

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

TÍTULO DE LA TESIS

**EL MIEDO COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO
MATRIMONIAL CANÓNICO**

**TESIS PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO**

**ALUMNA: LILIANA HERNÁNDEZ
MARMOLEJO**

**ASESOR: DR. FRANCISCO HUBER OLEA Y
REYNOSO**

CIUDAD DE MÉXICO, ABRIL DE 2018



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
E HISTORIA DEL DERECHO

OFICIO No. FD/SDRHD/41/10/2018
ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS

MTRA. IVONNE RAMÍREZ WENCE
DIRECTORA GENERAL
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR, UNAM
P R E S E N T E


La alumna **HERNÁNDEZ MARMOLEJO LILIANA**, con el número de cuenta **308222351**, bajo la asesoría y responsabilidad del, **DR. FRANCISCO HUBER OLEA Y REYNOSO** termino la tesis denominada "**EL MIEDO COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO MATRIMONIAL CANÓNICO**", y que consta de **130** fojas útiles.

La tesis de referencia, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional. Dicha autorización no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que la tesis conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Sin más por el momento, aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, Cd. Mx., a 19 de Octubre de 2018


DRA. CONSUELO SIRVENT GUTIÉRREZ
Seminario de Derecho Romano e Historia del Derecho
Directora

INDICE

Introducción	1
1. El matrimonio en la antigüedad.....	4
1.1. Egipto.....	11
1.2. Grecia	14
1.3. Roma	16
1.4. Israel	22
1.5. México prehispanico.....	25
2. El matrimonio canónico.....	31
2.1. Concepto.....	31
2.2. Elementos	42
3. Vicios del consentimiento.....	78
3.1. Error.....	81
3.2. Error iuris	99
3.3. Vicios de la voluntad	104
3.4. Violencia física.....	106
3.5. El miedo.....	108
3.5.1. Miedo reverencial.....	115
4. Conclusiones	123
Bibliografía	125

INTRODUCCIÓN:

Al hablar de matrimonio no podemos dejar de pensar en el antecedente histórico que desde los primeros tiempos de la antigüedad aparece esta institución, ya que precede a la aparición del derecho pues se basa en la naturaleza misma del hombre. Es tal su importancia que ha rebasado el ámbito del derecho privado, para ser regulado en todos sus aspectos por el derecho público, dándole una importancia tal que viene a ser como una protección principal a este contrato.

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 tiene 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 determinados 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”.¹

El matrimonio es necesario para la sociedad, toda vez que es el único medio lícito para la conservación y creación del género humano y todo esto es explicado por la natural inclinación de la humanidad al matrimonio, por eso se afirma en esta forma la exigencia de la sociedad al matrimonio.

En esta misma línea, afirma Jaime M. Mans en su *Derecho Matrimonial Canónico*:

¹ Huber Olea y Reynoso, Francisco. *Derecho Canónico Matrimonial*. México 2006. Porrúa, P.75.

“Por lo mismo que las nupcias son necesarias para la sociedad en general, y responden a una inclinación de la naturaleza humana, todos y cada uno de los hombres tienen derecho natural al matrimonio, cuyo derecho es tal modo propio de toda persona que, tal como declaro Pio XII recordando las enseñanzas de sus gloriosos predecesores León XIII y Pio XI ninguna ley humana puede privar al hombre en su derecho natural y primitivo al matrimonio, añadiendo que este derecho, por lo mismo fue dado al hombre por el autos de la naturaleza, supremo legislador, no puede ser negado a alguien, si no se prueba que él o lo ha renunciado libremente o es incapaz de contraer matrimonio por defecto psíquico o somático”.²

Considerando lo señalado por el Dr. Francisco Huber la esencia del contrato matrimonial se fundamenta en el consentimiento o acto de voluntad de ambas partes.

Su objeto formal viene a consistir en la creación de una forma de vida dando origen a la obligación de fidelidad y de procreación de los hijos. Es posible considerar el matrimonio como contrato.

Sin embargo, el matrimonio *in fieri*, que vienen a ser el acto mismo de la constitución del contrato matrimonial, en donde se entregan ambos cónyuges en forma recíproca los derechos y obligaciones inherentes al matrimonio; y tiene la naturaleza jurídica de contrato. Algunos canonistas, con mejor intención que acierto, llevados del propósito de impugnar las falsas teorías sobre la separabilidad del contrato de matrimonio y del sacramento, de tan funestas consecuencias, han negado que el matrimonio sea un verdadero contrato (Francisco Huber Olea y Reynoso).³

Pero si el contrato bilateral no es otra cosa que el consentimiento legítimo de dos personas en el mismo objeto, que induce para ambas partes la obligación de

² M. Mans, Jaime. *Derecho Matrimonial Canónico*. Barcelona 1959, Bosch, .P.7.

³ Huber Olea y Reynoso, Francisco. *Derecho Canónico Matrimonial*. México 2006. Porrúa.P.74

justicia conmutativa de dar, hacer u omitir alguna cosa, y el matrimonio se produce por el verdadero y legitimo consentimiento del varón y de la mujer, reconocido en derecho, por el cual se entregan y aceptan mutuamente el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus respectivos cuerpos en orden a los actos de suyo aptos para la generación de la prole del mero análisis y conteo de ambas nociones se deduce que el matrimonio es un verdadero contrato bilateral.

Teniendo en consideración que el consentimiento es el constitutivo y generador del contrato matrimonial y que este debe tener las características que la norma canónica, establece para qué se constituya válidamente por lo que, en este trabajo, se analizaran las diversas formas en la cuales este consentimiento puede estar viciado y por lo mismo trae como consecuencia la nulidad del contrato matrimonial; para ello será necesario analizar el aspecto histórico del matrimonio y su desarrollo.

Dentro de los vicios del consentimiento encontramos el error y el miedo que atacan la validez del contrato matrimonial; por lo cual haremos un análisis exhaustivo de dichos vicios en este trabajo.

1. EL MATRIMONIO EN LA ANTIGÜEDAD.

ANTECEDENTES CONCEPTUALES.

El matrimonio es una institución anterior a la aparición de 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 este contrato que, despierta un interés mayúsculo en su análisis y en su estudio.

El Dr. Huber nos comenta que: “la esencia de contrato matrimonial viene a estar en el consentimiento o acto de voluntad de ambas partes y su objeto formal viene a consistir en la creación de una comunidad de vida dando origen a la obligación de fidelidad y de procreación de los hijos”⁴

Así podemos afirmar que la manifestación del *mutu* consentimiento constitutivo del matrimonio es *essentialiter perfectum* (en su esencia perfecto) toda vez que no se requiere nada más “*ad essentiam matrimonii*”. “*matrimonium totum et penum 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 vienen 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 copula (la llamada “*copula-theoria*”, combatida por la escuela de Paris (San Pedro Damián, en 1035; Pedro Lombardi , en 1160), fue seguida por la escuela de Bolonia, es decir por Graciano⁵ 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

⁴ Huber Olea y Reynoso, Francisco. *Derecho Canónico Matrimonial*. México 2006. Porrúa. P.89.

⁵ Graciano C.34, C. 27 Q.2; Dict. AD C.45 H.T.

no adoptando el principio de la absoluta indisolubilidad de matrimonio contraído mediante "*legitimus consemus de praesenti, carnali copula non se cut*"⁶ por lo cual, no 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 copula 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 aforismo 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 facti*" desde San Isidoro de Sevilla (633), Ttym, c.7: in C.6, C.27, q. 2. Es necesario tener en cuenta que en el tema matrimonial la literatura canónica adopta con demasiada frecuencia, y no siempre con precisión, expresