en que el cónyuge convertido contrae un nuevo matrimonio; lo que se requiere para contraer lícitamente este nuevo matrimonio es el permiso del Ordinario, quien lo otorgará cuando conste que en el fuero externo se hicieron los trámites exigidos y requeridos por los cánones 1144 y 1145 del Código de Derecho Canónico.

Canon 1144:

“§1.- Para que la parte bautizada contraiga válidamente un nuevo matrimonio se debe siempre interpelar a la parte no bautizada:

1º si quiere también ella recibir el bautismo;

2º si quiere al menos cohabitar pacíficamente con la parte bautizada, sin ofensa del Creador.

§2 Esta interpelación debe hacerse después del bautismo; sin embargo, con causa grave, el Ordinario del lugar puede permitir que se haga antes, e incluso dispensar de ella, tanto antes como después del bautismo, con tal de que conste, al menos por un procedimiento sumario y extrajudicial, que no pudo hacerse o que hubiera sido inútil.”

El alejamiento físico o moral del cónyuge no bautizado debe ser demostrado: la manera normal de averiguarlo es explorar su voluntad mediante las interpelaciones requeridas por el texto actual para la validez del nuevo matrimonio. El contenido de las interpelaciones, que deben ser hechas después del bautismo de la parte bautizada, es el siguiente: si quiere recibir el bautismo o si quiere convivir pacíficamente con la parte bautizada. En situaciones de causa grave §2 se puede permitir que se realicen antes del bautismo y dispensar, incluso de ellas.<sup>58</sup>

Canon 1145:

“§1.- La interpelación se hará normalmente por la autoridad del Ordinario del lugar de la parte convertida; este Ordinario ha de conceder al otro cónyuge, si lo pide, un plazo para responder, advirtiéndole sin embargo, de que, pasado inútilmente ese plazo, su silencio se entenderá como respuesta negativa.

§2.- Si la forma arriba indicada no puede observarse, es válida y también lícita la interpelación hecha, incluso de modo privado por la parte convertida.

§3.- En los dos casos anteriores, debe constar legítimamente en el fuero externo que se ha hecho la interpelación y cuál ha sido su resultado.”

### **Disparidad de cultos.**

Se entiende por disparidad de cultos la diferencia de cultos, la diferencia de religión existente entre parte bautizada en la Iglesia Católica o convertida a ella de la herejía o del cisma y la parte no bautizada. El impedimento de disparidad de cultos se encuentra regulado en el canon 1086 del Código de Derecho Canónico siguiendo como antecedente del “Motu Proprio Matrimonia mixta” del 31 de marzo de 1970 que en su §2 establecía “el matrimonio celebrado entre dos personas, una de las cuales haya sido bautizada en la Iglesia Católica, o haya sido recibida en ella, y la otra no esté bautizada, es inválido si se celebra sin previa dispensa del Ordinario del lugar”

---

<sup>58</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX

Canon 1086:

“§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 si no se cumplen las condiciones indicadas en los cann. 1125 y 1126.

§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.”

1086. “El impedimento de disparidad del cultos, por razones obvias, está muy ligado a los matrimonios mixtos (cc. 1124-1129), ya que bastantes disposiciones son comunes a ambos tipos de matrimonios. Para que exista este impedimento se exigen los siguientes requisitos: 1) una de las partes debe pertenecer a la Iglesia Católica, bien por el bautismo, bien por la conversión, y no la haya abandonado por un acto formal; 2) que la otra parte no haya sido bautizada o no haya recibido válidamente el bautismo. El bautismo, lógicamente, debe ser válido; es decir, emplear la debida materia y forma, además de la intención del bautizado de agregarse a la Iglesia Católica y del ministro bautizante (cc. 849; 869). Además, ésta es una importante novedad en relación con el c. 1070\*, se exige que el bautizado no haya abandonado la Iglesia Católica mediante acto formal; se ha establecido un criterio realista, y a los que así han obrado, se les exime de este impedimento porque “no hay razón para que los apóstatas estén sujetos a este impedimento, que está ordenado a tutelar la fe” (*Relatio 1981*, 252). Se exige que el abandono se realice con cualquier tipo de las formalidades o solemnidades que la legislación eclesiástica reconoce, a diferencia del supuesto contemplado en el c. 1071, 1,4.: en éste sólo se exige el abandono notorio de la fe católica. Recordemos también que a tenor del c. 869, §2, la Iglesia Católica reconoce, en principio y salvo que existan dudas fundadas, como válido el bautismo recibido en una comunidad eclesial no católica con tal de que se haya

empleado la debida materia y forma y conste de la verdadera intención del bautizado y del ministro.

El §2 establece la posibilidad de dispensa de este impedimento por el Ordinario del lugar con las condiciones establecida para los matrimonios mixtos (cc. 1125, 1126, 1127 y 1128): garantías del cumplimiento de una serie de condiciones de cara a la salvaguardia de la fe del cónyuge cristiano, posibilidad de su celebración en alguna de las formas públicas determinadas por la Conferencia Episcopal y atención pastoral especial a este tipo de familias una vez celebrado el matrimonio dispar. En el caso, finalmente, y tal como establece el §3, de bautismo dudosamente válido, existirá este impedimento si objetivamente se verifican las condiciones del c.: en tal situación el bautismo dudosamente válido, o se administra bajo condición o se puede pedir la dispensa *ad cautelam* de dicho impedimento. En las causas de nulidad matrimonial por este capítulo hay que recordar que, conforme al c. 1060, se presume que el matrimonio es válido y, por tanto, se ha de demostrar con certeza la nulidad o la no existencia del bautismo para declarar nulo el matrimonio por esta capítulo.”<sup>59</sup>

Por otra parte tenemos que considerar que este impedimento es de Derecho Eclesiástico, no está reservado a la Sede Apostólica y su sustento es proteger la fe de la parte católica. Considerando esto último el Ordinario tiene que cumplir o ver que se cumplan las condiciones establecidas en el canon 1125 del Código de Derecho Canónico que al efecto dice:

Canon 1125.

“Si hay una causa justa y razonable, el Ordinario del lugar puede conceder esta licencia (o bien, la dispensa de este impedimento); pero no debe otorgarla si no se cumplen las condiciones que siguen:

---

<sup>59</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX

1° que la parte católica declare que está dispuesta a evitar cualquier peligro de apartarse de la fe, y prometa sinceramente que hará cuanto le sea posible para que toda la prole se bautice y se eduque en la Iglesia católica;

2° que se informe en su momento al otro contrayente sobre las promesas que debe hacer la parte católica, de modo que conste que es verdaderamente consciente de la promesa y de la obligación de la parte católica;

3° que ambas partes sean instruidas sobre los fines y propiedades esenciales del matrimonio, que no pueden ser excluidos por ninguno de los dos.”

### **Impedimento de orden sagrado.**

Este impedimento está consignado en el canon 1087 y su sustento lo tiene en el celibato eclesiástico que si bien no pertenece a la estructura constitucional del sacerdocio se apoya en datos de las Sagradas Escrituras, por lo cual haremos una breve visión histórica de este impedimento.

“1) Cristo con su ejemplo y doctrina recomendó la castidad perfecta. El fue virgen, nacido de virgen; y dijo en el Evangelio: “Hay quienes se castraron a sí mismos por el reino de los cielos, el que pueda tomar este consejo que lo tome”<sup>60</sup>

2) *En la Iglesia Latina*, por costumbre, con fuerza de ley, en el siglo IV, los casados clérigos de órdenes mayores se abstenían del uso del matrimonio; los no casados eran excluidos de las nupcias.

3) La primera ley expresa, que prescribía el celibato bajo grave pena, se dio en el Concilio de Elvira, hacia el año 300-306 §1. Bajo esta ley comprendió el Concilio IB de Cartago (año 446) a los subdiáconos. §2. Desde San Gregorio Magno (m. 602),

---

<sup>60</sup> (SAN MATEO, 19, 11-12). LO MISMO RECOMENDÓ SAN PABLO, 1.º CORINT. 7, 25 SIGS.

la ley del celibato en la Iglesia latina, por derecho común obliga a los Obispos, presbiteros, diáconos y subdiáconos.

4) *En la Iglesia Oriental* hasta el siglo IV rigió la misma disciplina; después donde se propagó la herejía arriana y otras, se introdujo otra disciplina más laxa. El Concilio Trulano (en Constantinopla, a. 692) permitió a los Presbiteros, Diáconos y Subdiáconos usar del matrimonio contraído antes de la ordenación, pero no contraer nupcias.

5) *El impedimento dirimente* del matrimonio en la Iglesia latina se estableció, o al menos se declaró, por el Concilio II de Letrán (a. 1139), can. 6 §3.”<sup>61</sup>

Este impedimento goza de una tradición que se remota por lo menos al siglo IV y ha sido confirmado en muchas ocasiones por el Magisterio oficial de la Iglesia. (LG, 29; PO, 16; OT, 10; Enc. “*Sacerdotalis caelibatus de Pablo VI*”; “*Carta Novo incipiente*” de Juan Pablo II “*ad universos Ecclesiae sacerdotes, adveniente feria V in Cena Domini*”).

El impedimento de orden sagrado fue constituido como tal en el segundo concilio de Letrán en el año 1139 para reforzar la ley del celibato de los clérigos y que apareció por primera vez en el concilio de Elvira que se llevó a cabo del año 300 al 306.

El canon 1087 establece textualmente:

Canon 1087.

“Atentan inválidamente el matrimonio quienes han recibido las órdenes sagradas”.

La actual codificación asume, salvo la modificación introducida sobre el alcance de este impedimento, la legislación anterior; el impedimento de orden consiste en la inhabilidad para contraer matrimonio de aquel que ha recibido las órdenes sagradas.

Presupone y se funda en la obligación del celibato establecida en el c. 277 y concretada en los cc. 1031, §2, 1037. Podemos señalar los siguientes requisitos para la existencia de este

---

<sup>61</sup> EDUARDO REGATILLO. DERECHO MATRIMONIAL ECLESIASTICO. BARCELONA 1972

impedimento: la ordenación recibida tiene que ser válida, por lo que debe emplearse la debida materia y forma, la debe conferir el ministro válido y deben existir los requisitos necesarios en el sujeto, es decir la ordenación debe tener plena validez.

El procedimiento a observar en la tramitación de las causas para declarar la nulidad de la sagrada ordenación está regulado en los cc. 1708-1712. El segundo requisito es el alcance de este impedimento: los que han recibido órdenes sagradas. Bajo esta expresión están comprendidos los presbíteros y los diáconos (c. 1009). Lógicamente están excluidos los diáconos permanentes ordenados ya casados (c. 1031). A última hora no se suprimió la inhabilidad para contraer un posterior matrimonio establecida por la legislación posconciliar “*mpr. Ad pascendum*”, 15 ago. 1972 (AAS 64 (1972) 534ss) VI, en el caso de fallecimiento de la anterior esposa, aunque estos diáconos no eligieron el celibato y un segundo matrimonio podía ser la mayor solución para determinados problemas.<sup>62</sup>

El impedimento de orden es de derecho eclesiástico y su dispensa está reservada a la Sede Apostólica (c. 1078, 2, n.1) en todas las ocasiones. En el caso de la declaración de la nulidad de la ordenación, el clérigo queda libre de todas sus obligaciones (c. 1712) y, en consecuencia, de este impedimento. En el caso de rescripto de secularización, está regulado por el siguiente documento: S.C. pro Doctrina Fidei, De modo *procedendi in examine et resolutione petitionum quae dispensationem a coelibatu respiciunt*, 14 oct. 1980: AAS 72 (1980) 1132-35), se debe hacer mención expresa de esta dispensa.

Finalmente, tienen relación con éste los cc. 1041, §3; 1042, §2; 1044, 1-2; y 1047, que tratan de la ordenación de hombres casados y la consiguiente suspensión del ejercicio del orden recibido. El c. 1394, 1 castiga al clérigo que atenta contraer matrimonio, *etiam civiliter tantum*, con la pena de suspensión *latae sententiae*, pudiendo ser depuesto del estado clerical y, además, pierde *ipso iure* el oficio eclesiástico que tuviera (c. 194, §1, 3.).

La dispensa de este impedimento está reservado al Romano Pontífice y considerando que durante toda la historia prácticamente no se dio dispensa y solamente a partir de Papa Juan XXIII y en el reinado de Paulo VI las dispensas se concedieron prácticamente en forma rutinaria pero con la prohibición de ejercer las ordenes, es decir prácticamente reducían al interesado al estado

---

<sup>62</sup> (COMM. 9 (1977) 365; RELATIO 1981, P. 253).

laical. El Papa Juan Pablo II restringió los casos de dispensa únicamente a los siguientes en su “*Per Literas*” de la Congregación para la doctrina de la fe del 14 de octubre de 1980:

“**1.-** “Cuando un sacerdote desde hace mucho tiempo abandonó la vida sacerdotal y se encuentra en un estado irreversible que ahora quiere legalizar”.

**2.-** “Cuando la causal para la dispensa ya existía antes de la ordenación, es decir, cuando los sacerdotes no debieron haber recibido la ordenación: o porque faltó la debida atención a la libertad (= hubo coacción) o a la responsabilidad (= no hubo suficiente discreción de juicio); o porque los superiores del Seminario no pudieron juzgar oportunamente y de modo prudente si en realidad el candidato era apto para llevar para siempre una vida célibe dedicada a Dios”

### **Impedimento de voto.**

El canon 1088 establece en forma expresa que “atentan inválidamente el matrimonio quienes están vinculados por un voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso”.

Esto quiere decir que debe tratarse efectivamente de un voto perpetuo de castidad, lo cual, nos lleva a que no se incluyen en la esfera de aplicación del impedimento mencionado otros vínculos como podrían ser promesas o juramentos de los que consigna la const. “*Lumen gentium*” en su número 44 y en el §2 del canon 573 por lo cual el canon 1088 debe relacionarse con el canon 1191 que establece:

Canon 1191.

“**§1.-** El voto, es decir, la promesa deliberada y libre hecha a Dios acerca de un bien posible y mejor, debe cumplirse por la virtud de la religión.

**§2.-** A no ser que lo prohíba el derecho, todos los que gozan del conveniente uso de razón son capaces de emitir un voto.

**§3.-** Es nulo “*ipso iure*” el voto hecho por miedo grave e injusto, o por dolo.”

De la misma forma no podemos olvidar lo que establece a ésta respecto el siguiente canon 1192 que se relaciona con los cánones anteriores y que establece:

Canon 1192.

“§1.- El voto es público, si lo recibe el Superior legítimo a nombre de la Iglesia; en caso contrario es privado.

§2.- Es solemne, si la Iglesia lo considera como tal; en caso contrario es simple.”

A este respecto debemos de tener en consideración los comentarios que se hacen en el código en relación a todo lo mencionado anteriormente.

Este impedimento es de derecho eclesiástico y su dispensa está reservada a la Sede Apostólica (c. 1078, §2, 1.º)

El c. 1394, 2, penaliza al religioso de votos perpetuos que atenta contraer matrimonio con la pena de entredicho *latae sententiae* y los cc.694, §1, 2º, y 695 establecen la expulsión automática del instituto religioso de aquel miembro que intentase contraer matrimonio y del que estuviera viviendo en concubinato. El c. 643, §1, 2º, finalmente, determina que no se puede admitir válidamente en el noviciado al cónyuge *durante matrimonio*. ”<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

## Impedimento de rapto.

El canon 1089 establece:

“No puede haber matrimonio entre un hombre y una mujer raptada o al menos retenida con miras a contraer matrimonio con ella, a no ser que después la mujer, separada del raptor y hallándose en lugar seguro y libre, elija voluntariamente el matrimonio.”

Este canon establece en forma expresa no solamente la invalidez del matrimonio sino la inexistencia del mismo cuando se reúnen los requisitos del rapto.

El rapto es un delito, c. 1397, y al mismo tiempo un impedimento matrimonial. Aquí se considera únicamente bajo este último aspecto y se retiene, sustancialmente, el contenido de la legislación anterior. En cuanto impedimento, tiene dos figuras distintas; el rapto y la retención violenta. Los requisitos establecidos para que exista este impedimento son:

- a) a que la raptada sea la mujer;
- b) que la acción la realice un varón que desee contraer matrimonio con ella, por sí mismo o por medio de otra persona; en tal situación, basta que él sea el mandante;
- c) la finalidad, como se ha dicho, debe ser la de contraer matrimonio con ella;
- d) la acción debe ser realizada contra su voluntad: o bien no consintiendo ni en el traslado ni en la retención, o si consiente en ello, que no consienta en contraer matrimonio;
- e) que el lugar donde sea llevada o retenida esté bajo la potestad del raptor.

Fácilmente puede deducirse que en las situaciones particulares puede existir alguna duda de hecho sobre si se han verificado todas las condiciones anteriormente delimitadas.

El impedimento de rapto es de derecho eclesiástico y no se encuentra entre los reservados a la Sede Apostólica, por lo que puede dispensar de él el Ordinario del lugar; en circunstancias normales no se suele dispensar de él, habida cuenta de que se trata de una situación objetiva cuyo cese, en definitiva, depende del mismo raptor o retentor. Cesa por sí mismo cuando se garantiza la efectiva libertad objetiva de la raptada o retenida: la mujer debe ser separada del raptor,

encontrarse en lugar seguro y fuera de la potestad del raptor y debe elegir voluntariamente el matrimonio.<sup>64</sup>

El impedimento de raptor como figura autónoma e independiente del Capítulo de *vi et metu*, tiene su origen en el concilio de Trento y sigue en la regulación vigente, no obstante sugerencias a ser suprimida en los trabajos preparatorios, pero la razón por la cual se mantiene ha sido de tipo práctico ya que este hecho es frecuente, como ya se comentó, los elementos que configuran este impedimento son en primer lugar, tratarse de un varón raptor y de una mujer raptada y no de la situación inversa, por lo cual consideramos que este canon es discriminatorio del género masculino, porque una mujer tiene todas las posibilidades de raptar a un hombre con el fin de casarse con él y coaccionarlo para tal efecto, por lo cual no veo el por qué se sigue manteniendo una razón de tipo histórico, como fue el robo de las Sabinas; en segundo lugar, la acción que puede consistir tanto en la conducción o traslado de la mujer contra su voluntad a otro lugar o bien en la retención violenta en la que ya se hallaba; como tercer elemento tenemos la intención, que ya había resuelto la doctrina y la Jurisprudencia anteriores, en el propósito de contraer matrimonio con la raptada.

“En relación a los elementos configuradores de la cesación de este impedimento podemos considerar en primer lugar la separación de la mujer de su raptor y en segundo lugar constituir a la mujer en un lugar seguro y libre, en donde definitivamente pueda expresar con toda libertad su consentimiento. La razón de este impedimento de raptor es el tutelar la libertad del consentimiento, ya que este al ser presionado se menoscaba y en tales circunstancias no puede producir un acto jurídico válido”.

“Por lo cual al prohibir que se celebre el matrimonio en estas circunstancias prohíbe que este se celebre mediante un acto que de suyo viene a ser antijurídico ya que constituye un atentado contra la seguridad de las personas, por lo cual este impedimento se establece también a modo de pena; de lo anterior podemos inferir, que el impedimento de raptor obliga directamente a ambas partes del raptor, en cuanto

---

<sup>64</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

a que el raptor se hace acreedor del delito y a la raptada la protege en favor de su libertad.”<sup>65</sup>

Por otra parte debemos estar atentos a la condición de la víctima o sujeto pasivo del rapto, es decir, la raptada, que ha de ser necesariamente una mujer y personalmente a la mujer con la cual el raptor pretenda contraer matrimonio cualquiera que sea su condición, menor o mayor de edad, etc.

En cuanto al fin que se pretende el raptor debe hacer el rapto *intuito matrimonii*, es decir con la intención de contraer matrimonio con la mujer raptada, ya que si se perpetrara con cualquier otro fin (obtener dinero) no se configuraría el impedimento. En caso de duda la mujer se presume raptada con intención de matrimonio. Otro supuesto viene a ser cuando la mujer es raptada con cualquier fin extra matrimonial, y posteriormente el raptor cambiando de propósito la retiene violentamente con el propósito de contraer matrimonio y es de considerarse que desde el mismo momento en que abriga esta intención surge el impedimento ya que la mujer se encuentra bajo la presión del raptor y su libertad se encuentra menoscabada.

En cuanto al mismo rapto debemos considerar dos figuras:

**1.-** El rapto propiamente dicho, el acto de sustraer a la mujer y la retención violenta de la misma. Por lo que se refiere al rapto propiamente dicho la sustracción o separación de la mujer por su raptor, ha de ser de un lugar seguro a uno que no lo es para ella y además en forma violenta a saber perpetrada con oposición, negativa o repugnancia de la mujer, la violencia o coacción que se ejerce en el acto puede ser física, material o bien moral, es decir que la mujer se encuentre cohibida por miedo o bien engañada con dolo, de la misma forma tenemos que considerar la repugnancia negativa u oposición de la víctima tanto al fin, es decir, al matrimonio, como al medio o modo en la que se efectúa el rapto o ambas cosas, de forma que el impedimento se dará tanto si la mujer consintiendo en ser raptada disiente del propósito matrimonial del raptor o si consintiendo en este propósito disiente en el rapto, o bien si disiente del rapto y del matrimonio a la vez.

**2.-** En relación a la segunda figura es decir, la retención violenta de la mujer, en lo que atañe al impedimento se equipara a esta retención violenta de la mujer que se viene a verificar

---

<sup>65</sup> OB. CIT. F. HUBER PP 169

cuando el varón con el fin de casarse con ella la retiene por la fuerza, ya sea en el lugar en donde ella habita o en otro en donde ella se ha trasladado libremente, por lo cual, no se requiere diversidad de lugares *stricto sensu*, sino únicamente basta el cambio de condición del lugar en que la mujer se encontraba o entró libremente, por lo cual no importa la forma en que la mujer queda constituida en un lugar inseguro en poder del raptor ya fuese conducida a dicho lugar por la fuerza o con dolo o con engaño ejercido por el raptor o bien ya se trasladase a ese lugar espontáneamente por cualquier causa o permaneciese en el mismo por ser su residencia, ya que si consideramos que dicho lugar por acción del raptor ya no se considera seguro debido a la violencia o al dolo o al engaño ejercidos siempre en estos casos, se producirá el impedimento de raptó. En todos estos supuestos el raptó o la retención de parte del raptor, se comete con violencia o coacción y pasivamente por parte de la víctima y obra contra su voluntad, allanando su oposición, resistencia o repugnancia y así se induce el impedimento y por lo mismo la nulidad del matrimonio.

La cesación de este impedimento se produce cuando la raptada se separa del raptor y se constituye en un lugar seguro y libre, y entonces operando su libertad en forma absoluta podrá decidir si contrae matrimonio o no con su raptor.

### **Impedimento de crimen.**

El impedimento de crimen se encuentra regulado en el canon 1090 y ha quedado reducido a aquellos supuestos en los que se considera que media la efectiva muerte del cónyuge. Se pueden considerar en este aspecto tres figuras:

- 1.- En primer lugar tenemos el conyugicidio es decir el dar muerte al propio cónyuge.
- 2.- En segundo lugar lo que podríamos considerar como el conyugicidio impropio, es decir, dar muerte al cónyuge de aquel con quién se desea o se pretende contraer matrimonio.
- 3.- En tercer lugar tenemos el conyugicidio con cooperación de los que pretenden casarse.

El canon 1090 respecto a este impedimento establece en forma expresa lo siguiente:

“§1.- Quien, con el fin de contraer matrimonio con una determinada persona, causa la muerte del cónyuge de ésta o de su propio cónyuge, atenta inválidamente ese matrimonio.

§2.-También atentan inválidamente el matrimonio entre sí quienes con una cooperación mutua, física o moral causaron la muerte del cónyuge.”

“El impedimento es de derecho eclesiástico, por lo que en la primera figura, para que surja el impedimento, es necesario que sea la parte católica la que ha cometido el conyugicidio; en la segunda figura, al afectar directamente a cada uno de los conyugicidas, se produce cuando uno de ellos es católico y el otro es no católico. Su dispensa está reservada a la Sede Apostólica (c. 1078, §2, 2.º)”<sup>66</sup>

La dispensa del impedimento de crimen está reservada a la Sede Apostólica como ya prescribía el M.P. *De episcoporum muneribus*, IX, 13 en relación con el canon 1078 en su numeral 2, 2º.

Con respecto a lo que se puede considerar como perspectiva penal de este impedimento de crimen debemos tener en cuenta lo prescripto por el canon 1397 que dice:

Canon 1397:

“Quien comete homicidio, o rapta o retiene a un ser humano con violencia o fraude, o le mutila o hiere gravemente, debe ser castigado, según la gravedad del delito, con las privaciones y prohibiciones del can. 1336; el homicidio de las personas indicadas en el Can. 1370 se castiga con las penas allí establecidas”.

---

<sup>66</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

Estas penas se deben imponer independiente de las penas que por tales delitos imponga la autoridad estatal.

“1º La primera figura consiste en causar la muerte del propio cónyuge o del de otra persona con la finalidad de contraer matrimonio con esta última. Debe reunir, por lo tanto, las siguientes características:

- a) conyugicidio del propio cónyuge o del de la otra persona cometido por una de las dos personas que desean contraer matrimonio, aunque la otra lo ignore o incluso se oponga;
- b) debe ser consumado el delito, es decir, que se haya seguido efectivamente la muerte del cónyuge;
- c) debe ser perpetrado con la finalidad de contraer matrimonio.

2º La segunda figura consiste en causar la muerte a uno de los cónyuges respectivos por los dos que, lógicamente, y aunque no lo señale el texto legal, pretenden contraer matrimonio. Los requisitos de esta figura son:

- a) debe existir conyugicidio consumado;
- b) que haya habido verdadera cooperación, física o moral, entre los conyugicidas a tenor del c. 1329;
- c) lógicamente, la cooperación ha debido ser la causa de la muerte;
- d) que exista intención de contraer matrimonio entre los dos cómplices, ya que es el móvil de la acción criminal, es el valor que el impedimento intenta tutelar y tal intención debe darse al menos en uno de los conyugicidas”.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> COMMENTARIO AL CÓDIGO DE DERECHO CANONICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

## Impedimento de parentesco.

Este impedimento resulta o nace de la consanguinidad o comunidad de sangre que tiene lugar entre personas ascendientes o descendientes de un tronco común del cual son relativamente cercanos y que constituyen una familia, este impedimento es regulado en los cánones 1091 y 1094 que vienen a ser importantes instrumentos técnicos que el derecho aporta a fin de tutelar a la familia y cuyo objetivo primordial es el proteger la dignidad familiar de modo que sus relaciones se desarrollen naturalmente en el seno de una convivencia familiar y que no traspasen sus límites para que no se desnaturalicen, así mismo tienen como fin contribuir a que la familia cristiana se amplíe cada vez más a través de vínculos matrimoniales entre personas que no pertenezcan al ámbito de una estructura familiar concreta.

Con respecto a la historia de este impedimento, la consanguinidad en algún grado siempre y en todas partes fue impedimento matrimonial, asimismo encontramos que en el Levítico. Cap. 18, vers. 6 y siguientes se consignan algunos grados que constituyen impedimento. En el derecho romano se legisló la consanguinidad en línea recta hacía nulo el matrimonio en forma indefinida, en línea colateral se adoptó hasta en tercer grado civil, inclusive. La iglesia primitiva conservó los impedimentos del Levítico, y después adoptó los impedimentos civiles. Posteriormente fueron aumentando los impedimentos en línea colateral hasta el sexto grado canónico. En el concilio de Letrán se redujeron hasta el cuarto grado.

El código actual regula el impedimento de consanguinidad en el canon 1091 que establece:

“**1.-** En línea recta de consanguinidad, es nulo el matrimonio entre todos los ascendientes y descendientes, tanto legítimos como naturales.

**2.-** En línea colateral, es nulo hasta el cuarto grado inclusive.

**3.-** El impedimento de consanguinidad no se multiplica.

**4.-** Nunca debe permitirse el matrimonio cuando subsiste alguna duda sobre si las partes son consanguíneas en algún grado de línea recta o en segundo grado en línea colateral.”

“La mayor novedad del presente c. reside en que se acepta el sistema de cómputo romano descrito en el c. 108. podemos distinguir dos situaciones: 1ª. La consanguinidad en línea recta (1) es impedimento dirimente en todos los grados, tanto ascendientes como descendientes. Según la doctrina más común de derecho natural entre padres e hijos; muy probablemente también lo es entre todos los tres ascendientes y descendientes. 2ª. La consanguinidad en línea colateral es impedimento dirimente hasta el cuarto grado inclusive, es decir, primos carnales; según el cómputo del CIC de 1917 (c. 1076\*), equivaldría al segundo grado. También según la doctrina tradicional de la Iglesia es muy probable que entre hermano y hermana exista impedimento de derecho natural, siendo de derecho eclesiástico los restantes.

Quizá por eso mismo, el §4 del presente c. y el c. 1078, §3, establecen que nunca se debe permitir un matrimonio entre partes consanguíneas, aún dudosamente, en algún grado de línea recta o en segundo grado de línea colateral (hermanos) ni se puede conceder la pertinente dispensa. Para los grados restantes, tercero (Tío y sobrina) y cuarto (primos carnales) puede dispensar el Ordinario del lugar. El §3 repite la formulación ya contenida en el c. 1076, §2\*, del CIC anterior: el impedimento de consanguinidad no se multiplica.”<sup>68</sup>

Con respecto al impedimento de parentesco por afinidad que se regula en el canon 1092 en relación con el 109 el parentesco surge del matrimonio válido, considerando incluso el que no ha sido consumado, y se da entre el varón y los consanguíneos de su mujer y de la misma forma entre la mujer y los consanguíneos del varón. El cómputo se realiza en forma tal que los consanguíneos del varón son en la misma línea y grado afines de la mujer, tomando en consideración este punto, el impedimento de afinidad es el que se establece entre el varón y los consanguíneos de la mujer y entre la mujer y los consanguíneos del varón dentro de los grados

---

<sup>68</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

establecidos por la ley. Debemos precisar por otra parte que la afinidad solo se produce entre las personas indicadas en el canon, es decir cónyuge y consanguíneos del otro cónyuge, pero no será entre los consanguíneos de los cónyuges entre sí.

Este impedimento como ya indicamos se regula en el canon 1092 que establece en forma expresa

Canon 1092:

“La afinidad en línea recta dirime e matrimonio en cualquier grado.”

“Unido íntimamente al anterior, también en el impedimento de afinidad se han producido importantes innovaciones. La principal de todas ellas es la supresión del impedimento de afinidad proveniente de la línea colateral “porque muchas veces el matrimonio entre afines es la solución óptima para la prole que se tiene del anterior matrimonio” (Comm. 9 (1977) 368). La afinidad es la relación jurídica de parentesco surgida del matrimonio válido, aunque no esté consumado, y existe entre el varón y los consanguíneos de la mujer y entre la mujer y los consanguíneos del varón. Se computa de suerte que los consanguíneos del marido son afines de la mujer en la misma línea y grado, y viceversa (c. 109). Los requisitos establecidos para la existencia de este impedimento son: a) la afinidad surge del matrimonio válido, habiéndose abandonado, definitivamente, el concepto de afinidad surgida de la cópula; b) los grados de afinidad constitutivos del impedimento son, únicamente, cualquier grado en línea recta, ya sea ascendente o descendente (v. gr., padrastros e hijastros, suegro y nuera, yerno y suegra).

Es impedimento de derecho eclesiástico y, en consecuencia, admite dispensa; al no estar entre los reservados a la Sede Apostólica, lo que puede dispensar el Ordinario del lugar.”<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

Por todo lo anterior podemos concluir, que este impedimento es dispensable y esta dispensa es concedida a la autoridad canónica competente, que es el Ordinario del lugar por no estar reservada a la Sede Apostólica.

### **Impedimento de pública honestidad.**

El impedimento de pública honestidad, a la que también se ha llamado cuasiafinidad por la semejanza que tiene con el parentesco de afinidad que es la relación que surge del matrimonio inválido después que ha sido instaurada la vida en común o bien en la circunstancia de un concubinato notorio o público; este impedimento se da entre el varón y los consanguíneos de la mujer y viceversa.

Hasta el siglo XI este impedimento no existía, siendo introducido poco a poco.

Antes del Código este impedimento nacía: **a)** de los esponsales; o **b)** del matrimonio rato no consumado. En la actualidad su origen y disciplina ha cambiado por completo.

“El Derecho romano prohibía, por deshonestas, las nupcias de uno de los esposos (prometidos) con los consanguíneos en el primer grado de la línea recta del otro, es decir, con la esposa del padre o del hijo, y con el esposo de la madre o de la hija. La Iglesia no sólo recibió esta prohibición del derecho romano y la adoptó como impedimento matrimonial, sino que la extendió a los mismos grados que alcanzaban los impedimentos de consanguinidad y afinidad, llegando por lo tanto hasta el séptimo grado. Por lo demás, tal prohibición, que valía para los esponsales de futuro, a fortiori debía aplicarse también a los esponsales de presente, es decir, al matrimonio no consumado, pues aunque no existiera un texto que lo dispusiese terminantemente, es más firme el vínculo que se contrae con la celebración del matrimonio que con la mera promesa del mismo. Y al limitar Inocencio III, en el IV Concilio de Letrán, los impedimentos de consanguinidad y afinidad hasta el cuarto grado, indirectamente quedó introducida análoga restricción para la pública honestidad. Posteriormente,

Bonifacio VIII dispuso que el impedimento no se originaba de esponsales inciertos, condicionados o inválidos por defecto de consentimiento.

Después de la entrada en vigor del decreto *Ne temere*, de 2 de agosto del año 1907, o sea, a partir del día 19 de abril de 1908, al establecerse la forma para la validez de los esponsales (antaoño válidos aun celebrados ocultamente), sólo los celebrados con arreglo a la misma, podían inducir el impedimento.

Finalmente, el Código, atendiendo en gran parte los deseos de los Padres del Concilio Vaticano, abrogó enteramente el impedimento por razón de esponsales, y estableció que la pública honestidad se origina del matrimonio inválido, consumado o no, y del público o notorio concubinato, y que dirime el matrimonio hasta el segundo grado de la línea recta.”<sup>70</sup>

#### Canon 1093

“El impedimento de pública honestidad surge del matrimonio inválido después de instaurada la vida en común, o del concubinato notorio o público; y dirime el matrimonio en el primer grado de línea recta entre el varón y las consanguíneas de la mujer, y viceversa.”

“El impedimento de pública honestidad tiene mucha semejanza con el de afinidad, ya que a partir del CIC de 1917 se convirtió en pública honestidad lo que anteriormente era “*affinitas ex copula illicita*” y en el actual texto legal se mantiene, prácticamente, la misma regulación que la contenida en el c. 1078\* del CIC anterior”.

Podemos hacer distinción sobre dos grandes cuestiones: las fuentes de dónde surge y el alcance del impedimento. En relación con la primera cuestión, el CIC diferencia las siguientes:

**a)** matrimonio inválido después de instaurada la vida en común: dicho matrimonio puede serlo bien por la existencia de un impedimento, bien por un defecto o vicio de consentimiento.

---

<sup>70</sup> CFR. MODESTINO: I. 42, D., DE RITU NUPT.

Debe tener apariencia o figura de matrimonio canónico, siendo irrelevante que el matrimonio haya sido o no consumado, etc.

**b) concubinato notorio o público:** el concubinato consiste en una relación sexual entre un hombre y una mujer, con una cierta continuidad o permanencia que ofrezca alguna similitud con la vida matrimonial y sin intención marital. El concubinato debe ser, además, notorio en cuanto que es evidente o bien por el hecho, bien por derecho o público en cuanto que se ha divulgado o fácilmente se divulgará.

El Código de Derecho Canónico al establecer que el impedimento de pública honestidad nace del matrimonio inválido, ya sea consumado o no, lo hace indistintamente sin añadir ninguna excepción de donde podemos deducir que cualquier matrimonio inválido, consumado o no consumado, putativo o atentado induce el mencionado impedimento de pública honestidad.

### **Impedimento de parentesco legal.**

El parentesco legal se constituye por el vínculo que surge entre las personas que se relacionan por la adopción.

En el derecho romano el adoptado se equiparaba a los hijos del adoptante. De aquí se estableció, por la adopción, un impedimento matrimonial, análogo al derivado del parentesco natural. Según el Derecho Romano *adoptio naturam imitatur*, de la cual surgen vínculos de parentesco que tienen una semejanza con los naturales ya que de la adopción se originan tres especies de cognación legal.

- 1.- Paternidad legal entre el adoptante y el adoptado y los descendientes de este.
- 2.- Fraternidad legal entre el adoptado y los hijos naturales y legítimos del adoptante.
- 3.- Afinidad legal ente el adoptante y el cónyuge del adoptado y entre este y el cónyuge del adoptante.

“Por Derecho romano, sólo la cognación legítima, no la meramente natural, producía plenos efectos jurídicos. Así, pues, se entraba a formar parte de la familia como *filius familias*, ya por el nacimiento legítimo, por la legitimación, o por la adopción. Había dos especies de adopción: una, de la persona *sui iuris*, que durante los primeros tiempos se hacía por el sufragio popular en los comicios, y más tarde en virtud de decreto imperial, la cual se llamaba arrogación; y otra, de una persona *alieni iuris*, o sea de un *filius familias* que todavía permanecía bajo la patria potestad, la cual se hacía por decreto del magistrado y se llamaba adopción simple, y por ella el adoptado se separaba del círculo de su familia y agnados, e ingresaba en el círculo de agnados del adoptante, de cuyo nombre y estado se hacía partícipe.”

“El efecto de ambas adopciones, en el Derecho Romano antiguo, era que el adoptado entraba en la familia y se constituía bajo la potestad del adoptante a semejanza de los hijos naturales y legítimos, y se hacía heredero *ab intestato*. Justiniano, en el año 530, simplificó la forma de adopción, dispuso que si un hijo fuese transmitido en adopción por su padre natural a uno no ascendiente, no se alteraba jurídicamente la situación del hijo respecto al padre natural, ni se constituía bajo la potestad del adoptante, sino que la adopción sólo surtía el efecto de otorgar al adoptado el derecho de suceder legítimamente como un hijo del adoptante. A esta modalidad de la adopción se denominó imperfecta o menos plena, en oposición a la arrogación y a la adopción en sentido escrito, a la que llamaron adopción plena o perfecta.”<sup>71</sup>

En virtud de la ley por la adopción, el adoptado se equiparaba a los hijos del adoptante. El Derecho romano estableció por razón de la cognación legal, un impedimento matrimonial que era análogo al que se derivaba del parentesco natural, por lo cual se prohibieron las nupcias en línea recta entre el adoptante y el adoptado y sus legítimos descendientes; en línea transversal entre el adoptado y los hijos del adoptante que estaban bajo su potestad y de igual forma por afinidad entre la mujer del adoptante y el adoptado y entre el adoptante y la mujer del adoptado, es de

---

<sup>71</sup> ADOPTANTUR FILII FAMILIAS, *ADROGANTUR QUI SUI IURIS SUNT* (1. 1. D., DE ADOPT., I, 7) CFR. 1. 10. C., DE ADOPT., 8, 48.

tomarse en consideración que la paternidad y la afinidad legal perduraban aún después de haber cesado la adopción.

En el derecho canónico, en este aspecto nos remitimos al canon 1094:

Canon 1094.

“No pueden contraer válidamente matrimonio entre si quienes están unidos por parentesco legal proveniente de la adopción, en línea recta o en segundo grado de línea colateral.”

“Suprimido el impedimento de parentesco espiritual (c. 1079\*), al haberse adoptado el criterio de la supresión de todos los impedimentos de grado menor, el último de los impedimentos reseñados, es el de parentesco legal. En relación con el CIC de 1917 ha cambiado, casi radicalmente, su formulación: mientras que en la anterior legislación eclesiástica se producía una canonización de la legislación civil, de manera que en algunos lugares era impedimento impediendo y en otros dirimente (cc. 1059\* y 1080\*), en la actual legislación desaparece de entre los impedimentos impediendo, queda únicamente como impedimento dirimente y desaparece parcialmente la canonización de la ley civil sobre esta materia. El impedimento surge del parentesco legal nacido de la adopción, que, a tenor del c. 110, se regula por la legislación civil de cada nación y son considerados como hijos de aquel o aquellos que los adoptaron; en consecuencia, habrá que atenerse a la legislación de cada país sólo en cuanto a los elementos jurídicos que configuran el surgimiento de este instituto y no en su relación con el matrimonio.

También, creemos nosotros, puede cesar este impedimento cuando, a tenor de la legislación civil, la adopción desaparece y, en consecuencia, desaparece el vínculo de parentesco legal que dependía de ésta.”<sup>72</sup>

La iglesia se adhirió de hecho a la ley romana; en el Derecho Antiguo estaba en vigor el principio de que la adopción inducía impedimento dirimente, si ella se había constituido según la

---

<sup>72</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

norma del Derecho Romano. Pero posteriormente las naciones en sus leyes introdujeron gran variedad en cuanto a la adopción, por lo cual la Iglesia fue dando declaraciones para cada una.

Artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

“Son impedimentos para celebrar matrimonio:

Fracción IV. El parentesco de afinidad en línea recta sin limitación alguna.”

La adopción nació para que los Paterfamilias pudiesen continuar con su familia cuando sólo habían tenido descendencia femenina, además de que únicamente él ejercía la Patria Potestad sobre los miembros de su *Domus*. En virtud de lo anterior, era completamente irrelevante que la mujer estuviese en condiciones de adoptar.

“Se llaman impedimentos los hechos o circunstancias naturales o legales que constituyen obstáculos para la celebración válida del matrimonio, los impedimentos se producen cuando no se han llenado los requisitos que la ley exige para la validez de este contrato; son hechos anteriores al matrimonio. El matrimonio que se celebra existiendo un impedimento, es nulo y cualquier interesado puede pedir que se declare dicha nulidad.”<sup>73</sup>

De lo anterior podemos concluir que el Derecho Mexicano al igual que el Derecho Canónico establece como impedimento para contraer matrimonio válido, el parentesco por afinidad en línea recta sin limitación de grado. En tanto que no existe impedimento cuando el parentesco por afinidad es en línea colateral.

## El consentimiento

Nos dice el Doctor Francisco Huber Olea y Reynoso que:

“El consentimiento es la manifestación de la voluntad, es el acto que supone la existencia previa de la deliberación orientada al análisis de todos los aspectos que influyen en ella para llegar a la decisión, el consentimiento debe ser 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 la voluntad, este proceso complejo está determinado por un elemento cognoscitivo y un elemento volitivo que confluyen en la producción del acto de voluntad.”<sup>74</sup>

Del concepto anterior, podemos distinguir que se requieren distintos elementos para la integración del consentimiento, lo cual nos hace considerar lo complicado que es la constitución del consentimiento, y sobre todo de un consentimiento que tiene ciertas particularidades, pues implica no solamente la libertad sino la capacidad que debe tener el sujeto para que la manifestación de la voluntad sea adecuada a lo que realmente se quiere.

El consentimiento matrimonial es necesario e indispensable para la celebración del matrimonio y es un acto psicológico que permite afirmar que es el acto por el cual la voluntad libre del hombre acepta aquello que el entendimiento le presenta.

Esta aceptación es a través de un razonamiento y un proceso interno consistente en diferentes etapas, en la que el sujeto debe hacer uso de la razón y de su concepción de la realidad para hacerla y manifestarla exteriormente conforme a su voluntad.

El consentimiento matrimonial exige para el entendimiento:

- 1) Uso de razón.
- 2) Suficiente discreción de juicio para que la voluntad esté dotada de la libertad requerida.

---

<sup>74</sup> OB. CIT. F. HUBER PP 183 Y SIG.

El entendimiento es una facultad cognoscitiva a través de la cual se obtienen conceptos generales o universales partiendo de la experiencia particular para llegar a la verdad teórica; es también una facultad crítica por medio de la cual se forman los llamados juicios estimativos sobre las realidades que ha vivido el sujeto y 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 actividades del entendimiento, la cognoscitiva aparece primero en el sujeto, y la segunda sólo después de la madurez del mismo siendo esta la que le da la discreción que el ser humano requiere en su vida para sus actos en especial para obligar en el matrimonio.

Todo esto aunado a la percepción que tiene el sujeto de la realidad, y de las vivencias y experiencias que surgen de ésta. Ésta experiencia es proyectada en el conocimiento que se tiene de la realidad.

Para que se pueda dar el consentimiento 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 o no 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 se concluye que nada puede ser querido si antes no se conoce.

Este conocimiento debe ser acorde a la realidad, pues de lo contrario da cabida e induce al error, cosa que no puede ocurrir en el contrato matrimonial.

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

**“1.-** La concepción, que es el conocimiento que se toma del acto por realizar, es algo así como un proyecto de ejecución.

**2.-** La deliberación, mediante la cual se estudia la forma y la conveniencia del acto concebido, usando de las facultades psíquicas.

3.- La decisión o resolución que da termino a la deliberación y constituye esencialmente el acto voluntario.

4.- La ejecución, que es la realización del acto voluntario concebido deliberado y definido.”<sup>75</sup>

Considerando que nadie puede querer algo que no conoce, es necesario el conocimiento de aquello que se nos presenta. Este conocimiento debe ser auténtico para saber las dimensiones de aquello que se nos está presentado, dimensiones que se proyectan en los deberes, obligaciones o en el deleite de lo que queremos alcanzar.

Si el conocimiento de cierta materia no es perfecto, porque la facultad superior del entendimiento no está desarrollada en la persona, carece de él o no está sano, va a crear un acto voluntario erróneo y cuando esto ocurre en el consentimiento matrimonial el matrimonio será nulo.

Por conocimiento perfecto debemos entender que sea un conocimiento apegado siempre a la realidad, que carezca de errores, y que sea completo.

Si la voluntad está afectada de vicios, también será un consentimiento viciado que producirá de la misma forma la nulidad del matrimonio.

“El consentimiento es un elemento esencial e indispensable “*sine qua non*” para que exista matrimonio pues siendo un contrato y como tal requiere de él para su existencia, nace por ese querer interno manifestado exteriormente. Siendo el matrimonio canónico un contrato, por lo mismo, debe tener todos los elementos consignados en la norma canónica para su validez es por esta razón que no podríamos concebir el matrimonio sin el consentimiento. El consentimiento matrimonial no es simplemente un elemento del acto jurídico (contrato) sino que es elemento esencial del matrimonio de tal manera que por él, un hombre y una mujer manifiestan ese querer interno de entregarse mutuamente formando una sociedad perpetua en un

---

<sup>75</sup> OB CIT. F. HUBER PP 183

vínculo de vida y de amor, sin que dicho consentimiento pueda ser suplido por ninguna potestad humana.”<sup>76</sup>

La doctrina ha impactado en lo consensual configurando el sistema matrimonial dentro del Derecho Canónico, donde se ha consolidado el principio consensual, lo que nos da a entender que únicamente el consentimiento de los contrayentes hace el matrimonio y que este consentimiento no puede ser sustituido por nadie. Por eso se nos dice en el canon que no puede el consentimiento no puede ser suplido por ninguna potestad humana.

Podemos circunscribir los principios doctrinales a la evolución histórica que viene a coincidir con el Derecho Romano, sistema jurídico con el que el Cristianismo vino a convivir en los primeros siglos de su ruta histórica. El Derecho Canónico acogió con suma facilidad un axioma de la jurisprudencia romana: “*Nuptias non concubitus, sed consensus facit*”. La recepción del principio romano por la doctrina canónica exigió dos principios esenciales con respecto al matrimonio, el primero relativo a la indisolubilidad ya que para el Cristianismo el consentimiento es una causa inicial de una relación permanente por lo cual era un acto con una vinculación jurídica que implicaba una obligación permanente e indisoluble; el segundo principio se refería a no suponer sino que el matrimonio como acto jurídico consensual tenía como elemento constructivo el *solus consensus*, es decir que *el concubitus* no bastaba para hacer el matrimonio.

En cuanto a las posiciones doctrinales en la Edad Media tenemos la consideración teológica y sacramental del matrimonio que desarrollan cuatro tratadistas Hincmaro de Reims, Hugo de San Víctor, Graciano y Pedro Lombardo, Hincmaro recoge la llamada teoría de la Cópula en donde la desponsatio engendra un vínculo entre los contrayentes pero no se constituye en sacramento hasta que el matrimonio se haya consumado.

Esto lo consideramos totalmente inexacto en virtud de que el matrimonio lo hace el consentimiento de presente, y no un consentimiento de futuro como es el de los esponsales.

Hugo de San Víctor es un defensor de la teoría del consentimiento “hay verdadero matrimonio y verdadero sacramento aunque no se hubiera seguido la cópula conyugal, por lo tanto la causa eficiente del matrimonio es el consentimiento mutuo de los contrayentes expresado

---

<sup>76</sup> OB CIT. F. HUBER PP 190

por palabras de presente “El nombre de *desponsatio* no corresponde al de *consensus* del matrimonio, sino a la promesa de futuro consentimiento”, apunta Hugo de San Víctor.

Graciano, maestro de la Universidad de Bolonia, contribuyó ampliamente a la difusión de la teoría de la cópula al indicar en su *Dictum* que el matrimonio “*se inicia con la desponsatio*”, pero que “se perfecciona con la *commixtio*” lo cual quiere decir que el vínculo conyugal se forma por la consumación del matrimonio.

Pedro Lombardo, que fue contemporáneo de Graciano, sistematiza la teoría consensual, en su libro cuarto de Sentencias distingue una “doble unión una es espiritual entre Cristo y la Iglesia; y otra material. Por lo cual el consentimiento significa la unión espiritual de Cristo y de la Iglesia que se produce por la calidad, en cambio, la fusión de sexos significa aquella unión que se produce por la conformidad de la naturaleza”.

La solución definitiva fue aportada por algunas decisiones pontificias y en concreto de Alejandro III e Inocencio III. Alejandro III aportó una solución con dos puntos, el primero indica que por el consentimiento de presente se produce el matrimonio y el segundo punto dice que también hay matrimonio cuando se dan esponsales de futuro y se realiza la cópula, es decir los esponsales juegan el papel de una presunción *iuris tantum* a favor de que la cópula viene a ser la expresión de un auténtico *consensus maritalis* (consentimiento matrimonial).

Inocencio III aportó una solución definitiva, ya que a partir de él queda firme la tesis de que el contrato matrimonial es perfecto por el solo consentimiento de manera que entre el matrimonio consumado y el no consumado no hay diferencia por lo que se refiere a la esencia del matrimonio.

A partir de estas decisiones pontificias se cerró la evolución del principio consensual que posteriormente recibiría confirmaciones tanto magisteriales como legales al respecto.

El concilio de Florencia (1439) declaró que “la causa eficiente del matrimonio regularmente es el mutuo consentimiento expresado por palabras de presente”.

“Por otra parte en el concilio de Trento se añadieron los requisitos de forma jurídica sustancial que es la necesidad de que el consentimiento se manifestara ante un testigo cualificado y dos o más testigos comunes en razón de garantía y seguridad jurídica. Con esta forma se añade la formalidad al acto jurídico matrimonial, pero esto no resta la esencialidad al consentimiento con relación al nacimiento del vínculo. A partir del concilio de Trento se opera una transformación en el matrimonio canónico que dejó de ser un simple contrato o negocio consensual para convertirse, además, en un verdadero contrato formal y se siguió sosteniendo que el consentimiento es suficiente para que se constituya el matrimonio toda vez que este es un contrato consensual y por lo tanto no requiere sino el consentimiento de los contrayentes, pero a partir del concilio de Trento se exigieron determinadas formalidades para la válida expresión de ese consentimiento otorgándole al contrato matrimonial el carácter de un acto formal para darle seguridad jurídica.”<sup>77</sup>

Tenemos que distinguir entre forma de emisión y forma de recepción, como lo ha hecho Lalaguna. La forma de emisión es la manifestación o exteriorización de la voluntad ya que según lo prescribe el canon 1104 n.2 “Expresen los esposos con palabras el consentimiento matrimonial; o si no pueden hablar, con signos equivalentes. No basta únicamente el consentimiento interno, sino que se precisa, para que este opere en el campo de lo jurídico, la manifestación o emisión exterior que nos muestre la voluntad interna. La forma de recepción es una función de prueba, de seguridad y eficacia jurídica ante terceros; estas son los requisitos de forma como elementos receptivos.”<sup>78</sup>

El matrimonio *in fieri* es el contrato consensual que se realiza por el consentimiento de las partes, como ocurre en todos los contratos, pero este contrato se perfecciona por el sólo hecho de que las partes presten su consentimiento en el acto de la celebración. Lo que se da y lo que se recibe es simplemente el derecho recíproco que se otorgan los cónyuges para constituir en forma irrevocable un consorcio de vida que no es solamente una convivencia pasajera sino perpetua, este consentimiento es de tal forma personal de cada uno de los contrayentes que no puede ser

---

<sup>77</sup> OB CIT. F. HUBER PP 203

<sup>78</sup> CANON 1104 N.2

suplido por ninguna potestad humana, por lo cual, el consentimiento de los contrayentes es el elemento esencial del contrato matrimonial que lo hace eficaz y constituye posteriormente el matrimonio *in facto esse*, el cual no podría tener existencia sin el consentimiento auténtico de los contrayentes.

El canon 1057 del Código de Derecho Canónico actual al señalar que el consentimiento matrimonial es el acto de voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio, quiere decir que tiene claro el objeto del consentimiento, es decir que lo que deben querer los contrayentes es el matrimonio mismo, el matrimonio en su propia esencia que es el derecho sobre el cuerpo, *el ius in corpus* establecido en la doctrina común y tradicional o bien *el consortium omnis vitae*; o sea *la comunitas vitae et amoris* (La comunidad de vida y amor) de conformidad con las doctrinas más recientes. Según Hervada el objeto del consentimiento no es otro sino “La persona del otro en su conyugalidad” deben querer al otro como esposo en un acto de índole causal: “querer darse como esposo y recibir al otro como tal aquí y ahora” y podríamos añadir “para siempre”.

“El consentimiento matrimonial para que pueda operar y producir consecuencias de derecho requiere de determinadas cualidades que son necesarias para su existencia y consistiendo el mismo en el acto de voluntad que originariamente es interno necesita que todas esas cualidades concurren en una forma acumulativa de tal suerte que si faltara alguna de ellas faltaría también el consentimiento. Además de las cualidades esenciales requeridas para la existencia del consentimiento la ley exige otros requisitos no para la existencia del consentimiento sino, para que su eficacia jurídica sea plena, es decir para que pueda producir un matrimonio válido, de estas cualidades unas se requieren por parte de las personas en cuanto son sujetos del matrimonio, otras en cuanto al objeto material del mismo y otras por parte del consentimiento en sí mismo.”<sup>79</sup>

Por lo que se refiere a las personas en cuanto sujetos del matrimonio es preciso que el consentimiento se dé entre personas capaces en derecho, por lo cual es sumamente relevante para el derecho tomar en consideración la capacidad jurídica de las personas ya que únicamente quien

---

<sup>79</sup> OB. CIT F. HUBER PP 188

tiene esta capacidad son los únicos que pueden celebrar válidamente los actos jurídicos que regulan la norma canónica

Por lo que el canon 124 expresamente nos indica:

Canon 124:

“§1.- Para que un acto jurídico sea válido, se requiere que haya sido realizado por una persona capaz, y que en el mismo concurren los elementos que constituyen esencialmente ese acto, así como las formalidades y requisitos impuestos por el derecho para la validez del acto.

§2.- Se presume válido el acto jurídico debidamente realizado en cuanto a sus elementos externos.”

“Esta capacidad se requiere para la eficacia jurídica del consentimiento, es decir para que este produzca un matrimonio válido con todas sus consecuencias jurídicas de suyo apto o intrínsecamente suficiente para que sobre el mismo se pueda elegir y sostener el matrimonio, ya que la capacidad requerida por las personas se expresa y se determina en la norma respectiva.

En cuanto al objeto material del contrato ya apuntamos, que se requiere que el consentimiento medie entre personas determinadas, que cada parte otorgue su consentimiento respecto a cierta persona identificada, ya que el acto de voluntad debe recaer o referirse al objeto explícita o por lo menos implícitamente determinado.

Respecto al consentimiento este ha de ser verdadero, deliberado, libre, mutuo y manifestado al exterior. El que sea verdadero quiere decir que cada uno de los contrayentes debe tener la intención seria efectiva, y además sincera de obligarse frente al otro contrayente de modo que no basta el deseo o propósito aunque sea bilateral sino que se requiere la decisión o determinación de la voluntad no

solamente internamente sino que sea manifestada al exterior y que no se contrarreste con otra intención contraria a contraer verdaderas nupcias”.<sup>80</sup>

Es decir, se debe determinar las características y cualidades que debe tener el consentimiento para ser eficaz dentro del acto jurídico.

En cuanto a la intención o voluntad matrimonial o ánimo de contraer matrimonio la intención o voluntad actual es la que se tiene en forma real y positivamente en el mismo acto o celebración del matrimonio la cual es evidentemente suficiente. La intención o voluntad virtual es la que se tuvo antes y por lo cual en su origen fue actual y que persevera por no haber sido revocada que además influye en el acto de la celebración del matrimonio, tal es el caso del matrimonio por poder. La intención o voluntad habitual es la que se tuvo anteriormente y que perduró por no haberse revocado, pero que no influye en el acto de contraer matrimonio como sería el caso en que el contrayente en el momento de la celebración estuviese bajo la influencia de alguna droga. La intención o voluntad interpretativa es la que no se tuvo antes ni se tiene en la actualidad por que el objeto no ocupó la mente del agente pero consiste en una cierta disposición de ánimo que tendría el agente si ocupara su mente en este objeto, pero esto es una mera suposición, y por eso no tiene relevancia jurídica.

De igual forma, el consentimiento debe ser deliberado lo cual quiere decir que se debe estructurar con plena advertencia o discernimiento de la mente acerca del acto previa su ponderación y estimación del mismo a fin de que la voluntad pueda querer, es decir, que pueda quererlo mediante el ejercicio de su libre albedrío o libertad interna. Esta libertad interna presupone lógicamente la deliberación que es exigida por la ley natural como una cualidad esencial del consentimiento y por lo mismo para la existencia misma y validez del mismo. Con respecto a la libertad externa o ausencia de coacción, se requiere por la ley positiva para la eficacia jurídica del consentimiento, es decir para que este pueda producir matrimonio válido.

Ésta deliberación debe ser un análisis crítico valorativo donde se haga una ponderación de las características del objeto que se persigue y así decidir sobre la conveniencia del acto. Lo cual ciertamente nos lleva a adentrarnos dentro de la metafísica de Santo Tomas de Aquino, cuando nos dice *bonum est quod omnia apectumt*, (es decir, el bien es lo que apetece el ser) o sea, que al

---

<sup>80</sup> OB CIT F. HUBER PP 188

deliberar, al entrar en esta etapa de deliberación lo que estamos haciendo es tendiendo hacia lo que apetece como un bien para nosotros.

El consentimiento debe ser plenamente libre, es decir libre y ausente de toda coacción lo que implica que pueda configurarse, constituirse en forma tal que no tenga la mínima coacción que pudiera inclinar la voluntad hacia un sentido o hacia un objeto no querido.

“El derecho exige en todos los casos, para que el acto pueda producir los efectos jurídicos establecidos en la norma que el acto de la voluntad esté libre de todo error substancial, de dolo y coacción y en caso de darse estas, se sanciona con la nulidad del acto. El §2 del canon 1057 define el consentimiento matrimonial expresando que “es un acto de la voluntad”, esta definición se basa en la doctrina de la psicología escolástica elaborada por Santo Tomas de Aquino y que ha sido aplicada posteriormente al matrimonio tanto en la doctrina como en la jurisprudencia rotal y en la terminología que ha usado la ética tradicional describiendo “el acto humano”: como el acto plenamente deliberado y libre.”<sup>81</sup>

De acuerdo con la filosofía escolástica en el hombre hay dos facultades que son esencialmente humanas y que lo distinguen de los demás seres creados a saber la inteligencia y la voluntad libre. Se nos dice que por la inteligencia el hombre adquiere el conocimiento de una cosa (ente) que cae bajo la razón de “verdad” y por la voluntad el hombre quiere o no quiere (acepta o rechaza) el objeto conocido, que cae bajo la razón de bien o de mal por lo cual es claro el adagio “*Nihil vólitum quin praecógnitum*” es decir que nada se puede querer si antes no se conoce.

De lo anterior podemos deducir que el consentimiento matrimonial, que es un acto de voluntad según lo establece el canon 1057 se manifiesta en un querer desear lo que se quiere es el objeto de la voluntades, que en este caso es el matrimonio con todo lo que implica y supone tal y como se lo propone el entendimiento, por lo cual el consentimiento matrimonial supone un conocimiento del matrimonio y se nos dice que este conocimiento en primer lugar es teórico, abstracto, especulativo, pero así mismo debe haber un conocimiento que sea práctico y concreto

---

<sup>81</sup> OB CIT F. HUBER PP 205

lo cual supone que para que el consentimiento matrimonial sea eficaz y consecuentemente valido no basta que la voluntad tienda hacia el matrimonio en abstracto, es decir que se quiera un matrimonio sino que además se requiere de un juicio práctico para que se pueda llegar a la decisión de contraer un matrimonio en concreto, es decir querer el matrimonio con determinada persona.

El consentimiento matrimonial además del conocimiento abstracto del matrimonio requiere de la acción estimativa, crítica del entendimiento para que pueda evaluar y asumir, aspectos éticos y jurídicos del contrato matrimonial, es decir hacer un verdadero juicio critico sus derechos y sus obligaciones para ver la conveniencia de asumirlos y aceptarlos o bien rechazarlos, esta evaluación crítica, concreta es lo que la escolástica llama deliberación y se encuentra en la esfera intelectual y como ya vimos, el consentimiento para que sea eficaz requiere tanto de la libertad interna como externa, es decir de la carencia absoluta de toda presión interna o externa.

El acto de voluntad del que habla el canon 1057, que debe ser deliberado y libre de personas jurídicamente hábiles, considera que los actos humanos deliberados y libres que constituyen el consentimiento, se le llama en forma preferente decisión. La psicología y la psiquiatría han estudiado el desarrollo de la personalidad y por lo tanto se han adentrado en la vida psíquica, en la salud mental del ser humano y enseñan que las decisiones maduras y objetivas son resultado, no solamente del ejercicio del entendimiento y de la voluntad sino de un conjunto de elementos psicofísicos que constituyen los rasgos de la personalidad equilibrada y normal de donde el acto humano deliberado y libre y la decisión madura va en proporción con la madurez de la personalidad.

La personalidad se constituye organizando los rasgos de la persona y se compone de procesos mentales que forman patrones o jerarquías de ideas y hábitos que dirigen la actividad de la persona.

Es dinámica por que cambia y actúa sobre el ambiente y es afectada por este.

Nos dice el Doctor Francisco Huber Olea y Reynoso que

“Los sistemas psicofísicos o rasgos de la personalidad son los siguientes:

**1.-** Sistema Físico, el cuerpo y sus aspectos estructurales y funcionales, su salud y enfermedad, su belleza o deformidad, etc.

**2.-** El temperamento, que es como un clima interno en el cual se desarrolla la personalidad y en el que se incluyen afectos, emociones y sentimientos.

**3.-** La inteligencia que incluye todas las funciones cognoscitivas, habilidad para aprender, funciones de memoria, planeación del futuro, facilidad de percibir y profundizar.

**4.-** El carácter, en sentido ético es el poder de autocontrol, la capacidad de regular la propia vida de conformidad con los principios y se identifica con la fuerza de voluntad. En sentido psicológico es el conjunto de valores que una persona se esfuerza por lograr constantemente.

Se compone de 3 elementos:

- a) La conciencia o sentido de responsabilidad.
- b) La sociabilidad o actitud hacia los demás.
- c) El hábito.<sup>82</sup>

“Se nos dice, que del carácter depende en gran parte el crecimiento y la maduración de otros rasgos o sistemas. El desarrollo de la personalidad depende de la interacción entre los sistemas intra psíquicos de la persona y los factores externos. Es un proceso complejo que determina la manera de percibir de una persona de juzgar de relacionarse con otros y en esencia, la manera de vivir de una persona, con otros”.<sup>83</sup>

El texto legal referente al consentimiento se expresa en la siguiente forma:<sup>84</sup>

Canon 1057:

---

<sup>82</sup> OB CIT F. HUBER PP 203

<sup>83</sup> AGUSTINE MENDONCA, “THE EFFECTS OF PERSONALITY DISORDERS ON MATRIMONIAL CONSENT” STUDIA CANONICA, 1987 OTTAWA.

<sup>84</sup> J. PIAGET, CITADO POR A. MENDONÇA, THE EFFECTS OF PERSONALITY DISORDERS ON MATRIMONIO CONSENT, EN STUDIA CANONICA 21 (1987) OTTAWA. PAG. 73.

“§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.”

“Con criterio sistemático ciertamente discutible en cuanto que el texto legal separa la naturaleza del consentimiento y sus defectos, la nueva codificación canónica introduce el presente c. sobre el consentimiento matrimonial entre los cc. preliminares de todo el tratado de derecho matrimonial. En el se contienen dos afirmaciones fundamentales: que el consentimiento de dos personas de distinto sexo es el factor constitutivo del matrimonio (1) y cuál es la naturaleza de este acto (2).

La única causa eficiente del matrimonio es el consentimiento de dos personas, en su elemento creador y, en consecuencia, tiene un carácter que es insustituible. Además, de cara a la constitución de los efectos públicos, es necesario que sea jurídicamente eficaz: es decir, manifiesto por personas libres de impedimentos y en la forma legítimamente establecida por la norma. En el §2 se da una definición del consentimiento matrimonial que ha de ser puesta en relación con el c. 1095: “es un acto de la voluntad, individual, mutuo y recíproco”, etc. El objeto del consentimiento matrimonial, en correspondencia con la nueva concepción del matrimonio establecida en el actual Código, es la entrega y aceptación mutua de los esposos para constituir el matrimonio, tal como anteriormente se ha definido en el c. 1055, 1. Se supera, en la actual legislación, la restricción operada en el c. 1082, 2\*, del Código anterior, cuando parecía limitar el objeto del consentimiento matrimonial al mero *ius in corpus* con una finalidad específica: éste queda integrado en el contexto más amplio e integrador del *consortium totius vitae*. “Cuando el consentimiento matrimonial reúne estas cualidades, tanto por parte de los sujetos como del objeto, dicho consentimiento es naturalmente válido y puede ser jurídicamente eficaz o ineficaz:

si carece de alguna de estas condiciones, el consentimiento es naturalmente inválido e ineficaz en absoluto.”<sup>85</sup>

De todo lo anterior deducimos que el matrimonio se origina del consentimiento de las partes (*causa efficiens matrimonii*), “*qui nulla humana potestate suppleri valet*” siempre y cuando no exista ningún impedimento dirimente y los contrayentes sean jurídicamente capaces y ese consentimiento se manifieste con las formalidades que la ley canónica establece. Siendo este consentimiento de los contrayentes acorde a la voluntad que sea efectiva y declarada de concederse y de aceptarse en forma deliberada y libre para constituir un consorcio de vida en forma irrevocable y perpetua. Es pues el consentimiento el elemento constitutivo del contrato matrimonial, y sin el cual no se puede concebir la constitución del matrimonio.

### **Incapacidad para consentir.**

El canon 1095 del Código de Derecho Canónico establece:

“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.”

---

<sup>85</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

Este canon manifiesta una novedad con respecto al código anterior y podríamos considerar que es el resultado de la evolución que progresivamente ha venido haciendo la jurisprudencia canónica en materia matrimonial. Como se puede apreciar en este precepto canónico se contemplan enfermedades mentales y trastornos psíquicos que producen una incapacidad para consentir, pero nos dice Viladrich:

“que estos trastornos mentales no son la causa de la nulidad del matrimonio, sino que la causa, en derecho, es la propia incapacidad para el consentimiento”. “Las enfermedades mentales y los trastornos psíquicos son datos de hecho, supuestos variadísimos que en su caso pueden producir o no y dependerá de cada caso, una verdadera incapacidad para consentir “para ello - escribe el citado autor- el Legislador se ha distanciado, con toda intención, de la terminología y las clasificaciones de índole médica y siquiátrica y ha perfilado un concepto jurídico básico - la incapacidad consensual- y tres tipos jurídicos a través de los cuales esa incapacidad se manifiesta en formas específicas o causas de nulidad autónomas”.

Los tipos jurídicos que hace mención el canon 1095 son: La falta de suficiente uso de razón; el defecto grave de discreción de juicio; y la imposibilidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, por causas de naturaleza psíquica. El autor mencionado Viladrich respecto al canon 1095 nos dice:

“El consentimiento matrimonial, no es solo un acto cualquiera de la voluntad, con tal de ser un acto humano. Ello es imprescindible, pero no es suficiente. Ha de ser, además, un acto de voluntad cualificado por la naturaleza matrimonial de su objeto y de su título. Casarse implica aquel preciso acto de la voluntad que se cualifica porque, mediante él, los contrayentes se hacen el recíproco, perpetuo y exclusivo don y aceptación de sí mismos, como varón de esta mujer y mujer de este varón, a título de derecho y deber mutuo (...). El consentimiento matrimonial, por

tanto, debe ser, como acto psicológico humano, no sólo libre, pleno y responsable, sino también idóneamente proporcionado al objeto y título matrimoniales”.<sup>86</sup>

Debemos considerar que quienes carecen de uso de razón o son incapaces no pueden emitir válidamente el consentimiento matrimonial y así nos señala el canon 99 que dice:

“Quien carece habitualmente de uso de razón, se considera que no es dueño de sí mismo”. El legislador omite cual pueda ser el origen de la privación del uso de razón, por lo que consideramos que la norma se entrelaza en esta primera causa las dos siguientes, es decir el defecto de discreción de juicio y la incapacidad para asumir lo que es objeto del consentimiento.

La doctrina ha interpretado que no sólo hay que incluir supuestos en los que la persona carece de uso de razón sino también aquellos en los que existe una perturbación del uso de razón. A este respecto la sentencia rotal del 4 de febrero de 1977 señaló los casos y las causas por las que el contrayente es incapaz del acto humano: quienes de modo habitual o en un preciso momento carecen del uso de razón se llaman amentes. El vocablo amente es jurídico y se utiliza para determinar los efectos legales de ciertas perturbaciones de la mente. De modo muy general se puede decir que se consideran amentes:

**1.-** Los adultos que no han alcanzado el uso de razón o que lo perdieron una vez conseguido. Esta anormalidad, que es más bien de orden cuantitativo, puede encontrarse en la oligofrenia o frenastenia en cuanto al primer supuesto; y en cuanto al segundo, en la demencia.

**2.-** Los adultos que tienen gravemente perturbado el uso de razón; anomalía de orden cualitativo que puede encontrarse en los casos de psicosis.

**3.-** Los adultos que, gozando habitualmente de uso de razón, se ven impedidos del mismo a causa de una perturbación mental presente.

El criterio legal que se sigue para juzgar de incapacidad para consentir, considera los supuestos íntimamente ligados con el uso de las facultades intelectivas y volitivas imprescindibles para emitir un acto humano y que aparte de aquellas perturbaciones psíquicas

---

<sup>86</sup> PEDRO JUAN VILADRICH, COMENTARIO AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO, UNIVERSIDAD DE NAVARRA, 1983.

que por su habitualidad e intensidad pueden producir, en un caso concreto, esta carencia del suficiente uso de razón, este criterio también es adecuado para abarcar estados transeúntes, íntimamente ligados con el momento de prestar el consentimiento, producidos por toxicomanías, drogadicción, alcoholismo, embriaguez, conmociones insuperables, etc. que independientemente de que constituyan una enfermedad mental o no, están privados del uso de las facultades intelectuales y volitivas en el momento de manifestar el consentimiento. Por eso que desde el punto de vista jurídico lo importante es la existencia y la correspondiente prueba procesal de la falta de suficiente uso de razón. Vienen a ser simplemente supuestos de hecho la enfermedad o perturbación psíquica que pueden sustentar la causa de nulidad y por otra parte tenemos que considerar la apreciación del juez de una probada enfermedad mental o perturbación psíquica en el contrayente y su incapacidad consensual por la carencia del suficiente uso de razón.

A este respecto no debemos olvidarnos del proceso del acto humano que es el consentimiento, y que está constituido por las operaciones de conocer, querer y obrar. De conformidad con estas operaciones se sistematiza en el canon mencionado los defectos psicológicos en tres tipos de causales según la terminología canónica empleada.

- 1.- Carencia de suficiente uso de razón, o sea la carencia del conocimiento (el conocer).
- 2.- Grave defecto de discreción de juicio, lo cual podemos considerar que hay un impedimento para el querer.
- 3.- La imposibilidad de asumir las obligaciones esenciales, lo cual quiere decir que hay una incapacidad para el obrar.

Podemos decir que la carencia de suficiente uso de razón y la falta de discreción de juicio se identifican en lo esencial pero difieren en el grado. La primera es el grado ínfimo de la falta de discreción de juicio, es decir, el uso de razón es el grado ínfimo de la discreción de juicio, ambos son necesarios para la elaboración del consentimiento que es el elemento esencial y constitutivo del contrato matrimonial en el momento en que este se realiza, independientemente de que se lleve a cabo su ejecución, es decir independientemente que se realice el consorcio de toda la vida.

Sin estos elementos, uso de razón y discreción de juicio no puede haber contrato matrimonial y lógicamente si no hay contrato no pueden crearse derechos y obligaciones al respecto.

En el §2 del canon 1095, nos dice que son incapaces aquellos que tienen un grave defecto de discreción de juicio. La discreción de juicio está en la esfera valorativa práctica de la voluntad, o sea, en la esfera del querer, los que carecen de lo que se ha llamado capacidad crítica o madurez de juicio suficiente y proporcionado a los derechos y obligaciones que llevan consigo la mutua entrega y aceptación del matrimonio de forma que puedan entenderlos, analizarlos, discernirlos y consecuentemente quererlos en forma adecuada. Por discreción de juicio podemos entender: “la capacidad que tiene la persona de percibir, valorar críticamente y juzgar aquello a lo que se compromete en el ámbito de los derechos y obligaciones esenciales de un determinado negocio jurídico (en el caso, se trata del matrimonio) y en virtud de esto tomar una decisión libre”, es decir, que la persona que tiene suficiente discreción de juicio para el matrimonio viene a ser aquella que tiene capacidad para percibir y hacer una crítica valorativa de lo que es el matrimonio y posteriormente juzgar de todo aquello a que lo compromete el contrato matrimonial, como son los derechos y obligaciones que traen consigo el matrimonio mismo y con todo este proceso realizado en una forma plenamente libre tomar la decisión de contraer o no el matrimonio.

Por todo, lo cual consideramos que la discreción de juicio consta de dos elementos que siendo distintos, a la vez son concurrentes.

- 1.- La plena advertencia que conlleva el proceso crítico y valorativo.
- 2.- La emisión de consentimiento en forma libre.

Dice al respecto el Doctor Francisco Huber Olea y Reynoso que:

“La discreción de juicio requiere suficiente madurez de la personalidad. La madurez de la persona tiene una relación en forma directa con la discreción de juicio y con la capacidad de asumir obligaciones lo cual quiere decir que a mayor madurez mayor capacidad para hacer juicios valorativos prácticos y de responsabilizarse cumpliendo las obligaciones adquiridas por lo que la discreción de juicio presupone necesariamente una integración suficiente de la personalidad en todos sus aspectos y

se refiere al grado de madurez personal que va a permitirle al contrayente discernir y elaborar un juicio crítico valorativo para obligarse respecto de los derechos y deberes esenciales que trae consigo el matrimonio.”<sup>87</sup>

“Para entender en forma puntual el significado de esta causa nos tenemos que ubicar en Santo Tomas de Aquino que señalo “Mayor discreción de juicio se requiere para proveer al futuro que para consentir en una acción presente”, lo cual quiere decir que para emitir válidamente el consentimiento no solo hace falta uso de razón sino que es necesario también el discernimiento, la ponderación, el juicio crítico y la prudencia en aquello que se va a hacer. Esta causa según la doctrina y la jurisprudencia canónica afecta al área o esfera valorativa práctica de la voluntad y presupone en la persona, como ya hemos visto, un sentido crítico o conciencia moral de todo aquello que supone el matrimonio de tal forma que pueda decidir libremente si se quiere o no el matrimonio y como consecuencia ejercitar el acto.

Es de tomarse en cuenta que no todo tipo de inmadurez trae como consecuencia la invalidez del matrimonio sino solamente aquella inmadurez afectiva que viene a perturbar la vida interior y priva a la persona de la capacidad para hacer la elección libre y ponderada requerida para un contrato tan trascendente y que trae en su esencia tales compromisos como lo requiere el matrimonio.

Cuando la evolución de las emociones, intereses, valores y sentimientos se realiza en forma incompleta y no es equilibrada se tiene una inmadurez afectiva, por lo cual se exige una madurez tal que permita ponderar y analizar las obligaciones que son esenciales del contrato matrimonial.”<sup>88</sup>

Entendemos que la discreción de juicio se integra con los siguientes elementos:

- 1.- Recta capacidad cognoscitiva (entendimiento especulativo o en abstracto).
- 2.- La adecuada capacidad crítica (juicio práctico, es decir, capacidad para hacer una valoración crítica de lo que es y conlleva este contrato)

---

<sup>87</sup> OB CIT. F. HUBER 220

<sup>88</sup> OB CIT F. HUBER 220

### 3.- La libre decisión de la voluntad.

A todo esto podemos preguntarnos cuál será el grado de discreción de juicio necesario para la validez del matrimonio. La jurisprudencia ha usado del criterio de proporcionalidad y de adecuación a la clase de acto jurídico que es el matrimonio y en este aspecto podemos ver que en el §2 del canon 1095 no se hace referencia a ninguna perturbación psíquica como causa de la falta de discreción de juicio, por lo cual se puede deducir que lo determinante para tener o no discreción de juicio no es sufrir una anomalía psíquica sino que lo que importa es la grave incidencia que esa anomalía psíquica pueda tener en la discreción de juicio requerida para la validez del matrimonio. Ahora bien, qué anomalías pueden influir en la falta de discreción de juicio.

1.- En primer lugar tenemos trastornos deficitarios que se presenta en los débiles de mente cuya evolución psíquica corresponde a una edad mental de 7 a 10 años que aunque pueden valerse por sí mismos ponen fuera del alcance, de su responsabilidad opciones importantes y desde luego proyectos de futuro; de la misma forma los imbéciles con una desarrollo psíquico que no supera a los 7 años mentales y que carecen de capacidad crítica;

2.- En segundo lugar tenemos la psicosis que es verdadera enfermedad mental y que implica trastornos de los aspectos funcionales del sujeto así como transformación morbosa de la personalidad con perturbaciones cualitativas: la esquizofrenia, psicosis maniaco depresiva, paranoia;

3.- En tercer lugar tenemos la neurosis que merma la capacidad de reflexión e iniciativa, por que la persona se ve afectada por un conjunto de perturbaciones psíquicas y somáticas;

4.- En cuarto lugar tenemos las psicopatías que consisten en desequilibrios de la personalidad que se ponen de manifiesto en modos anormales de comportarse los cuales provocan daños y molestias a los demás, como son el hipertímico de humor alegre exuberante hasta la euforia; o el depresivo, inseguro y en los límites de la psiquiatría y por último tenemos la psicosis latente o borderline casos en los que se encuentran elementos de neurosis, de psicosis psicógena de psicopatía; trastornos post-traumáticos originados por contusiones etc.

Gutiérrez Martín reseña los principales criterios que ha elaborado la jurisprudencia en este tema de falta de discreción de juicio. Y asimismo Pérez Martín enumera algunos de los criterios que el tribunal de la rota toma en consideración para la declaración de nulidad en los matrimonios que tienen como causal la falta de discreción de juicio:

“1° Para que pueda declararse la nulidad de matrimonio no es suficiente cualquier defecto de discreción de juicio, sino sólo aquel que haga incapaz al contrayente de llevar a cabo una opción libre o de asumir los deberes esenciales del matrimonio correspondientes a los tres bienes del mismo.

En el §3 del canon 1095 (quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica) podemos considerar que es una causal autónoma e independiente de la carencia o no de discreción de juicio.

2° Cuando se verifica esta incapacidad la ley canónica no lo determina sino que lo deja a los peritos psiquiatras, salvo lo prescrito en el canon 1804 según la psiquiatría para prestar un consentimiento válido se requiere por parte del entendimiento la capacidad práctica para conducir hacia una situación determinada, a base de las experiencias ya tenidas y de las consecuencias adecuadas y aplicables y que, de conformidad con el común sentir de la gente, son correctas. Concebido de esta manera el entender, viene a ser el correlativo de una razonable conducta de vida. Para conseguir ésta no basta con que la función del pensamiento sea de por sí formalmente normal. Es necesario por parte de la voluntad que no existan causas internas que perturben la formación de los factores motivantes.

3° Si del historial de contrayentes a juicio de los peritos, consta con evidencia que ya antes del matrimonio faltaba gravemente la integración personal e interpersonal, ese sujeto ha de estimarse inhábil para comprender adecuadamente la naturaleza misma de la comunión de vida ordenada a la procreación y educación de la prole, que es lo que constituye el matrimonio, y, en consecuencia, incapaz asimismo de juzgar rectamente acerca de esta comunión permanente de vida que ha de establecerse con otra persona. De este modo falta en este caso aquella discreción de juicio que puede conducir a una válida opción de la unión conyugal.

4° Los cultivadores de la psicología muestran los grados sucesivos de madurez y sostienen como cosa cierta que para formar un matrimonio estable se requiere además la capacidad de crear una intimidad afectuosa y personal con el cónyuge. Pero esta madurez psicológica perfecta, aunque es de desear que exista en todos los contrayentes, no constituye una nota para juzgar o un criterio a la hora de evaluar la capacidad psíquica para el matrimonio, pues también según los psicólogos sólo algunas personas se acercan a la verdadera madurez.

5° A no ser que mediante argumentos suficientes se pruebe la gravedad de la inmadurez al tiempo de contraer de tal modo que haga al contrayente incapaz de una verdadera elección en lo referente a la substancia del matrimonio o de asumir los deberes conyugales principalmente el de la comunidad de vida, no puede declararse la nulidad de matrimonio. Pues tales estados de inmadurez de juicio no son requeridas para el consentimiento matrimonial, aunque algunos psiquiatras parezcan opinar de otro modo.

6° La llamada inmadurez afectiva condiciona, en la generalidad de los casos, a la facultad volitiva que se ve incapacitada para producir un acto verdaderamente libre. Así pues, la inmadurez afectiva se reduce al defecto de libertad interna o mejor a la falta de suficiente deliberación... ya que el contrayente es incapaz de resistir al ímpetu del impulso que proviene de dentro a causa de la falta de armonía en su personalidad. La inmadurez afectiva llega en ciertos casos... a perturbar el proceso de una verdadera opción que puede llegar a faltar, opción que sería la adecuación entre el dominio de sí mismo y la palabra que se da y que se recibe en orden a asumir el consorcio íntimo y perpetuo de vida.

7° En los grados más intensos puede condicionar también la actividad de las facultades cognoscitivas: “Razonan algunas sentencias rotales que en muchos casos, principalmente en tiempos tan agitados como los nuestros, la armonía de las estructuras varias de la persona humana queda perturbada no alcanzando su madurez la vida afectiva”. En ciertos casos, incluso, al lograr la inmadurez un grado nada despreciable, la misma vida afectiva se ve deteriorada, llegando a faltar una verdadera opción, una deliberación suficiente e, incluso, la propia libertad interna. Advierte con

todo esa misma jurisprudencia que “no hay que extender excesivamente los casos de inmadurez afectiva”.

8° El canon 1680 prescribe la prueba pericial en los casos de defecto de consentimiento a causa de enfermedad mental, aunque este precepto legal no haya de aplicarse necesariamente a los supuestos de inmadurez psicológica y afectiva, sin embargo, la pericia resulta aquí muy conveniente. Téngase en cuenta que la inmadurez psíquica, cuando ella no queda referida a un proceso de desarrollo bio-psicológico va mucho más allá de la simple afectividad o emocionalidad. En el fondo de una personalidad psicológicamente inmadura, en el sentido que la jurisprudencia da a la expresión, existe algún género de trastorno de integración o de psicopatía con características tales como la dependencia, la irresponsabilidad ante el deber, la impulsividad, falta de control de las apetencias más primarias, instrumentalización de los demás para las propias satisfacciones, a veces también cierto grado de antisociabilidad. Es difícil que, pasados varios años, una prueba pericial pueda dictaminar acerca del grado de discrecionalidad del contrayente en el momento de celebrarse el matrimonio cuando dicha discrecionalidad se pone en duda sobre la base del defecto de desarrollo bio-psíquico del sujeto. Pero cuando los rasgos apuntados perseveran a lo largo de la vida conyugal hay suficiente fundamento para sospechar que se trata de una personalidad inmadura cuyo consentimiento matrimonial puede verse afectado no sólo en cuanto acto ilícito de la voluntad sino también en lo referente a su objeto. En todo lo anteriormente expuesto está ya indicando que el concepto jurídico de inmadurez psicológica o afectiva del que ha de servirse el juez no siempre coincide con lo que muchos psicólogos y psiquiatras entienden cuando hablan de inmadurez psicológica. Se hace necesario, pues, que tanto el Defensor del Vínculo como el propio juez no se limiten a recabar el dictamen pericial acerca de la existencia o inexistencia de la madurez psicológica en el periciando, sino que traten de cerciorarse del contenido que dicha expresión encierra en el contexto del dictamen pericial.

9º “No existe, por supuesto, el dominio de sí mismo ni la debida madurez psicológica en los casos más graves de perturbaciones psíquicas”.<sup>89</sup>

Como complemento debemos tener presente lo comentado respecto al §2 del canon 1095 en el Código de Derecho Canónico que al respecto nos indica:

“2º Grave defecto de discreción de juicio”. Afecta, según la doctrina y jurisprudencia canónica, al área o esfera valorativa-práctica de la voluntad. “Presupone en la persona la existencia de un sentido crítico o conciencia moral de lo que supone el matrimonio, de tal manera que el hombre puede decirse libremente y ejercitar así el acto. Dicha falta debe ser grave expresamente se quitó el término “debita” para indicar la profundidad de esta anomalía y debe versar sobre el objeto del matrimonio. Las anomalías más corrientemente productoras de este defecto son las psicosis, neurosis, etc.”<sup>90</sup>

De todo lo anterior vemos que el §2 del canon mencionado no especifica el origen de la grave anomalía psíquica que es productora de ese defecto. No se requiere por otra parte que este defecto o inmadurez sea perpetuo ya que puede ser temporal por determinadas presiones que le impidan al sujeto realizar una decisión libre o bien una deliberación serena, por lo cual únicamente se requiere que exista el defecto al momento de contraer matrimonio, o que este influya en forma determinante.

En los casos de defecto grave de discreción de juicio y durante el proceso de nulidad de matrimonio tanto los interrogatorios como todo aquello que integre la instrucción del proceso debe estar dirigido a analizar la personalidad del sujeto con sus antecedentes y relaciones familiares a fin de detectar el grado de inmadurez que tenía en el momento de contraer matrimonio.

El §3 del canon 1095 establece que son incapaces de contraer matrimonio quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica. Esta imposibilidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio está en la esfera del operar es

---

<sup>89</sup> PEREZ MARTIN ANTONIO JAVIER. DERECHOS DE FAMILIA, NULIDAD MATRIMONIAL CIVIL Y ECLESIASTICA, LEX NOVA, VALLADOLID 2000.

<sup>90</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

decir, en la imposibilidad de cumplir el compromiso previamente aceptado, y es todo aquello a lo que el sujeto se decidió o que quiso en forma deliberada y libre por lo que aquellos que no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causa de su naturaleza psíquica son incapaces para contraer matrimonio, ya que en este caso el consentimiento del sujeto carece de objeto o dicho en otra forma, se persigue un objeto que el sujeto no puede alcanzar o lograr siguiendo el adagio que “nadie está obligado a lo imposible”. Por otra parte tenemos que considerar que las obligaciones esenciales del matrimonio se identifican con el objeto esencial que se constituye por los siguientes bienes:

**1.-** El bien de los cónyuges que comprende relación interpersonal o ayuda mutua y tiene su expresión en el acto conyugal que es procreativo y unitivo de las personas.

**2.-** El bien de la prole que es un derecho y obligación a la procreación y educación de los hijos, a la paternidad y maternidad que también se actualiza por el acto conyugal en su aspecto procreativo.

**3.-** El bien de la fidelidad que es el derecho/obligación que es mutuo y por lo mismo reciproco y exclusivo de los cónyuges.

**4.-** El bien del sacramento, es decir, la propiedad que tiene el matrimonio en cuanto a que es indisoluble y esto implica así mismo la perpetuidad del vínculo matrimonial.

Para estar en posibilidad de poder asumir estas obligaciones esenciales se requiere una personalidad sana en el contrayente y supone lo siguiente:

**1.-** Ausencia de estructuras psicopatológicas.

**2.-** Integración armónica de los distintos rasgos de la personalidad.

**3.-** La percepción de la realidad sin distorsiones.

**4.-** La adaptación de la persona al entorno y a los distintos conflictos y circunstancias de la vida.

Las causas de la naturaleza psíquica, que incapacitan al sujeto para celebrar matrimonio válido las podemos considerar en la siguiente forma:

- a) Las enfermedades mentales, es decir, las psicosis y psiconeurosis;
- b) La sicopatología sexual (homosexualidad, ninfomanía, satiriasis, frigidez aguda, anafrodisia, paidofilia, fetichismo, voyeurismo, exhibicionismo...);
- c) Los desórdenes de la personalidad: personalidad antisocial, o sociopatía o sicopatía; personalidad paranoide; personalidad histérica; “*bordetine personality*”)
- d) otros síntomas graves de algún desorden de la personalidad: alcoholismo agudo; drogadicción; otras manías o compulsiones serias, que perturban gravemente la vida conyugal: vg. El jugador compulsivo, etc.

“Los rasgos que presentan estos desordenes son la falta de reflexión o de profundización sobre las cosas; incapacidad para tomar aprendizaje de las experiencias que podrían cambiar la conducta y forma de pensar; perjuicio grave de la relación interpersonal; falta de responsabilidad de responsabilidad con otras personas (egocentrismo y narcisismo); incapacidad para aceptar llamadas de atención por fallas personales; dificultad para todo aquello que implique la aceptación y sujeción a un tratamiento terapéutico, para que estas causas de naturaleza psíquica imposibiliten a la persona para asumir esas obligaciones que son esenciales al matrimonio se requiere :

**1.-** Que sea antecedente al matrimonio la patología, es decir que ya exista desde antes del momento de contraer matrimonio ya que de no ser así no podría declararse nulo un matrimonio que es válido, la patología se presenta posteriormente a la celebración del matrimonio.

**2.-** Que esta patología sea grave en forma tal que impida la entrega de los derechos y la aceptación y cumplimiento de las obligaciones de la misma forma que obstaculice la libertad de las personas en el momento de actuar con la consiguiente perturbación en el desarrollo de la vida conyugal.

**3.-** Que la patología sea perpetua e insanable.”<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> OB CIT F.HUBER PP 193

En relación a la relatividad tenemos que considerar:

**1.-** La incapacidad para asumir las obligaciones esenciales puede considerarse en su forma absoluta o relativa, la primera será una incapacidad que se tenga para lograr el objeto del matrimonio con cualquier persona, en tanto que en la relativa dicha incapacidad se presentara para lograrlo con una determinada persona.

Considerando la jurisprudencia actual debemos de tener en cuenta que para esta, basta la incapacidad relativa para que un matrimonio sea nulo. El sustento en favor de que la incapacidad relativa produce la invalidez del matrimonio se refiere a que en el matrimonio es necesaria la colaboración eficaz de los dos contrayentes para constituir en forma eficaz la relación interpersonal y constituir el consorcio que establece el canon 1055, por lo cual tenemos que distinguir la capacidad absoluta en lo que se refiere al objeto del matrimonio y la capacidad relativa en lo que se refiere a la persona con la que se contrae. Para juzgar estas dos clases de capacidad psíquica se requiere de los dictámenes periciales de conformidad con lo establecido en el canon 1680, pero debemos de considerar que el perito no puede juzgar del mérito de la causa ya que el juez como *peritus peritorum* únicamente debe oírlo y recabar información del perito ya que él en su función de juez formará su propio juicio y tendrá que decidir.

En las causa de incapacidad que señala el canon 1095 dice tanto el juez como el defensor del vínculo deberán investigar durante la instrucción de la causa sobre la personalidad de la parte que se considera con incapacidad, es decir investigar el grado de desarrollo de su juicio práctico y la gravedad en el desorden de su personalidad, siendo indispensable determinar los indicios que pudiese haber presentado su incapacidad y por lo tanto de emitir un consentimiento incapaz de producir un acto jurídico válido, por lo cual en la práctica y durante la instrucción de la causa se tendrá que investigar los antecedentes familiares, la conducta de la persona antes de contraer matrimonio en sus relaciones interpersonales, la forma en la cual se tomó la decisión para contraer matrimonio, los síntomas manifestados después de contraer matrimonio etc.

Por último debemos atender a lo que respecto al canon 1095 el comentario del propio código.

**3°** “Incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio. Finalmente, el tercer defecto recensionado en este c. es la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales

del matrimonio: el derecho natural exige la capacidad previa, natural, de poder asumir aquellas obligaciones que se contraen, ya que de lo contrario se emitiría en el caso del consentimiento matrimonial una indisponibilidad formal del objeto, se daría un consentimiento vacío de contenido. Tal como quedó patente en el proceso de codificación (Comm. 7 (1975) 41-52), se trata de una imposibilidad de prestar el objeto del consentimiento matrimonial debido a una causa de naturaleza psíquica, entendida en un sentido amplio.

Dicha incapacidad referida al objeto del matrimonio (c. 1055), debe ser cierta, antecedente, grave, profunda, absoluta o relativa, etc. Particular importancia tienen en este tipo de causas los peritajes psiquiátricos y psicológicos, regulados en los cc. 1574-1581 y 1680.<sup>92</sup>

Por último no debemos dejar de considerar que el objeto del consentimiento abarca múltiples obligaciones esenciales dentro de las cuales se sitúan y destacan las obligaciones de unidad, fidelidad e indisolubilidad, hasta las que se derivan de la comunidad de vida conyugal que se ordenan en forma institucional a los fines determinados como son el bien de los cónyuges, la procreación y la educación de la prole.

### **Vicios del consentimiento.**

Teniendo en consideración que cuando existe la capacidad suficiente de una persona para otorgar consentimiento válido, puede existir vicio en el consentimiento, cuando la persona voluntariamente o no, configura el acto jurídico en forma tal que dicho acto no sea válido y no pueda producir consecuencias jurídicas. Consideramos en primer lugar que existe consentimiento, pero este consentimiento está viciado o tiene un defecto tal que hace que dicho consentimiento no pueda producir un acto jurídico válido, por lo cual debemos tener en cuenta lo establecido en el canon 124, que nos indica:

---

<sup>92</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

Que para que un acto jurídico sea válido, se requiere que haya sido realizado por una persona capaz y que en el mismo concurren los elementos que constituyen esencialmente ese acto, así como las formalidades y requisitos impuestos por el derecho para la validez de tal acto.

Es decir, que no basta que la persona cuente con la capacidad jurídica requerida por el derecho canónico (que viene a ser más exigente que la capacidad que exige el derecho positivo). Tienen que concurrir diversos elementos exigidos por los diversos cánones referidos a ésta materia ya que de lo contrario el acto jurídico será inválido.

Los vicios del consentimiento son los defectos que trae consigo un consentimiento que lo hace incapaz de producir un acto jurídico válido, por lo cual tenemos que tener en consideración que en un consentimiento viciado propone el entendimiento a la voluntad un objeto equivocado ya que la voluntad no puede querer lo que le propone el entendimiento y por lo tanto el consentimiento está viciado, porque la causa del vicio está en el entendimiento y no en la voluntad.

El canon 1096 establece:

“§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.”

“1096 Se regula el conocimiento mínimo que los contrayentes deben tener de cara a contraer matrimonio: mientras que en el c. anterior se trataba de una incapacidad debida a una anomalía mental, en el presente se trata, simplemente, de la carencia de un mínimo conocimiento exigible a los que desean contraer matrimonio. A tenor del texto actual, el contenido de este conocimiento mínimo *saltem non ignorent* sería el siguiente:

a) Que el matrimonio es un consorcio, una unión que implica algún vínculo unitivo entre el varón y la mujer;

- b) Permanente, estable: no es necesario que sepan que es una sociedad perpetua, indisoluble;
- c) Heterosexual, de un varón y una mujer;
- d) Con la finalidad de tener descendencia. Finalmente, el c. actual parece poner fin a una cuestión debatida y discutida en el anterior CIC: ¿Qué tipo de conocimiento acerca de la procreación se debe y puede exigir? Expresamente se dice que es necesario que los contrayentes no ignoren que la procreación de los hijos acontece *cooperatione aliqua sexuali*: es decir, que conozcan que la procreación tiene lugar mediante una cooperación sexual del hombre y la mujer. No se exige un conocimiento exacto del funcionamiento de los órganos de ahí la inclusión de la partícula *aliqua*, ni bastaría, creemos nosotros, el pensar que la procreación tiene lugar mediante el concurso meramente corporal, ya que expresamente se suprimió la expresión *corporali* y se colocó la de *sexuali* en el proceso de codificación (Comm. 9 (1977) 371). El §2 establece la presunción *iuris* de que a partir de la pubertad (doce años en la mujer y catorce en el hombre) tal ignorancia no existe”.<sup>93</sup>

“Es menester señalar que en la primera parte del canon que indica que el matrimonio es un consorcio permanente entre varón y mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual, consideramos que dicho canon es incompleto ya que el acto de procreación requiere una total cooperación sexual entre los contrayentes y no como dice el canon una cierta cooperación ya que esto implica un acto incompleto como podría ser un ósculo o unas ciertas caricias que en sí aunque provocan un ánimo unitivo y sexual no implican el acto mismo que es generativo, por lo cual consideramos que dicho canon debería ser más exacto en su relación y texto, lo cual podría ser redactado en la siguiente forma,:

---

<sup>93</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

El matrimonio es un consorcio permanente entre varón y mujer ordenado a la procreación de la prole mediante los actos sexuales que son propios para la procreación.

Aunque se puede considerar que los contrayentes deben tener un conocimiento aunque en forma vaga de que la entrega mutua se viene a verificar mediante la unión carnal de los cuerpos en forma tal que esta unión sea apta para engendrar los hijos ya que tal es el objeto propio y específico del matrimonio.”<sup>94</sup>

### **Error**

Los vicios del consentimiento por parte del entendimiento son: la ignorancia y el error. Es menester aclarar qué se entiende por error, el error se distingue en forma clara de la ignorancia ya que esta consiste en la carencia del debido conocimiento, es decir, el sujeto carece del conocimiento por lo que se dice que alguien es ignorante o ignora determinado conocimiento. En tanto que el error estriba en el falso juicio acerca de una cosa, el error viene a añadir a la ignorancia meramente negativa del conocimiento una positiva noción falsa, lo cual es una falsa aprehensión del objeto del conocimiento, ya que la ignorancia corresponde a las ideas en tanto que el error a los juicios, por lo cual se dice que la ignorancia es la causa en tanto que el error es el efecto, pues no el que ignora algo sino el que cree saber algo que ignora incurre en el error porque tiene por verdadero lo falso, lo que es propio del error.

Considerando que los vicios del consentimiento por parte del entendimiento son la ignorancia y el error, la ignorancia substancial es carencia del conocimiento de vida, es ignorar prácticamente lo que se puede y o se debe saber sobre determinada cosa, por eso el legislador canónico ha establecido un mínimo conocimiento acerca del matrimonio, que considera como indispensable para que se pueda contraer válidamente y así lo enuncia en el §2 del canon 1096 en donde en forma expresa establece que esta ignorancia (acerca del matrimonio) no se presume después de la pubertad.

---

<sup>94</sup> OB CIT F. HUBER PP 205

Por eso el legislador establece un equilibrio entre dos aspectos de derecho natural ya que al querer el matrimonio los contrayentes, se supone quieren implícitamente todo lo que implica el matrimonio, y así considera:

1.- El derecho de toda persona a un matrimonio válido.

2.- La necesidad absoluta del consentimiento suficiente para el matrimonio en donde como ya vimos el legislador establece un mínimo conocimiento para que el contrayente pueda usar de su derecho al matrimonio el cual no puede tener existencia sin el consentimiento, este mínimo que establece el legislador nos remite al canon 1083 en donde establece la edad mínima para la validez del matrimonio ya que existe la presunción de derecho que después de la pubertad ya se tiene el conocimiento suficiente proporcionado por la misma naturaleza de lo que es y exige el matrimonio.

El error, que como comentamos es un juicio falso equivocado de la mente sobre un objeto, en muchas ocasiones el error en derecho lo equiparan a la ignorancia, toda vez que en muchas ocasiones el juicio equivocado sobre una cosa se debe a la ignorancia, pero en forma más concreta el error en sí mismo es independiente de la ignorancia, principalmente en una situación concreta o en un error de hecho.

El error puede considerarse como de *facti* (de hecho) o de *iuris* (de derecho). El error de derecho será cuando versa sobre el ordenamiento jurídico del negocio en abstracto en tanto que el error de hecho se da cuando recae sobre la materia del mismo en concreto, por eso el error de derecho se da acerca del matrimonio, de su naturaleza de sus propiedades, bienes, o de sus cualidades en tanto que el error de hecho se da respecto a la persona con quién se va a contraer matrimonio o de sus cualidades o características.

El consentimiento de acuerdo a las máximas del derecho romano *non videntur qui errant, consentire, et nulla voluntas errantis est*, solo se aplican tratándose del error substancial ya que no cualquier error vicia el consentimiento, es decir, que por derecho natural solo el error substancial lo vicia lo cual es error acerca de la persona misma con la que se quiere contraer matrimonio ya que esta es el objeto esencial del contrato matrimonial de conformidad con lo establecido en el canon 126 de donde el error de la persona hace inválido el matrimonio y no

importa qué clase de error sea, por lo que es inoperante para constituir el vínculo matrimonial, que no puede convalidarse por la cohabitación.

Graciano (1150) nos dice:

“Es cierto que no todo error excluye el consentimiento. Pues uno es el error de persona, otro el de fortuna, otro el de condición, otro el de cualidad. El error de persona es, cuando se cree que éste es Virgilio, cuando es Platón. El error de fortuna es, cuando se piensa que es rico, cuando es pobre, o viceversa. El error de condición, cuando se piensa que es libre aquel que es esclavo. El error de cualidad, cuando se piensa que es bueno el que es malo. El error de fortuna y el de cualidad no excluye el consentimiento matrimonial. El error de persona y el de condición en cambio no admiten el consentimiento matrimonial. Porque... si alguien promete que me va a vender oro, y en cambio me ofrece latón u oropel en lugar de oro, engañándome, ¿acaso se diría que consentí en el latón?, ni alguna vez consentí en él, pues el consentimiento únicamente viene de la voluntad. Pues así como este error de materia excluye el consentimiento, así también el error de persona en el matrimonio. Pues no consintió en éste, sino en aquel que pensaba que era”<sup>95</sup>

La doctrina expresada por este canonista la recoge el actual Código de Derecho Canónico.

Canon 1097 que dice al respecto:

Canon 1097:

“§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.”

El error acerca de la persona produce la invalidez del contrato matrimonial y este error se da cuando uno de los contrayentes intenta contraer matrimonio con una persona determinada y por

---

<sup>95</sup> GRACIANO (C.XXIX, Q.1).

error contrae nupcias con otra, tal error hace que el matrimonio sea inválido ya que se trata de un error substancial que afecta al objeto del contrato que son las mismas personas contratantes, este error es difícil que se dé actualmente ya que por lógica antes de contraer matrimonio los contrayentes se conocen en una hipótesis podríamos pensar en el matrimonio que contraen dos personas que se conocen por carta, teléfono o internet y pasado un tiempo deciden contraer matrimonio presentándose en el lugar donde se va a celebrar el matrimonio otra persona distinta, de igual forma podría darse en el caso de los matrimonios por poder en donde en el momento de celebrarse el matrimonio y no conociendo el apoderado al otro contrayente este es sustituido por otra persona.

Otro error que se presenta al momento de prestar el consentimiento matrimonial es el que se refiere a las cualidades personales del otro contrayente, es decir una persona contrae matrimonio convencida aunque engañada, de que el otro tiene determinadas cualidades, como podrían ser la riqueza, estudios, la virginidad, etc. y posteriormente comprueba que el otro contrayente carece de esas cualidades, es decir que es ignorante, que es pobre, desflorada, etc. la circunstancia de que se descubra después del matrimonio que el otro cónyuge carece de las cualidades personales que se pensaban, no supone que, en principio, el matrimonio sea nulo, así lo establece como precepto con carácter general el §2 del canon 1097, al indicar que el error acerca de una cualidad de una persona aunque sea causa del contrato no dirime el matrimonio.

Algunos canonistas consideran que la razón de este precepto es que el matrimonio se contrae con las personas y no con sus cualidades, toda vez que el error sobre las cualidades es un error accidental, porque si hay cualidades, falsamente atribuidas a una persona y estas cualidades no existen o no las tiene la persona, no afectan ciertamente a lo fundamental que es la persona y ello aún cuando hubiera sido la causa de que la otra persona hubiese decidido casarse.

Esta regla tiene excepción ya que hay casos en los que el error en las cualidades del otro consorte puede determinar directamente la nulidad del matrimonio.

En el §2 del canon 1097 se expresa claramente la excepción que dice: a no ser que se pretenda esta cualidad directa y principalmente, lo cual se entiende que en tal caso la voluntad pretende directa y principalmente una cualidad que cree, en forma equivocada, que existe en la persona y por lo cual esta persona fue escogida para el matrimonio sobre su identidad, de donde

dicha cualidad o cualidades pasan a ser objeto esencial del acto de voluntad por lo cual el error acerca de su existencia es error substancial y trae como consecuencia la invalidez del matrimonio, la redacción del §2 al cual nos hemos referido es el consenso de la interpretación que ha hecho la jurisprudencia rotal respecto de la expresión “error de cualidad que redundando en error de persona” del canon 1083 del Código de 1917.

Es sumamente importante destacar que cualquier cualidad que sea causa del contrato puede ocasionar o producir la invalidez del matrimonio, porque no se puede entender que una cualidad que es la que determina la decisión para contraer, se ignore en esencia misma del matrimonio, por lo tanto si esta cualidad es la causa del contrato y no existe, es causa de invalidez. Por lo cual consideramos que el canon no se adecua perfectamente cuando establece que únicamente puede ser inválido el matrimonio cuando se pretenda en forma principal esa cualidad, e incurre en una cierta contradicción ya que como se acaba de mencionar, cualquier cualidad que sea la causa del contrato es importante y se pretende en una forma principal.

“1097 Otro de los cc. en los que se ha reflejado la evolución y desarrollo de la doctrina y jurisprudencia canónica, en relación con el anterior c. 1083\*, es este que trata sobre la relevancia del error en el consentimiento matrimonial: más en concreto, trata sobre el error de hecho, que puede versar sobre la persona misma o sobre la cualidad de una persona. Consiste el error en un juicio falso de una cosa o sobre determinados elementos del negocio jurídico. Al tender la voluntad al objeto tal como es conocido, el error siempre influye en la voluntad: pero no todo error hace nulo el consentimiento matrimonial. Al tenor del c. 126, es nulo dicho acto realizado por error cuando afecta a la sustancia del acto o a una condición sine qua non; en caso contrario es válido, a no ser que el derecho establezca otra cosa. Dos supuestos se contemplan en el presente canon:

1° Error acerca de la persona misma: lo hay cuando uno intenta casarse con una persona determinada y por error se casa con otra. Tal error hace inválido el matrimonio, pues se trata de un error sustancial, ya que afecta al mismo objeto del contrato, que son las mismas personas de los contrayentes. Amén de lo anterior, y en último término, ese matrimonio será nulo por falta de consentimiento en él.

2º Error acerca de una cualidad de la persona: en el CIC anterior se indicaba que tal error no hacía nulo el matrimonio por versar sobre una cualidad accidental, no sustancial, del contrato. Dos excepciones se hacían a esta regla: el error acerca de la condición servil de la otra parte y si el error acerca de la cualidad de una persona redundaba en error sobre la misma persona. Este último supuesto solamente acaecía cuando la otra persona tiene una cualidad individual que sólo le conviene a ella.”

Posteriormente, la doctrina y jurisprudencia canónica abandonó esta interpretación restrictiva y se acogió a una famosa regla de San Alfonso María de Liguori: el error sobre la cualidad redundante en la persona y, en consecuencia invalida el matrimonio cuando el consentimiento se dirige *directe et principaliter* hacia una cualidad o conjunto de cualidades *et minus principaliter* hacia la persona. Esta interpretación, resurgida a partir de una *coram. Canals* de 21 de abril de 1970, es la que ha quedado plasmada en la nueva codificación canónica. Suprimido el apartado referido a la condición servil de uno de los contrayentes por considerarlo obsoleto y así mismo por la posibilidad de ser subsumido en uno de los siguientes capítulos, el texto tiene dos partes: en la primera se afirma que el error sobre la cualidad, al ser un error accidental, no dirime el matrimonio; en la segunda parte se establece una excepción: a no ser que se pretenda dicha cualidad directa y principalmente por encima de la misma persona con la que se va a contraer matrimonio. Dicha cualidad no debe ser ocultada dolosamente, pues entraría en el supuesto del c. 1098, ni puesta como condición, ya que lo contemplaría el c. 1102. Atendiendo al proceso de codificación (Comm.9 (1977) 371-372) aunque el texto nada dice entendemos nosotros que dicha cualidad debe tener la suficiente entidad como para perturbar gravemente, por su propia naturaleza, el consorcio de la vida conyugal”.<sup>96</sup>

Por lo tanto se trata de una cualidad moral, jurídica, social que es común a muchas personas y no sólo determina a una persona física sino que “está tan íntimamente conectada o relacionada con esta, que si falta la cualidad, también la persona física resulta totalmente

---

<sup>96</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

diversa”<sup>97</sup> por eso esta cualidad puede ser la condición social, familiar o profesional, etc. es decir que la persona tiene todas las dotes para crecer y desarrollarse en la sociedad en que vive.

Lo que realmente importa es que la cualidad que se cree que tiene la persona tenga un valor tal y una importancia en la mente del otro contrayente que la determine y la individualice, se dice “que la cualidad de que se trata sea tan importante en la mente y en la estimación del contrayente, que se pretende directa y principalmente como inherente a la persona”, de tal manera que, como dice San Alfonso, “El consentimiento tiende directamente y principalmente hacia la cualidad, indirecta y menos principalmente hacia la persona”.<sup>98</sup>

Por lo cual para definir la causa en que se alega este error redundante, el juez tendrá que ponderar la importancia que tenía para la persona que fue víctima del error, la cualidad que creía que tenía la persona con la que quería constituir el matrimonio pensando precisamente que tenía dicha cualidad.

Por otra parte el error doloso acerca de una cualidad que puede perturbar gravemente el consorcio queda establecido en forma clara en el canon 1098 que expresa:

Canon 1098:

“Quien contrae el matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente.”

El dolo al cual muchos le denominan error doloso en virtud de que el dolo causa error y el error vicia el consentimiento. El dolo a que alude el canon 1098 es un dolo cualificado una causal nueva que provoca la nulidad del matrimonio.

La doctrina general anterior al Código de 1983 se apoyaba en la siguiente máxima:

---

<sup>97</sup> UNA CORAM. CANALS, 21 ABRIL 1971, N. 2

<sup>98</sup> STANKIEWICZ, 24 DE ENERO DE 1984.

“*licet dolus interveniat in spiritualibus, tenet contratus* (el dolo en materia espiritual no vicia el contrato)”. “Los pocos casos en los que intervino el dolo y el matrimonio consideró el dolo, se puso como “causa del error”.<sup>99</sup>

El Derecho Romano definía el dolo,

“*Omnis calliditas, fallacia aut machinatio, ad circumveniendum, fallendum vel decipiendum alterum adhibita* (Cualquier astucia, ardid o estrategema utilizada para envolver o sorprender, engañar o traicionar a otro)”. Otra definición romana es: “*Dolus malus est machinatio quaedam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud ágitur* (el dolo malo es una maquinación o estrategema, ardid, para engañar a otro, cuando se simula una cosa y se hace otra)”<sup>100</sup>

Para que concurra la causal de error doloso se requiere que exista error dolosamente causado, el dolo como ya vimos en las definiciones anteriores requiere engaño, falacia, maquinación deliberada, para empujar y hacer al otro que contraiga matrimonio. Es indiferente que ese dolo lo cause el propio contrayente o bien un tercero. La conducta dolosa puede ser positiva al crear falsamente apariencias de cualidades y circunstancias sobre las que versa el error o bien negativa al omitir la información debida y proporcionada a la naturaleza del matrimonio que podrían equivaler a un engaño.

El dolo es un engaño deliberado y ese engaño se puede hacer o producir fingiendo que se tiene o existe una cualidad que la persona considera muy importante para dar su consentimiento en el acto jurídico cuando en realidad dicha cualidad no existe o bien el engaño puede surgir cuando se oculta un defecto que existe y que constituye un obstáculo para que la persona engañada otorgue su consentimiento y abundando más en este aspecto podemos decir que la persona engañada no otorgaría su consentimiento si conociera la existencia de dicho defecto. El efecto inmediato del engaño produce el error por el cual se induce al engañado a realizar un determinado acto jurídico que no se realizaría si se conociese lo que es materia del error o sea que el que engaña arranca al engañado su consentimiento para realizar el matrimonio, induciéndolo al error mediante el engaño.

---

<sup>99</sup> (GASPARRI, *TRACTATUS CANONICUS DE MATRIMONIO*, 1932, NN. 794-795, VOL. II, PP.)

<sup>100</sup> (ULP., L:1, 2, D. IV, 3.).

Debemos de considerar, para que exista el dolo se requiere que el sujeto víctima del dolo ignore que se le engaña, que ignore que la cualidad que se finge no existe o bien que ignore que existe el defecto que se oculta porque si no ignora tales hechos, tenemos que aplicar la regla de derecho n. 27 de Bonifacio VIII: “*Scienti et consentienti no fit iniuria neque dolus* (no se hace injusticia ni dolo al que sabe y consiente)” (c. 27, De Teg. Iur, in VI°); lo que equivale al dicho común: “sobre advertencia no hay engaño”. Suele suceder que a la persona se le advierta acerca de un hecho pero esta, no lo cree. En este caso la persona se engaña a sí misma y eso no es dolo ya que la esencia del dolo radica en que una persona engañe y la otra sea engañada, de donde se requiere la existencia de dos personas, la que engaña y la que es engañada.

“El dolo que se ocasiona en forma deliberada y fraudulenta trae consigo una injusticia, la violación de un derecho que en este caso es el derecho que tienen las personas a decidir con toda libertad. El que engaña manipula a la persona que engaña, porque debido al engaño logra que la persona engañada consienta en lo que no consentiría si no hubiese sido engañada, por lo que a través del engaño logra el sujeto que engaña lo que desea de la otra persona. La regla de derecho “*Nemini dolus suus prodesse debet* (a nadie debe aprovechar su propio dolo)”. Y Neracio Prisco: “*Alienus dolus nocere alteri non debet* (el dolo de uno no debe dañar al otro)”, y por eso: “*Dolus onmimodo puniatur* (el dolo absolutamente se debe castigar)” (L, 11, D. 44, 4.). Hemos de considerar también que si a la persona engañada se le quita o se le restringe su libertad y además se le causa un daño, porque en el caso del matrimonio se le condena a vivir con una persona a la que no quiere, la injusticia en este caso se hace más grave.”<sup>101</sup>

Por otra parte tenemos que considerar que el dolo no es un dolo accidental o involuntario sino de un dolo que entraña un verdadero engaño deliberado, concertado con la clara intención de inducir al error en la persona engañada, así mismo en el canon no se hace referencia a quién ocasiona el dolo, ya que puede ser el contrayente o una tercera persona. Es menester tener en cuenta que el dolo que produce la nulidad es un dolo que tiene por objeto producir un engaño

---

<sup>101</sup> OB CIT. F. HUBER PP 221

para obtener el consentimiento que de conocerse el objeto que es motivo del engaño no se obtendría el consentimiento.

“Con respecto a lo que se dice en el canon acerca de una cualidad o defecto que pueda tener el otro contrayente, debemos de considerar que se enlaza directamente con la expresión “que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal” lo cual nos indica que no se requiere que lo perturbe, basta que por la naturaleza de esta cualidad o defecto lo pueda hacer, es decir que en el futuro, pueda perturbar el consorcio conyugal, se torne grave, es decir que sea fuente de desavenencias y conflictos conyugales que impidan el desarrollo normal del matrimonio *in facto esse*. El canon 1098 pretende proteger al cónyuge engañado de una situación en la que por un error al que ha sido inducido y sin culpa se verá obligada a situaciones graves en su vida matrimonial por el dolo cualificado al que alude el mencionado canon.”<sup>102</sup>

Serrano resume su análisis exhaustivo sobre la doctrina tradicional en cuanto a la condición, el error y el dolo en la siguiente forma:<sup>103</sup>

“Siempre que se trata de la nulidad de un matrimonio por error acerca de una cualidad de las personas, hay que tomar en consideración los principios del dolo, del error y de la condición al casarse... Estos principios cobran más importancia en la actualidad cuando se trata del matrimonio que es un instituto singularmente propísimo... Por lo que respecta al dolo en un asunto grave, habría que decir que al menos por tres razones se opone a la esencia del matrimonio, a saber: porque lo destituye de aquella verdad y sinceridad que le corresponde por el derecho natural y por la ordenación divina; porque priva ilegítimamente de la libertad a uno de los contrayentes al poner en su elección un prerequisite de conocimiento falso, del cual se origina una intención incongruente o inadecuada; y finalmente lo que más nos interesa porque el que engaña con dolo ofrece una imagen falsa, es decir, una “persona intencional”, la única que se puede entregar, totalmente diversa de la que la otra persona pretende aceptar.

---

<sup>102</sup> OB CIT. F. HUBER

<sup>103</sup> C. SERRANO RUIZ, JOSE M. 28 DE MAYO DE 1982. S.R.R.

Finalmente, la cualidad o circunstancia que a manera de condición un contrayente pretende en el otro, en la mente de los dos es como el objeto sobre el cual versa la “entrega y aceptación de sí mismo” aunque dicho objeto sea personal y se pretenda junto con toda la persona”.

“Y todo esto es válido simplemente al considerar el consentimiento matrimonial como el acto de la voluntad por el cual se realiza aquel intercambio o comunicación mutua de las personas mismas, de la cual se habló antes; pero lo es aún más si en el mismo consentimiento está incluido el derecho a aquella comunidad de vida y amor conyugal en la cual, como lo enseña el Concilio Vaticano II, se debe poner la substancia esencial (sic) del matrimonio. Porque es claro que la entrega y aceptación mutua a la comunión conyugal al ser íntima y al buscar una donación total recíproca, ni siquiera puede iniciarse cuando alguno de los contrayentes se encuentra gravemente engañado por el otro, ya que entonces falta aquella confianza y sinceridad de comunicación sin las cuales, en materia grave, sería vano esperar cualquier proyecto o tentativa conyugal”<sup>104</sup>

El juez tendrá que definir con certeza el hecho de cuando la carencia de una cualidad perturba gravemente el consorcio de la vida conyugal para declarar la nulidad del matrimonio y para tal efecto el juez en primer lugar debe observar las normas de procedimiento y considerar el estado y circunstancias de las personas.

### **Error “iuris”**

Canon 1099.

“El error acerca de la unidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio, con tal de que no determine la voluntad, no vicia el consentimiento matrimonial.”

---

<sup>104</sup> C. SERRANO RUIZ, JOSE M. 28 DE MAYO DE 1982. S.R.R. (N. 17, P. 319)

A este respecto el comentarista del código expresa:

1099 “Se contempla el supuesto del error de derecho: parte del supuesto de que, al ser el consentimiento matrimonial un acto de la voluntad y no de la inteligencia, puede existir la posibilidad de que coexistan en una persona la posibilidad de un error acerca de las propiedades esenciales del matrimonio y una voluntad de querer contraer matrimonio, tal como comúnmente lo hace y lo entiende la gente. En este caso, que en el CIC anterior se denominaba *simplex error*, el matrimonio así contraído es válido. Por el contrario, cuando dicho error de la inteligencia está tan arraigado y profundizado en la persona humana que se uniera a la voluntad y la determinará en su obrar excluyendo positivamente una de las propiedades fundamentales del matrimonio, el consentimiento prestado sería nulo, ya que en este caso se excluiría positivamente algo que va unido indisolublemente al propio matrimonio (cc. 1056 y 1101). Se trataría del denominado *error pervicax*.”<sup>105</sup>

El error de derecho que es el que versa sobre el ordenamiento jurídico del contrato matrimonial puede ser substancial o accidental, según recaiga o no sobre lo que constituye la substancia del contrato, será substancial si versa sobre la identidad del propio acto jurídico, es decir acerca de la naturaleza del mismo, el error acerca del contrato matrimonial efecto de la ignorancia sobre la naturaleza del mismo es decir que recae sobre la identidad del acto jurídico, como error de derecho substancial induce a la falta o defecto total del consentimiento y en consecuencia es causa de la nulidad del matrimonio.

La norma delimita el ámbito del error substancial de derecho en lo que es la materia matrimonial ya que el legislador no exige un conocimiento pleno acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio ya que, como vimos anteriormente, requiere de una noción elemental y rudimentaria sobre el mismo, recurriendo a la expresión “que los contrayentes no ignoren al menos” con lo cual está reduciendo el conocimiento sobre el matrimonio a su mínima expresión para considerar como válido y capaz el consentimiento para generar un contrato matrimonial válido.

---

<sup>105</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

Para juzgar cuando el *error iuris* produce la nulidad del matrimonio, el juez tendrá que analizar si el error es lo que se llama *pervicax*, es decir si tal error es en el sujeto obstinado, porfiado, firme, constante, o bien si es tan solo un *error iuris* simple ya que en caso de duda debemos recordar que el matrimonio goza del favor del derecho a tenor de lo establecido en el canon 1060.

### **Vicios de la voluntad.**

Dice el Doctor Francisco Huber Olea y Reynoso que:

“En relación al consentimiento y como causa generadora de los actos jurídicos se requiere que para que el consentimiento matrimonial sea válido y por lo tanto capaz de generar un matrimonio válido es necesario y esencial que dicho consentimiento se haya generado sin coacción alguna y asimismo que su manifestación externa sea totalmente libre. Es principio que cualquier coacción interna o externa en relación al objeto sobre el que se proyecta es causa de nulidad del matrimonio”,

A este respecto el canon 1103 expresamente dice:

Canon 1103:

“Es inválido el matrimonio contraído por violencia o por miedo grave proveniente de una causa externa, incluso el no inferido con miras al matrimonio, para librarse del cual alguien se vea obligado a casarse”.

Hay que considerar que el miedo que priva totalmente del uso de la razón puede provocar un estado tal de terror que produzca la suspensión del uso de las facultades mentales del sujeto víctima del miedo, por lo cual es evidente que la manifestación externa de la voluntad en tales circunstancias de ninguna manera se puede considerar como un acto verdaderamente humano, por lo que el matrimonio ha de considerarse nulo por defecto del consentimiento, de donde el

matrimonio será nulo por imposibilidad de deliberación, es decir por falta de advertencia o discernimiento del acto, el cual es únicamente realizado materialmente.

En la violencia no se quiere el matrimonio por la víctima en tanto que en el miedo si se quiere, en el caso de la violencia la discordancia es total por lo cual podemos hablar de ausencia o falta del consentimiento y en el caso del miedo podemos hablar de defecto o vicio del consentimiento es decir estamos ante un consentimiento viciado.

Es importante hacer una distinción en el sentido de que el miedo que priva totalmente del uso de razón es generado por un acto de violencia, que puede ser una amenaza, debiendo considerarse el emisor de la amenaza y el receptor de ésta para medir la intensidad y gravedad de la amenaza.

Ahora bien, cuando se habla de que la víctima de la violencia no quiere el matrimonio, es a causa de una acción directa sobre la persona, una amenaza directa o un acto de violencia directo; más en el miedo puede ser derivado de acciones o personas ajenas.

### **Violencia física.**

Conforme a lo establecido en el §1 del canon 125 que dice:

“Se tiene por no realizado el acto que una persona ejecuta por una violencia exterior a la que de ningún modo haya podido resistirse”

Ya hemos comentado que es inválido el matrimonio que se contrae por violencia, pues se da divergencia entre lo querido y lo manifestado en los matrimonios que se contraen por violencia, lo que quiere decir que no se quiere contraer matrimonio pero al prestar el consentimiento el sujeto declara que si lo quiere.

Los requisitos que concurren para que se tipifique como causa de nulidad son los siguientes:

- 1.- Debe existir violencia física.**

2.- Ejercerse sobre uno de los contrayentes.

3.- Debe ser irresistible.

Este aspecto en su valoración se tiene que hacer subjetivamente, no se trata por lo tanto que sea irresistible para todos, sino que lo sea para la persona que no tiene forma alguna de superar esa violencia que se ejerce en su contra.

Con referencia al Canon 1103:

“El c. 125, 1, establece que se tiene por no realizado el acto de una persona ejecutado por violencia exterior a la que de ningún modo se puede resistir. El §2 del mismo c. determina que el acto realizado por miedo grave es válido a no ser que el derecho determine otra cosa. El presente c. es una aplicación de la precedente teoría, en la que late la concepción de que mientras en el primer supuesto la voluntad del agente desaparece, en el segundo permanece dicha voluntad: *coacta voluntas est semper voluntas.*”

Dos supuestos se distinguen aquí:

Matrimonio contraído por violencia física: por derecho natural es nulo el matrimonio contraído por fuerza física a causa de la falta total de consentimiento, ya que el acto no nace de la propia determinación del que material e inmediatamente lo lleva a cabo, sino de la del que es el autor de la violencia, por lo que el consentimiento no opera.

El ordenamiento jurídico canónico es muy cuidadoso al respetar uno de los elementos más importantes en la manifestación de la libertad que es connatural al ser humano, es decir, no se podría pensar en un acto jurídico en donde se altere esa parte esencial de la naturaleza misma del hombre en su voluntad que es el obrar con plena libertad

“Entonces tenemos que los actos ejecutados por violencia física a la cual no se pueda resistir suponen la absoluta ausencia de voluntad por lo que son necesariamente nulos por derecho natural y por derecho positivo, evidentemente que el signo corporal de manifestación del consentimiento arrancado por la fuerza física

no puede constituir en forma alguna un acto humano, no sólo porque siempre repugnará a la voluntad interna de la persona violentada, porque el agente es sólo el violentador y no lo es el contrayente, según la adecuada frase de las decretales *quum magis pati, quam agere vincatur*, pero la hipótesis de que el contrayente en su fuero interno no se opusiera o hasta deseara el matrimonio, este sería de la misma forma nulo ya que no poniendo espontáneamente el acto en el cual se exterioriza el consentimiento interno no se tendría como externamente manifestado el consentimiento.”<sup>106</sup>

“Además de la causa genérica en que consiste la ausencia de un acto humano, la razón específica del defecto de consentimiento y por consecuencia de la nulidad del matrimonio contraído por fuerza física es la falta de manifestación externa de la voluntad que es un requisito que exige el derecho natural para la existencia del consentimiento generador del contrato.”<sup>107</sup>

### **Vis et metus.**

El canon 1103 establece:

“Es invalido el matrimonio contraído por miedo grave proveniente de una causa externa, incluso el no inferido con miras al matrimonio para librarse del cual alguien se vea obligado a casarse”

El doctor Francisco Huber Olea y Reynoso, nos dice que:

“Es claro que cuando se da el miedo no hay una total discordancia entre la voluntad interna y su declaración externa, ya que puede suceder que en el momento de prestar el consentimiento en el contrayente no se aprecie exteriormente ningún signo del que pueda deducirse que el matrimonio es esté efectuando bajo la presión del miedo, ya que se supone que lo expresado al exterior es conforme a lo que se

---

<sup>106</sup> OB. CIT F. HUBER PP 222

<sup>107</sup> IBID

quiere en el fuero interno, sin embargo en los casos en que se ejerce el miedo lo expresado por la persona que contrae el matrimonio no se ha hecho con libertad, es decir, el consentimiento que se otorga en relación al matrimonio se hace con la finalidad de escapar o de librarse de los males que le amenazan.

La jurisprudencia romana define el miedo como *instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio*, que es la conmoción del ánimo por causa de un peligro presente o futuro. Según esta definición, en derecho el miedo se constituye por la concurrencia de dos elementos, uno que es objetivo o extrínseco y otro que es subjetivo e intrínseco. Quien obra por miedo cede al azoramiento de su ánimo que es provocado por una causa externa, por lo cual, siempre se debe tomar en cuenta la coacción o sea la amenaza de un mal actual o futuro a través de un hecho extraño que repercute en el ánimo que es un estado psíquico interno.”

Nos dice el mismo autor que

**I.** Podemos clasificar el miedo ab extrínseco, si es producido por una causa externa que puede ser humana o libre, natural o necesaria e intrínseco si proviene de una causa interna. En el campo jurídico solo se toma en consideración el miedo si este proviene de una causa humana o libre que es el que técnicamente se llama miedo extrínseco.

**II.** El miedo también se puede clasificar por el grado de intensidad y así puede ser grave, y lo podemos subdividir en absoluto si el daño que se teme es grave con respecto a cualquier persona, como puede ser la muerte, la pérdida de los bienes etc. y relativo si solo consideramos determinadas cualidades o carencias del sujeto como puede ser su sexo, edad, carácter, y por último miedo leve.

**III.** Por la cualidad el miedo puede ser justo cuando por derecho estricto puede requerirse la obligación con los mismos medios con que se exige. Injusto si la obligación no puede ser exigida en justicia y en cuanto al modo si se conmina a asumir la obligación a través de medios indebidos, es decir sin guardar el orden del derecho.

IV. Por la intención el miedo puede ser directo cuando el que lo infunde lo hace con el fin de arrancar el otorgamiento a quien se infiere, e indirecto si se hace con otro fin diverso.

V. Por el resultado efectivo en antecedente si fue la causa del acto y concomitante si sólo coexistió de forma que si hubiese faltado el miedo se hubiese actuado en la misma forma.

VI. Por el agente el miedo puede ser común si el causante es una persona cualquiera y reverencial si el que infiere el miedo es superior del que lo sufre.”<sup>108</sup>

Con respecto al fundamento de esta norma tenemos que recordar que según el derecho romano “*nihil consensui tam contrarium est quam vis atque metus*” (Ulpiano, i. 116, pr., D., de *regulis iuris*, 50) Por lo cual “*metum comprobare contra bonos mores est.*” (Id., *ibid.*) por lo cual, el derecho canónico socorre al paciente del miedo a favor de la libertad que deben tener las nupcias y así evitar que el causante del miedo pueda “*ex improbitate sua commodum reportare.*”

109

El fundamento de la ley positiva irritante del matrimonio que ha sido contraído por miedo tiene en consideración el favorecer la libertad de las nupcias del “*metum patines*” en cuanto “*vindica de la injuria*” inferida por el “*metum incutiens*”. El legislador ha tenido en cuenta el principio que debe tener la libertad de las nupcias, por lo cual la ley positiva no solamente se reduce a lo que determina el derecho natural según el cual el matrimonio es nulo cuando falte la libertad interna, sino que además establece la acción de nulidad para el contrayente que por el miedo ha sido privado de su libertad externa.

La doctrina ha establecido que el matrimonio contraído por miedo, que es una perturbación del ánimo causada por un mal que amenaza al que lo padece, para que sea jurídicamente relevante en orden a la nulidad del consentimiento matrimonial prestado se exigen los siguientes requisitos:

a) Debe ser grave. Atendiendo tanto al elemento objetivo “mal con el que se amenaza” como al elemento subjetivo influencia en el sujeto amenazado, puede ser absoluta o relativamente

---

<sup>108</sup> IBID

<sup>109</sup> (ID., IBID, DE IUDICIS, II, 1;)

grave, siendo jurídicamente relevante en ambos supuestos; es absolutamente grave el mal si es grave para todos, si ordinariamente causa una grave perturbación en el ánimo de cualquiera; es relativamente grave si sólo lo es para una persona determinada a causa de sus condiciones especiales, a las circunstancias de la persona a quién se amenaza con él y a las de aquella que puede causarlo.

El miedo como causal, debe de reunir los requisitos que marca la norma para que sea causa de nulidad del matrimonio, que sea antecedente, es decir, que haya motivado la causa del contrato sin que sea suficientemente concomitante, ya que el código determina la invalidez del matrimonio por causa de fuerza o miedo, así mismo debe ser grave toda vez que en el miedo intervienen dos elementos correlativos, uno que es objetivo, extrínseco como causal que es la coacción ejercida por el sujeto que lo infiere o el peligro sobre el que versa la amenaza (*instans vel futurum periculum*) y el otro elemento el subjetivo o intrínseco que es la conmoción del ánimo operada por el sujeto pasivo (*mentis trepidatio*). Ya hemos indicado anteriormente que el miedo puede ser absoluta o relativamente grave, según el mal que se teme y que tal gravedad sea igual o similar para todos los hombres en general, o bien solo respecto a sus circunstancias personales como sexo, edad, condición social, etc. y también esos males que son absolutamente graves y que pueden suponer la muerte, pérdida de fama, de bienes, de libertad, buena fama, etc., sea mayor o menor la gravedad del mal, se tiene que tomar en cuenta el efecto que hace sobre la persona.

### **Formas de presentarse los vicios del consentimiento**

El canon 1101 expresa claramente:

“§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.”

La primera parte del canon está estableciendo una presunción, es decir, suponer que todo aquello que se expresa al exterior es lo que realmente quiere y desea el sujeto, es decir que está manifestando al exterior lo que en su fuero interno quiere ya que suponer a priori lo contrario sería una injuria.

Oponiéndose a esta presunción la segunda parte del canon establece la posibilidad de que la manifestación externa del sujeto no sea concordante con lo que se quiere en el fuero interno, es decir, que se esté creando una mera apariencia de lo que se quiere, lo cual, quiere decir, que la simulación crea una mera apariencia de acto jurídico ocultando el propósito real ya contrario a la existencia del acto jurídico o bien a alguno de los aspectos esenciales del propio acto. La declaración o manifestación simulada es querida por el simulante, no sólo para engañar u ocultar lo que realmente quiere, sino como ya mencionamos para crear una apariencia jurídica del acto con lo cual tratará de conseguir determinados fines, por la simulación existe una discordancia, una contraposición entre la intención interna de la voluntad y los signos con que se expresa exteriormente la apariencia de esa intención.

La presunción que establece el §1 del canon 1101 es una presunción de derecho y en cierta forma se apoya en el §2 del canon 124 que establece que se presume válido el acto jurídico debidamente realizado en cuanto a sus elementos externos, de la misma forma en la presunción que se establece en el canon 1060 que nos dice que en la duda se ha de estar por la validez del matrimonio mientras no se pruebe lo contrario y el sustento o fundamento en que se apoya lo anterior es que no se debe pensar que alguien haya dicho lo que no había pensado ya que es sumamente injurioso suponer a priori que alguien miente, finge o simula.

De donde tenemos que la simulación se refiere a la discordancia querida entre la voluntad y su manifestación, en la simulación se manifiesta exteriormente un estado de ánimo inexistente y se dice que en derecho la simulación es una declaración falsa de una voluntad que realmente no se tiene y por lo tanto simula o finge un negocio jurídico quién no tiene la intención de verificarlo, ya que únicamente tiene la intención de efectuar una apariencia del mismo con la cual trata de encubrir otra situación total o bien parcialmente distinta, por eso la simulación supone discordancia entre la declaración externa y la voluntad interna o intención sobre cuyos efectos el derecho romano declaró *plus valet, quod agitur, quam quod simulate concipitur*, (Código de Justiniano Tit. 22, lib. IV.) *simulata nullis momenti sunt* (GAYO 1. 30, D., *de ritu*

*nuptiarum, 23, 2.) y quae simulate geruntur, pro infectis habentur; (Cfr. 1. 21.) pues acta simulata... veritatis substantiam mutare non possunt. (Cfr. 1, 2, C., plus valere, 4, 22.).*

El autor citado, Dr. Francisco Huber olea y Reynoso nos dice que:

“Con referencia al matrimonio, simula o finge aquel contrayente que en tanto exteriormente expresa el consentimiento matrimonial en su interior tiene la intención real de excluirlo total o parcialmente, por lo cual la ficción puede recaer sobre el propio negocio matrimonial o sobre el objeto o alguna propiedad esencial del matrimonio, en ambos supuestos se produciría la nulidad de matrimonio por defecto del consentimiento en el primer caso por su falta total y en el segundo por defecto parcial del mismo, de aquí se desprenden dos clases de simulación, la total que es absoluta y que se da cuando el contrayente manifiesta exteriormente su consentimiento pero interiormente tiene la intención de no contraer matrimonio, *intentio vel animus non contrahendi*, en tanto que la simulación parcial, que también podemos llamar relativa, se produce siempre que aún habiendo intención de contraer esta intención coexista con la de excluir algo esencial del matrimonio, ya sea el objeto o sus propiedades o alguno de los llamados bienes del mismo, ya queriendo no obligarse, es decir, no asumir las obligaciones que son inherentes a alguno de los bienes *intentio o animus non se obligandi*, o bien proponiéndose no cumplirlas *intentio vel animus non adimplendi obligationem*. Por lo cual constituye ese acto jurídico a su antojo y no como lo ordena la Norma.

En todos los contratos podemos distinguir el contrato mismo por una parte y los derechos y las obligaciones que de él dimanar, estos derechos y obligaciones se distinguen según se consideren en sus principios o en su ejecución, es decir, en cuanto al uso o ejercicio de los primeros y al cumplimiento de las segundas. La simulación en el matrimonio puede presentarse en tres formas:

La primera 1.- Corresponde a la llamada simulación total.

Y las otras dos 2 y 3.- Corresponde a la simulación parcial.

1.- la primera es la intención de no contraer o de rechazar el propio contrato matrimonial.

2.-con respecto a la segunda, es decir la parcial, es la intención de contraer, pero concurriendo simultáneamente con la intención de no entregar los derechos o de no asumir las obligaciones inherentes a alguno de los bienes del matrimonio.

3.- Y por último la intención de contraer el matrimonio y aún teniendo la intención de entregar los derechos y asumir las obligaciones, pero con la firme intención de rehusar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones.

En los dos últimos el contrayente genera el contrato a su antojo y no como lo hace el derecho.

La simulación total se da cuando uno o los dos contrayentes, mediante un acto positivo de su voluntad, excluye contraer el matrimonio mismo y ante los demás se aparenta o se finge que quieren casarse en tanto que en la realidad no quieren. Al cónyuge que simula cuando contrae matrimonio le interesa que se celebre el matrimonio y que dicho matrimonio conste oficialmente, pero simultáneamente no quiere que nazca el vínculo matrimonial, esta situación se encuentra relacionada directamente con el acto positivo de voluntad a que se hace referencia en el canon 1101, ya que para que el matrimonio sea nulo, se requiere que el contrayente que simula, finge o engaña, lo tiene que hacer mediante un acto verdaderamente positivo de su voluntad, no basta un mero deseo o ser partidario y simpatizante del amor libre o tener ideas en contra del matrimonio en general, sino, que insistimos se requiere un acto positivo que tenga el firme y definitivo deseo de conseguir fines diversos a los fines que son institucionales del matrimonio, que sólo se pueden obtener por la celebración del matrimonio. En la práctica cuando el matrimonio se celebra excluyendo el matrimonio mismo, una vez que se contrae este y que se ha conseguido el fin pretendido, el cónyuge simulante generalmente abandona al otro y pone una

serie de pretextos para no cumplir las obligaciones matrimoniales, o se desaparece.”<sup>110</sup>

A este respecto el comentario del Código nos dice:

“1101 Uno de los mayores capítulos de nulidades matrimoniales viene producido por este c., que trata sobre el consentimiento simulado, y, debido a los abusos que de esta legislación se derivan, se está pidiendo su urgente modificación o, incluso, la supresión de la denominada “simulación parcial” (Comm 9 (1977) 374). El §1 establece una presunción iuris de que existe una concordia entre la voluntad interna matrimonial y su manifestación exterior: si se diese una discordancia entre ambos factores, el consentimiento matrimonial sería nulo. Son causas muy difíciles, ya que se trata de averiguar el pensamiento interno, por lo que hay que recurrir a las conjeturas, indicios, diversas circunstancias que rodean el matrimonio, etc. en el §2 se configuran los diversos elementos o características que debe reunir el consentimiento simulado para que sea nulo: 1º. En primer lugar se requiere un acto positivo de la voluntad de uno o de ambos cónyuges: no basta la mera carencia de voluntad, ni un deseo vago, ni una opinión..., sino que, al ser el matrimonio un acto de la voluntad, es necesario un acto positivo de la voluntad por el que se elimine del consentimiento matrimonial algo de lo que exige la naturaleza de dicho consentimiento. Coexisten, en consecuencia, dos actos de voluntad contrarios entre sí: por una parte se quiere contraer un matrimonio: por otra se quiere excluir alguno de los factores específicos que configuran el matrimonio.”<sup>111</sup>

En cuanto a la simulación parcial esta se da cuando los contrayentes desean casarse realmente pero no quieren aceptar alguno de los elementos esenciales del matrimonio, es decir desean casarse mediante un determinado tipo de matrimonio que es esencialmente diferente al establecido en la norma canónica. Lo configuran a su antojo, esta forma de actuar es causa de nulidad del matrimonio ya que el que contrae matrimonio se supone que acepta todos y cada uno de los elementos que son esenciales al mismo, sin que los contrayentes puedan excluir a su arbitrio y a su antojo ninguno de ellos, tomando en consideración que el matrimonio canónico es

---

<sup>110</sup> OB CIT. F. HUBER PP 241

<sup>111</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

una institución perfectamente constituida y delineada y por lo mismo imposible de modificar en lo sustancial al arbitrio de los contrayentes que cuando lo hacen ponen fuera de su alcance al contrato matrimonial, considerando la forma en la que se ha constituido el matrimonio dentro de la norma canónica.

El Doctor Francisco Huber Olea y Reynoso apunta que:

“El ordenamiento jurídico canónico no puede reconocer el efecto de producir un vínculo hecho a la voluntad y antojo de uno de los contrayentes o de los dos que no se dirija a lo expresamente establecido por la norma. Se nos dice que la Iglesia fiel y firmemente adherida a este principio se atiene a todas sus consecuencias y exige en forma ineludible en todo caso la existencia de la verdadera y efectiva voluntad matrimonial, por lo cual si falta el necesario acuerdo de voluntades en que consiste el consentimiento, no puede haber matrimonio y este no tiene valor ante el derecho canónico, el principio de la responsabilidad que se funda en la protección de los derechos de la otra parte o de terceros, en virtud de la cual el sujeto responsable de la discordancia, es decir, de la simulación deba considerarse obligado por ésta y atenerse a las consecuencias jurídicas, ya que la Iglesia sostiene que si la voluntad interna es contraria a la manifestación externa con la cual se viene a celebrar el matrimonio la llamada voluntad del ordenamiento jurídico no puede sustituir o suplir a la deficiente voluntad del sujeto y a pesar de la aparente celebración no puede surgir vínculo matrimonial que sea reconocido por el derecho.”

“2° En segundo lugar se requiere que la exclusión positiva de la voluntad verse o sobre el matrimonio mismo o sobre algunos de los elementos o propiedades esenciales del matrimonio. En el primer supuesto se trata de la denominada simulación total, y en este caso uno o ambos contrayentes, en realidad, realizan una ceremonia externa carente de contenido, ya que no quieren contraer matrimonio. Se identifica con este supuesto la exclusión de la dignidad sacramental del matrimonio, pues, a tenor del c. 1055, §2, en el matrimonio de dos bautizados ambos elementos

contrato y sacramento son inseparables; en caso de conflicto habrá que ver cuál es la voluntad previamente: si la de contraer matrimonio o la de excluir el sacramento.”<sup>112</sup>

“En el segundo supuesto, y a tenor de los cc. 1055, §1 y 1056, estaremos ante la simulación parcial o exclusión de algunas de las propiedades o elementos esenciales del matrimonio; tradicionalmente se han agrupado en torno al *bonum prolis* exclusión de la procreación, *bonum fidei* exclusión de la unidad y *bonum sacramenti* exclusión de la indisolubilidad matrimonial, aunque nada impide que puedan descubrirse o tomar conciencia de otras propiedades o elementos esenciales que configuran la nueva noción del matrimonio. La doctrina y jurisprudencia canónicas admiten únicamente que la exclusión de estos elementos esenciales debe versar sobre el derecho de tales y no sobre su ejercicio: tal división y distinción sólo puede aplicarse correctamente en los dos primeros supuestos. Se suele argüir para mantener la citada distinción que dichos elementos pertenecen no al ser o esencia del matrimonio, sino a su uso o ejercicio, y el ser no depende del uso.”<sup>113</sup>

Podemos decir que la simulación total lleva consigo la *intentio o animus non contrahendi*, es decir la voluntad de excluir el matrimonio, esta voluntad es concomitante con la de producir una apariencia o simulacro del matrimonio para encubrir una realidad que es totalmente distinta a la que se manifiesta ya que en tanto se simula el mismo contrato matrimonial en cuanto se disimula otra situación diversa que motiva el defecto total del consentimiento, que trae como consecuencia la nulidad real y objetiva del contrato matrimonial.

La simulación en el consentimiento como causal de nulidad del matrimonio tiene verificativo y se presenta cuando el contrayente teniendo el suficiente conocimiento de lo que es el matrimonio y la suficiente discreción de juicio respecto de los deberes y derechos esenciales que el contrato matrimonial implica, en forma deliberada y libre los excluye o bien los rechaza, en tanto que al mismo tiempo en forma deliberada y libre manifiesta externamente los elementos que requiere la celebración para tener como expresado y válido el consentimiento matrimonial haciendo una verdadera discordancia, de aquí resulta que no podemos tener la causal de

---

<sup>112</sup> IBID.

<sup>113</sup> COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

simulación con la de falta de discreción de juicio o bien la de miedo grave por parte de uno de los contrayentes porque el que simula ciertamente tiene la suficiente discreción de juicio ya que tiene la capacidad de hacer un juicio crítico acerca de los derechos y deberes que tiene el matrimonio, y en forma deliberada, es decir, haciendo uso de su libertad configura el matrimonio en forma distinta a la establecida por la norma canónica, por lo cual, excluye el contrato o uno de sus elementos o bienes esenciales.

## **CAPÍTULO IV**

### **SIMULACIÓN**

#### **Exclusión del *bonum Prolis***

Para el Ordenamiento canónica y la jurisprudencia rotal el *bonum prolis* (el bien de la prole) que debe estar presente en la intención del contrayente al prestar el consentimiento matrimonial consiste en el derecho a los actos de por sí aptos para la generación de la prole. Se trata ciertamente de un derecho y un deber a la procreación, ya que el principio procreador siendo de derecho natural es un elemento esencial del mismo matrimonio, que se sustenta en el derecho natural y que se expresa bajo el aspecto subjetivo con la intención de procrear y bajo el aspecto objetivo la razón de la procreación, que por derecho divino se une mediante un nexo indisoluble con la razón de la unidad, se asocia y se une a los actos del amor conyugal, que deben conservar siempre la aptitud natural para la transmisión de la vida humana.

La *intentio prolis* en su contenido tiene no sólo el principio generativo, sino la consecuencia de la educación de la prole, a lo que el matrimonio también se ordena por su propia naturaleza e implica el ejercicio de un derecho con la consecuente obligación y su cumplimiento. La jurisprudencia ha considerado que se trata solamente de la conservación física y de la educación humana, mientras que la doctrina se ha planteado si hay que añadirle la educación como dimensión esencial de ésta.

La exclusión, en su ejercicio, puede afectar a la realización de la cópula, evitando que se ordene a la procreación (mediante métodos anticonceptivos, prácticas onanísticas, actos contra natura). Puede además, afectar la gestación (a través de prácticas abortivas), y también al mismo

nacimiento (practicando el infanticidio). Si los contrayentes al momento de casarse decidieran no tener hijos acudiendo a cualquier medio para evitarlos: como excluyendo el derecho-deber mutuo, contraen inválidamente.

Una cuestión que ha causado debate, es si la exclusión debe ser perpetua o es suficiente que sea temporal para que el matrimonio resulte nulo; tradicionalmente se sostenía que las exclusiones temporales recogidas en el consentimiento conyugal afectaban a la validez, dado que estos derechos eran perpetuos y absolutos y por tanto, no admitían limitación alguna, los esposos tenían que aceptarse en su totalidad y perpetuidad, por lo cual cualquier limitación hacia nulo el consentimiento.

Se nos dice que el compromiso de hacer uso del matrimonio en los días agénésicos o el mismo propósito de abusar de las relaciones matrimoniales con prácticas onanísticas, abortivas, etc., no implican necesariamente la invalidez del consentimiento, sino que tiene que tratarse de una limitación o exclusión del derecho a los actos conyugales, ya sea de forma temporal o perpetua.

Lo que determina en forma definitiva la validez o invalidez del matrimonio se retrotrae al momento de la constitución del vínculo conyugal ya sea que los contrayentes acepten o no el matrimonio con sus elementos esenciales. Para ello no se requiere que se asuman expresamente todos sus elementos. Se supone que todo contrayente que asuma expresamente todos sus elementos, acepta el matrimonio canónico tal como lo regula el Derecho Canónico, mientras no se demuestre lo contrario haciendo referencia a que el matrimonio goza del *favor iuris*. Lo que ocurra una vez casados, ya no incide en la validez o nulidad del matrimonio. Si cumplen o no con estas exigencias canónicas será un problema moral, pero en ningún caso tendría efecto retroactivo en orden a la validez o nulidad de un acto jurídico anterior.

“Debemos hacer una distinción en el Derecho matrimonial, respecto al Derecho y al uso del Derecho. Para poder resolver esta cuestión es importante señalar, en que consiste cada uno. “El matrimonio consiste esencialmente en el derecho a uso del cuerpo del otro cónyuge ordenado a la generación de la prole, por lo que se distingue en el derecho mismo y su ejercicio, siendo este el uso del derecho, es decir el derecho implica el acto conyugal de modo humano y, además apto para

engendrar la prole, mientras que el uso del derecho será precisamente la realización de los actos conyugales”.<sup>114</sup>

Se puede plantear la cuestión si procede o no declarar la nulidad del matrimonio, cuando la exclusión de la prole es temporal, lo cual sucede cuando los contrayentes deciden esperar un tiempo para tener hijos. La jurisprudencia en todos estos casos habla de abuso cuando los esposos no quieren cumplir en forma adecuada con la obligación que han asumido al contraer matrimonio considerando que su matrimonio está ordenado a la procreación y educación de los hijos. El matrimonio se considera válido ya que las prácticas que se hacen al respecto son cuestiones morales y post-matrimoniales que no tienen incidencia en la validez del matrimonio como ya se manifestó.

La exclusión temporal, jurídicamente eficaz o no, es la que se realiza en el matrimonio *in fieri* en el momento mismo de manifestar el consentimiento; la procreación responsable por su lado, ha de concretarse (su utilización, su ejercicio, su uso) en el matrimonio *in facto esse* concierne a los cónyuges, no a los contrayentes. Pensamos que una exclusión temporal que puede anular el consentimiento matrimonial no es congruente con la procreación responsable, y una exclusión temporal que no lo vicie no tiene porque implicar el recto uso del derecho concedido.

En la *intentio prolis*, el *bonum prolis* se configura de una forma muy precisa, ya que se trata de una manera de disponer del derecho a la procreación, a los actos conyugales que han de respetar la dimensión unitiva y procreativa. Los contrayentes se obligan a realizarlos de modo responsable, elaborando de mutuo acuerdo para tener un adecuado juicio que incluya la utilización de medios lícitos y que les lleve a tomar la decisión de aumentar o no el número de hijos en el matrimonio.

La Jurisprudencia Rotal establece las normas con las que se pueden demostrar que hubo exclusión, que constituyen la prueba misma y en el caso concreto de la exclusión de la prole, se suelen ser las siguientes:

---

<sup>114</sup> TOBON MEJIA, AURELIO, LA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO Y SU EJERCICIO, BARCELONA 1967.

1.- La confesión judicial del cónyuge que simuló, esta confesión en ningún caso constituye por sí sola, prueba suficiente del acto de voluntad; si dicho contrayente silencia o niega en juicio la existencia de ese acto, la prueba del mismo resulta más difícil, pero no necesariamente imposible. En la valoración de la declaración del contrayente debe atenderse, más que a las palabras o expresiones que emplea, a la sustancia de lo que calla y omite o confiesa.

2.- La confesión extrajudicial hecha en tiempo no sospechoso por el presunto excluyente del *Bonum Prolis*, y avalada en juicio por diversos testigos directos o indirectos.

3.- La causa o motivo simple o complejo suficiente, en la estimación del contrayente, para excluir la prole, es decir la causa por la que se simuló, esta causa puede ser el deseo de seguir siendo libre para dedicarse a sus ocupaciones de soltería, el excesivo egoísmo, falta de responsabilidad, etc. y por lo mismo no quieren las obligaciones y responsabilidades que este bien entraña.

4.- Esta presunción, fundada en la *causa simulandi*, debe necesariamente ser confirmada, a efectos de prueba, por las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes del matrimonio. Entre las circunstancias antecedentes se encuentran, el modo de ser del simulador, la frecuencia y la forma con que manifestó antes de casarse su propósito de no tener hijos en el futuro matrimonio, sobre todo se debe considerar si fue firme en esa intención a pesar de que por ello la otra parte se disgustara y llegara a interrumpir las relaciones. Entre las circunstancias subsiguientes se encuentra la constancia y tenacidad con que el contrayente llevó a la práctica, durante la convivencia conyugal, su intención de no procrear, tenacidad que deberá ser firme, es decir que no desiste de su modo de proceder ni siquiera ante las graves desavenencias que esto provoca.

### **Exclusión del *bonum fidei***

Nos sigue diciendo el Doctor Francisco Huber Olea y Reynoso respecto a la exclusión del *Bonum Fidei* que:

“La *intentio contra bonum fidei* es el acto positivo de la voluntad que tiene por objeto la exclusión de la fidelidad conyugal. En esta exclusión el contrayente

simultáneamente tuvo la intención definitiva de excluir el derecho inherente al bien de la fidelidad, es decir, a excluir la propiedad esencial de la unidad del matrimonio ya en forma temporal o definitiva, de donde resulta que el matrimonio es nulo por que el objeto del consentimiento matrimonial es el derecho sobre el cuerpo de la comparte que siendo en este caso perpetua también es exclusivo en orden al acto conyugal y por lo mismo la exclusión no puede ser temporal . En la *intentio contra bonum fidei* la voluntad del contrayente puede dirigirse únicamente a la exclusión del ejercicio del derecho, es decir, del cumplimiento de la obligación y no a la del derecho considerado en sus principios, es decir, de la obligación misma.

No basta que uno de los cónyuges haya sido infiel para considerar la nulidad de matrimonio ya que tenemos que distinguir entre el derecho exclusivo al acto conyugal y el abuso del mismo: entre la intención de asumir la obligación de ser fiel al otro cónyuge y la intención de no cumplirla, ya que se presume que los contrayentes al prometerse una fidelidad mutua al momento de contraer matrimonio asumieron dicha obligación lo cual quiere decir que al asumirla se comprometieron a cumplirla. La intención de no cumplirla siendo subsiguiente al contrato válido no implica que el contrato por el hecho posterior de tener la intención de no cumplir con lo que se obligó y es más llegar al incumplimiento de esta obligación mediante el adulterio no podemos considerar que se acuse la nulidad de este matrimonio ya que el consentimiento genera el contrato. Por otra parte tenemos que considerar que en el caso de que el contrayente tenga la intención de asumir la obligación de fidelidad y al mismo tiempo tenga la intención de no cumplir a lo que se obliga en el momento de contraer, el matrimonio es nulo por que evidentemente una intención destruye a la otra, ya que no se puede comprometer a cumplir una obligación y al mismo tiempo no querer cumplirla.

El *bonum fidei* se encuentra implícito dentro del consentimiento matrimonial, y constituye el objeto mismo del propio consentimiento, pues representa el contenido de la obligación y del derecho sobre el cuerpo del cónyuge de manera exclusiva y perpetua. Bajo este tenor, encontramos la exclusión del bien de la fidelidad del

matrimonio, contemplada en el canon 1101, establecido como causal de nulidad del matrimonio en la simulación del consentimiento.”

En el Canon mencionado encontramos la simulación parcial cuando prescribe que “...si uno de los contrayentes, o ambos, excluye con un acto positivo de la voluntad... una propiedad esencial...” En efecto, en primer término el matrimonio se presume legalmente válido, y en lo que se refiere a la simulación, ésta constituye un presupuesto para suponer o probar la existencia de la exclusión de alguno de los bienes del matrimonio, que produce, la simulación parcial y consecuentemente, un defecto del consentimiento.”<sup>115</sup>

Debemos distinguir respecto esta simulación, algunas situaciones distintas que pudieran dar lugar a confusión, en primer término, la exclusión de los bienes del matrimonio, que son considerados como derecho y obligación en sí; el incumplimiento de la obligación o el impedimento para ejercitar este derecho, esto atendiendo al acto positivo de la voluntad que lleva a cabo la persona; por último la violación de los derechos y obligaciones que emanan del matrimonio. Aquí, debemos tener en cuenta que existe una diferencia entre el derecho y el ejercicio del mismo, pues cabe la posibilidad de entregar el derecho y asumir la obligación objeto del contrato matrimonial, teniendo la intención de impedir el uso del derecho, o sea, no cumplir la obligación. Por ello se establece que el bien de la fidelidad así como el de la prole, pertenecen a la esencia del matrimonio pero sólo en cuanto a sus principios y no en cuanto a los hechos pues como afirma el Doctor Angélico, “la esencia de una cosa no depende de su uso”<sup>116</sup>.

“Ahora bien, la violación del derecho implica una falta grave, a los propios derechos y obligaciones matrimoniales, es decir, si el contrato-sacramento-institución es válido, el consentimiento, no tuvo ningún tipo de simulación, sino que debido a las circunstancias a la conducta y debilidad natural humana, alguno de los contrayentes violó estas normas matrimoniales, en este caso nos encontramos ante una consecuencia jurídica distinta a la de la nulidad, puesto que el consentimiento

---

<sup>115</sup> OB CIT. F. HUBER PP 246

<sup>116</sup> IBID

prestado no tuvo ningún defecto y por lo tanto fue válido, sino que una situación superveniente dentro del conyugio alteró o violó las reglas establecidas para el contrato atendiendo a la naturaleza del mismo, por lo que en lugar de ser el matrimonio nulo, se presenta la figura de la separación de los cónyuges subsistiendo el vínculo que los une, es decir, se dispensa del deber de convivencia con el cónyuge culpable al inocente, mediante el procedimiento respectivo ante el Ordinario del Lugar, a menos que éste lo perdone de manera expresa o tácita. La condonación hecha tácitamente, terminología que maneja el Código de Derecho Canónico, opera de la siguiente manera, consiste en que el cónyuge inocente después de cerciorarse del adulterio, continúa con el trato marital durante seis meses, y la segunda cuando una vez separado, no lleva dentro de los siguientes seis meses la causa ante la autoridad competente, y por lo tanto se presume el perdón.»<sup>117</sup>

Con respecto a la situación del cónyuge inocente ya hemos apuntado y volvemos a insistir que según el criterio actual del Ordenamiento Jurídico Canónico cónyuge inocente, es castigado injustamente con la soledad y con el celibato sin tener ningún motivo para tal castigo.

Ahora bien, una vez que se tiene el presupuesto de la exclusión del *bonum fidei*, es decir, la presunción de que existe reserva mental de alterar el bien de la fidelidad, para poder probar la verdadera existencia de esta reserva, debemos considerar lo que se verifica mediante el acto positivo de la voluntad que ponga de manifiesto la reserva que se pretende o que se asumió al contraer matrimonio en discordancia con las normas canónicas, y con el consentimiento manifestado exteriormente, que pueden ser de distinta naturaleza, bien puede existir un acuerdo entre cónyuges sobre la exclusión del bien de la fidelidad, circunstancia que no presenta dificultad para probarse, o bien cuando uno de los cónyuges excluye el matrimonio o alguno de los bienes del matrimonio, en este supuesto como lo manifiesta el Dr. Vicente Montserrat en su obra Derecho Matrimonial Canónico. “...ofrece mayor dificultad, pues queriendo los contrayentes, o uno de ellos, el matrimonio, sin embargo excluyen positivamente por ejemplo alguno de sus fines esenciales...”

Tenemos que acudir nuevamente a la jurisprudencia Rotal que ha establecido que se excluye el bien de la fidelidad cuando el varón al prestar su consentimiento, abriga la intención

---

<sup>117</sup> OB CIT. G. HUBER PP 193

de no desprenderse de la concubina (si es que la tiene) 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 circunstancia, 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 por debilidad o variadas circunstancias la persona llegue a tener relaciones extramatrimoniales.

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 adular o tiene la intención de seguir manteniendo relaciones sexuales con su amante ya que no entrega la exclusividad de su cuerpo a su cónyuge.

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 particularísimo, 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”.

“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, entregándoselo 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”.<sup>118</sup>

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”<sup>119</sup>.

### **Exclusión del *bonum sacramenti*.**

Cuando se excluye la indisolubilidad del contrato matrimonial se está excluyendo el bien del sacramento ya que no se tiene la intención de hacer un matrimonio perpetuo, sino tan solo una mera unión pasajera y temporal, y se atenta al bien del sacramento o de la propiedad que tiene el contrato matrimonial de ser indisoluble por lo que tenemos que considerar que esta, es decir, la indisolubilidad o bien se asume totalmente o de lo contrario se excluye. La intención de disolver el vínculo mediante el divorcio para quedar libre y contraer otro matrimonio, ciertamente vicia el consentimiento invalidando el matrimonio si dicha intención es firme y se tiene al momento de contraer matrimonio. Santo Tomás de Aquino nos dice “que la indisolubilidad que el sacramento importa pertenece al propio matrimonio *secundum se*”.<sup>120</sup> Porque en virtud del pacto conyugal los esposos se entregan mutuamente el derecho sobre su cuerpo en forma perpetua, por lo que no pueden desunirse y por ello el matrimonio no se da sin la indisolubilidad. Por lo cual si uno o

---

<sup>118</sup> OB CIT. F. HUBER PP 248

<sup>119</sup> IBID

<sup>120</sup> SUMMA THEOL., SUPPL., Q. 49. ART. 3..

ambos contrayentes excluyen la indisolubilidad o la perpetuidad del vínculo el matrimonio será inválido, y no producirán consecuencias jurídicas.

Tenemos que considerar que el divorcio civil no disuelve por sí el matrimonio que se contrajo válidamente ante la Iglesia, por lo cual siempre debemos atenernos a lo que se establece en la norma canónica para considerar cuando un matrimonio es inválido. En el caso de que el contrayente pretendiese disolver en un tiempo el matrimonio mediante el divorcio, por considerarlo que es el medio idóneo para disolver el vínculo matrimonial, podríamos pensar que el contrayente que dio causa al contrato añadió la intención positiva contraria a la indisolubilidad de su matrimonio y este resulta nulo por defecto del consentimiento, esto se puede conformar con la sentencia rotal del 9 de enero de 1937 que dice: “Es necesario que por un acto positivo de la voluntad se restrinja en tal acto el consentimiento, que quede excluida la indisolubilidad del contrato, para probar lo cual no basta en absoluto concitar vagos propósitos de pedir el divorcio, expresados por el contrayente antes del matrimonio y mucho menos las teorías que tal vez hubiesen sostenido sobre la disolubilidad del contrato” por lo cual ciertamente se requiere un acto positivo de la voluntad que excluya la indisolubilidad del contrato y no solamente tener ideas vagas sobre la indisolubilidad del matrimonio, este acto positivo debe ser verdaderamente firme y definitivo al momento de contraer.

### **Exclusión del *bonum coniugalem*.**

Es sumamente interesante el análisis que hace el Doctor Francisco Huber Olea y Reynoso con respecto a la exclusión del bien de los cónyuges, ya que analiza con toda propiedad las circunstancias en las cuales se puede dar esta exclusión considerando desde luego, una parte que es fundamental y que únicamente hasta ahora este autor ha abordado este tema, como es la capacidad amatoria que deben tener todos aquellos que contraen matrimonio, y así al respecto nos dice que:

“El bien de los cónyuges es el derecho que tiene de cada uno de los consortes para mejorar su propia promoción humana y cristiana, toda vez que es la unión entre

iguales con diversidad de sexos, es más que la ayuda y socorro mutuo y para lo cual intervienen otros elementos como el amor conyugal y la procreación. El matrimonio ciertamente es verdadera comunidad activa de vida que debe satisfacer las aspiraciones de las personas, los esposos se deben ayudar y socorrer mutuamente puesto que se han comprometido a su promoción humana e integral en el matrimonio”<sup>121</sup>.

Como dice Salomón en el Cantar de los Cantares, “Véanse aquí dos muy grandes afectos del amor, el uno, que ya queda dicho que no se recata de nadie ni se avergüenza de mostrar su pasión; el otro, es una graciosa ceguedad que trae consigo y es general en todo grande afecto el pensar que con decir visteis a quien amo”

El amor conyugal ciertamente se encuentra relacionado con la promoción humana, lo anterior tiene lugar porque el amor hace que se busque definitivamente el bien del otro. Es todo aquello que redunde en provecho y bienestar de la pareja, por ser ellos quienes constituyen la base de una familia a través de un verdadero matrimonio, dichos beneficios engloban no solo el ámbito económico o material, sino que es además un amplio desarrollo en la línea de la sexualidad y entidad personal, por tanto aunque es una finalidad dentro del matrimonio canónico, es considerada como parte del Bien de los cónyuges por tener el carácter de permanente.

Su exclusión o perversión por medio de un acto positivo de voluntad producirá la nulidad del vínculo, es decir se pervierte el mismo acto, cuando se impide la realización humana y cristiana de alguno de los esposos, imposibilitando el logro de este fin esencial. No sucederá esto cuando dicha promoción no se logre durante el desarrollo de la vida matrimonial, sino cuando se trate de un acto previamente dispuesto y por consiguiente afecta a la persona, su dignidad y al entorno de su consorte.

Por lo anterior, habría que considerar como un posible supuesto de simulación parcial la exclusión del Bien de los cónyuges ya que no se hace la entrega y aceptación de mentes, espíritus y voluntades y su relación al matrimonio, es decir la omisión del cumplimiento de los derechos y obligaciones, así como el amor conyugal y la promoción integral de los cónyuges así como y la procreación y educación de los hijos; por tanto existe simulación parcial si uno de los

---

<sup>121</sup> OB CIT. F. HUBER 247

cónyuges o los dos solo aceptan del vínculo matrimonial la relación sexual, y omiten cualquier otro deber o derecho, como la exclusión de la unión espiritual, es decir de la causa del negocio matrimonial, toda vez que la supresión de esa unión supone una contradicción con lo dispuesto por el ordenamiento como puede ser en cualquier otro caso de simulación parcial.

Se considera que en la exclusión del ejercicio del derecho sobre el cuerpo del cónyuge *ius in corpus* o el cumplimiento de la obligación, no existe simulación si dicha exclusión es temporal, pero en cualquier supuesto la exclusión debe ser actual.

Si se comprobare una voluntad de carácter negativo en este aspecto supondría una voluntad contraria a la *communio vital* y como consecuencia se produciría la nulidad del negocio matrimonial. Lo anterior ocurre cuando existe por parte del sujeto una incapacidad de asumir el derecho a la comunidad de vida *ius ad vitae communionem*, que significa una incapacidad para hacer uso de la sexualidad interpersonal entre los cónyuges (narcisismo, homosexualidad, personalidad psicopática que deforma la personalidad) lo que ciertamente hace imposible la unión personal.

Considerando estrictamente que el matrimonio es un contrato que hace un vínculo jurídico exclusivo e indisoluble en donde los cónyuges aceptan una relación interpersonal perpetua que se llama comunión de vida, la cual puede fallar pero debemos entender que lo que no puede faltar es el derecho a esa unión por tener como finalidad la vida en común de dos personas heterosexuales, y aunque no se encuentra regulado en forma expresa en la legislación canónica dentro de las causas de nulidad la exclusión del *bonum coniugalem*, la misma se puede considerar como tal, por existir la falta de capacidad amatoria de uno o ambos cónyuges.

Los consortes cuando no tienen capacidad de amar por ser incapaces de asumir derechos y obligaciones esenciales derivados del matrimonio, es decir asumir el núcleo esencial del mismo, el consentimiento será imperfecto si la persona por motivos psíquicos fuera incapaz de contraer obligaciones que constituyen el objeto del matrimonio, como es una sexualidad ordenada, la fidelidad, la totalidad del compromiso en el tiempo, el bien del otro como cónyuge, la apertura a la cooperación creativa, la disponibilidad a la educación de la prole; no se trata de un impedimento sino de una incapacidad de cumplir las obligaciones previamente adquiridas, ya que se trata de una voluntad sin objeto o con un objeto imposible y recae sobre las obligaciones

esenciales del matrimonio. Se trata de la imposibilidad jurídica de ser sujeto de la relación jurídica (contrato matrimonial) que conlleva deberes y facultades personales.

Por otra parte cuando se trata de causas de naturaleza psíquica como ya lo ha establecido directamente el Códex en sus cánones respectivos, que impiden a uno de los consortes cumplir sus obligaciones, por lo cual, éste no puede asumir las obligaciones esenciales del matrimonio lo cual produce su nulidad; dentro de estas obligaciones encontramos la exclusión de la comunidad de vida conyugal que se genera con el matrimonio por medio de un acto positivo de voluntad, o con un error que especifique la voluntad misma, se menoscaba este objetivo que es la esencia del matrimonio, ya que rechaza al amor conyugal y de ese modo el consentimiento resulta viciado substancialmente para convertirse en un acto jurídico nulo.

Si uno de los cónyuges no cuenta con una madurez afectiva, (capacidad amatoria) se encuentra incapacitado para cumplir con el fin personal que cada cónyuge exige a través de la comunidad íntima de vida, cuyas relaciones interpersonales son fundamentales, hará que sea imposible esta convivencia conyugal. La simple incompatibilidad de caracteres que impida la plena unión de vida conyugal, no es suficiente para declarar la nulidad del matrimonio respecto al cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, se requiere que dicha incapacidad amatoria sea antecedente a la celebración del matrimonio para que pueda operar plenamente y se produzca la nulidad del contrato.”

### **La prueba en la simulación del consentimiento según lo ha establecido la Sacra Romana Rota**

Considerando que la simulación trae como consecuencia la nulidad real y objetiva del contrato matrimonial, la jurisprudencia rotal ha establecido una serie de normas y disposiciones para probar la simulación, y así tenemos que esta prueba debe de superar las presunciones *iuris* que se mencionan en el §2 del canon 124, así como las que se establecen en el §2 del canon 1102 y el canon 1060, ya que siendo la simulación un acto interno de la voluntad es difícil su prueba, pero no es totalmente imposible. Ha sido admitido desde hace mucho tiempo y en forma

constante por la Sacra Romana Rota que se tiene como prueba de la simulación cuando concurren los siguientes elementos:

De acuerdo al Doctor Francisco Huber Olea y Reynoso:

**“1.-** La confesión del simulante.

**2.-** La causa o motivo de la simulación.

**3.-** Las circunstancias, antecedentes, concomitantes y subsiguientes al matrimonio, que vistas en su conjunto no se pueden explicar sino admitiendo que hubo simulación.

**1.-** Con respecto al primer elemento la confesión del simulante, esta confesión debe ser confirmada o corroborada por el testimonio de personas dignas de fe y en caso de que los hubiera por documentos que revelen en forma clara la voluntad del simulante. Tiene un valor muy especial la confesión extra judicial que haya hecho el simulante en tiempo no sospechoso, es decir ya sea antes o después de la celebración del matrimonio cuando todavía no se pensaba en promover el juicio de nulidad a mayor abundamiento cuando tal vez ni siquiera se tenía conocimiento de que se podía promover la nulidad del matrimonio. El simulante en este caso manifiesta o confiesa la intención que tiene o que tuvo (antes de contraer matrimonio) (después de contraer matrimonio) de excluir alguno de los bienes del matrimonio. A este conjunto de elementos se les ha llamado en sentido impropio argumentos directos.

**2.-** La causa manifiesta de la simulación, lo cual nos da a entender que esta causa no se presume, sino debe probarse ampliamente, ya que debe ser evaluada y analizada de conformidad a la apreciación del que simula, es decir, subjetivamente ya que objetivamente no podríamos encontrar motivo proporcionado o suficiente para la simulación. La causa de la simulación tiene un doble componente, el primero estriba en determinar por qué contrajo nupcias el simulante lo cual sería la causa de la celebración, y el segundo, determinar por qué no se quería el matrimonio tal y como lo establece la norma jurídica canónica que viene a ser la causa de la intención contraria.

Varios tratadistas establecen que entre las causas de la intención contraria podemos contar entre otras muchas la falta de amor, el error pécicax, el aspecto o índole inmoral o amoral del simulante, aversión determinante hacia el matrimonio, el deseo definitivo, de seguir conservando la libertad, la aversión a los hijos a una enfermedad hereditaria, el temor al dolor del parto, la aversión a las responsabilidades que conllevan los hijos, los propósitos malsanos de dañar a la otra persona por venganza o por odio etc.

En este mismo sentido los tratadistas nos comentan que entre las causas de la celebración se pueden encontrar el interés económico, la pasión libidinosa, el deseo de emanciparse de los padres el deseo de evitar o reparar escándalo.

**3.-** Las circunstancias, antecedentes, concomitantes y subsiguientes a la celebración del matrimonio: entre las antecedentes podemos encontrar una serie de conflictos en la familia del simulante, como también un noviazgo no avenido lleno de problemas y dificultades, embarazo prematrimonial, relaciones simultáneas con varios novios, etc.

Con respecto a las circunstancias concomitantes que son las que tienen lugar durante la celebración del matrimonio o poco tiempo antes o inmediatamente después de verificado el matrimonio, podemos tener los diversos problemas o conflictos que pudieran tener verificativo en la víspera o en el día de la celebración del matrimonio, que se manifiesta por nerviosismo, por equivocaciones cuando se manifiesta el consentimiento, la separación de uno de los contrayentes respecto al otro durante la recepción, pleitos, dificultades, disgustos inmediatos durante la celebración del matrimonio o durante la recepción, o bien durante el viaje de bodas, con respecto a las circunstancias subsiguientes que son aquellas que tienen verificativo una vez celebrado el matrimonio o ya instaurada la vida conyugal, pleitos, conflictos, dificultades, problemas ya durante la luna de miel, consumación del matrimonio no verificada o diferida durante mucho tiempo el rechazo sexual por parte del simulante, la indiferencia de este último con respecto al otro la mínima duración de la vida en común, la insistente tendencia al divorcio etc.

Debemos tener presente que la causa de la simulación así como las circunstancias en sus tres niveles antecedentes, concomitantes y subsiguientes debidamente comprobadas ya por testigos o por documentos constituyen la argumentación o prueba indirecta que se hace con base en presunciones, que al ser graves y ser deducidas de los hechos ciertos y determinados anulan las presunciones de derecho respecto a que el matrimonio goza del *favor iuris*, y así puede darse el caso de que el simulante no concurra a juicio y sea declarado ausente, y que los testigos no den referencia alguna sobre la confesión del simulante, pero que la causa de la simulación y las circunstancias en sus tres modalidades, así como los efectos tengan tal evidencia y coherencia que le den al juzgador la suficiente certeza moral de que existió un consentimiento simulado, viciado para declarar con toda justicia nulo el matrimonio por simulación, en cualquiera de sus modalidades.”<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> OB CIT F. HUBER PP 253

## CONCLUSIONES

- I. El matrimonio es una institución de derecho natural que responde a la tendencia innata del varón y la mujer a unirse para procrear y educar a los hijos, y a la necesidad mutua que tienen el uno con el otro.
- II. El matrimonio *in fieri* es, según los canonistas, el acto mismo de contratar en donde los contrayentes se entregan el consentimiento de presente para constituir el matrimonio.
- III. El matrimonio *in facto esse* es la vida matrimonial ya constituida, en donde los cónyuges se entregan de forma mutua y reciproca los derechos y obligaciones que conlleva el matrimonio, para así construir una vida en común.
- IV. El matrimonio siempre ha tenido una característica que ha sido común a todas las culturas, tanto las de la antigüedad como las actuales, que viene a ser la unión entre hombre y mujer con el fin de procrear hijos. En las culturas que analizamos (Roma, Israel, Grecia y México) el matrimonio tiene una característica esencial y común: el aspecto religioso que siempre ha influido de forma definitiva en éste acto.
- V. El amor que se deben los esposos dentro del matrimonio se ve claramente descrito por Salomón en su obra el Cantar de los Cantares.
- VI. Siendo el matrimonio en Derecho Canónico un contrato, éste cuenta con elementos de validez los cuales una vez cumplidos traen como consecuencia la constitución del contrato en toda su plenitud y por consiguiente, la validez. Los elementos esenciales del contrato son en primer lugar el consentimiento, que debe ser emitido por personas hábiles según derecho, totalmente libre y con el fin de constituir un verdadero matrimonio. En segundo lugar, el objeto que es lo que el mismo contrato persigue, la unión entre un hombre y una mujer para hacer una vida en común y procrear.
- VII. Los impedimentos son hechos o circunstancias, ya sean de orden natural o legal que constituyen obstáculos para la celebración válida del matrimonio. Los impedimentos establecidos en el Derecho Canónico que traen como consecuencia la invalidez del matrimonio, son: carencia de edad, impotencia, el impedimento de ligamen, el impedimento de disparidad de cultos, el impedimento de orden

sagrado, el impedimento de voto, el impedimento de raptó, el impedimento de crimen, el impedimento de parentesco, el impedimento de pública honestidad, y el impedimento de parentesco legal.

- VIII. El consentimiento es la manifestación de la voluntad, que debe reunir distintos elementos para su integración. El consentimiento implica un proceso dentro de la psique del sujeto que inicia con la concepción, o sea el conocimiento que debe ser perfecto pues “nadie puede querer lo que no conoce”; continúa con la deliberación que significa hacer un análisis crítico valorativo de esa concepción; después prosigue la decisión, con la cual termina el proceso de deliberación y da paso al acto voluntario; y por último la ejecución, que es la realización de dicho acto.
- IX. Los vicios del consentimiento vienen a ser defectos que operan en forma total en el mismo consentimiento, haciendo que este no pueda constituir válidamente el contrato y por ende, no produzca las consecuencias establecidas por el derecho.
- X. Dentro de los vicios del consentimiento tenemos: el error, el error iuris, el miedo y la violencia física.
- XI. La simulación del consentimiento es una manifestación no auténtica de éste, ya que hay una discordancia entre lo que se manifiesta hacia el exterior y lo que realmente se quiere en la mente del simulante. Hay simulación en el consentimiento cuando el simulante excluye el contrato mismo, el bien del sacramento o indisolubilidad, el bien de la prole, el bien de la fidelidad o el bien de los cónyuges.

## BIBLIOGRAFÍA

- 1.- **ABATE M. ANTONINO**, La forma Della celebraziones del matrimonio nel nuevo Codice di Diritto Canonico, en Apollinaria 59 (1986)
- 2.- **ARQUER – SEMIR**, Derecho Matrimonial, Barcelona, 1949.
- 3.-**AZNAR GIL, FEDERICO R.**, El Nuevo Derecho Matrimonial Canónico, Biblioteca Salmanticensis, Estudios 60, Universidad Pontificia de Salamanca 1983.
- 4.- **BERNÁRDEZ**, Las causas canónicas de separación conyugal, Madrid, 1961.
- 5.- **BEUCHER MAX**, Cara y Cruy del Psicoanálisis, Edit. Broquera S., Barcelona, Bogotá, Buenos Aires, Caracas, México 1970.
- 6.- **BURKE RAYMOND L.**, Canon 1095, Canonical Doctrine and Jurisprudence, Part I: Canon 1095, 1º and 2º, en Canon Law Society of America Proceeding of the Forty-Eighth Annual Convention. Denver, Col. 1986.
- 7.- **BOFARULL**, El Procedimiento en las causas canónicas de nulidad del matrimonio canónico, Madrid, 1946.
- 8.- **CAPPELLO FELIX MA., S.J.**, Tractatus Canonico-Moralis de Sacramentis. Vol. V De matrimonio, Domus Editoriales Marietti 1947 (ed. 5ª.).
- 9.- **CHELODI – CIPROTTI**, El Derecho Matrimonial. Versión española de FERNANDEZ ARRUTY, Barcelona, 1959.
- 10.-**DEL GIUDICE VINCENZO**, Nociones de Derecho Canónico, Publicación del Estudio General de Navarra. Pamplona 1955.
- 11.- **DOYLE JERALD A.**, The Formal Acto f Leaving The Catholic Church, en Canon Law Society of america Proceedinge of the fiftysecond Annual Convention, Cleveland oh. 1990.
- 12.- **FELDHAUER DAVID E.**, Canon 1095, Canonical Doctrine and Jurisprudence, Part. II: Canon 1095, 3º, en Canon Law Society of America Proceedings of the Forty-eighth Annual Convention, Denver Col. 1986.

- 13.- GASPARRI.** Tractatus canonicus de Matrimonio, Parisiis. 1904.
- 14.- GASPARRI PETRUS CARD.,** Tractatus Canonicus de matrimonio, 2 vols., Romae 1932.
- 15.- GIMÉNEZ FERNÁNDEZ,** La Institución matrimonial según el derecho de la Iglesia Católica, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1954.
- 16.- HOLBOECK CAROLUS,** Tractatus de Iurisprudencia Sacrae Romanae Rotae, Graetiae, Vindobonae, Coloniae 1957.
- 17.- HUBER OLEA Y REYNOSO, FRANCISCO,** Derecho Canónico Matrimonial, México, 2006. Porrúa.
- 18.- HUBER OLEA Y REYNOSO, FRANCISCO,** Teoría Tomista del Bien Común, México, 2002. Ed. Lourdes.
- 19.- HUBER OLEA Y REYNOSO, FRANCISCO,** Análisis del Régimen de los Principes. México, 2004. Ed. Porrúa
- 20.- INSTITUTO DE SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT,** Las causas matrimoniales, Salamanca 1953.
- 21.- LÜDICKE KLAUS,** Münsterischer Kommentar Zum Codex Iuris Canonici, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland, Osterreich und der Schweiz, Herausgegeben von, 4 vols., Ludgerus Verlag, Essen 1984.
- 22.- MANS,** Derecho matrimonial canónico, tomo I, Barcelona, 1954; Tomo II, 1956.
- 23.- MARTI SANCHEZ J. M.** La relevancia jurídica del Amor Conyugal en el Matrimonio, en Revista Española de Derecho Canónico, 48 (1991).
- 24.-MENDONCA AGUSTINE,** The Effects of Personality Disorders on Matrimonial Consent, en Studia Canonica 21 (1987) Ottawa.
- 25.- MONTSERRAT,** El Derecho matrimonial canónico, Barcelona, 1962.

- 26.- MOLINA MELIA – OLMOS ORTEGA,** Derecho Matrimonial Canónico, Substantivo y Procesal, ed. 5ª. Madrid 1992.
- 27.- MUÑIZ,** Procedimientos eclesiásticos, Sevilla, 1926.
- 28.- PAYEN,** De Matrimonio in Missionibus, Zi-Ka-Wei, 1928-9.
- 29.- POMPEDA MARIO F.,** L' Amore Coniugale e il Consenso Matrimoniale, en: Quaderni Studio Rotale, VII, dic. 1994, Librería Leoniana, Roma.
- 30.- REGATILLO F.,** Ius Sacramentarium. De Matrimonio, 3.ª ed. Santander, 1960.
- 31.- SAN ALFONSO M.ª DE LIGORIO.** Teología Moralis, Edic. Gaudé. Romae, 1909.
- 32.- STAFFA DINO,** De Conditione contra Matrimonii Substantiam, Romae 1952.
- 33.- TOMAS DE AQUINO (Sto.Ç)** Suma Teológica. Texto latino de la Edición crítica Leoniana. 16 vols. Biblioteca de Autores Cristianos Madrid 1959-1960.
- 34.- TORRE,** Processus matrimonialis, 2.ª ed. Nápoles, 1956.
- 35.- VAN HOBE ALFONSO,** De legibus Ecclesiasticis, Comentrium Lovaniense in Codicem Iuris Canonici, editum a Magistris et Doctoribus Universitatis Lovaniensis, vol. I, Tom. II, Mechliniae-Romae, H.
- 36.-WERNZ F. XAVERIUS S. J., -VIDAD PETRUS S.J. – AGUIRRE PHILIPPUS S.J.,** Ius Canonicum ad Codicis Normam exactum, Tomus V, Ius Matrimoniae, edition 3.ª recognita, Romae, apud Aedes universitatis Gregorianae 1946.
- 37.-WERNZ F. XAVERIUS S. J.,** Ius Decretalium, vol. IV, Ius Matrimoniale Ecclesiae Catholicae, Rimae 1904.

## **FUENTES DEL DERECHO CANÓNICO**

Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada por los Profesores de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, 10ª ed, Biblioteca de Autores Cristianos, 1986.

El Sacrosanto y Ecuménico Concilio De trento, traducido al idioma castellano por D. Ignacio López de Ayala; Librería de Ch. Bouret, París México 1893.

Apostolicum Rotae Romanae Tribunal; Decisiones seu Sententiae selectae inter eas quae anno 1984 prodierunt, cura eiusdem Apostolici Tribunalis editae, vol. 76, Librería Editrice Vaticana 1989.

Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista, México 1991. Comentado y concordado con Tesis de Jurisprudencia.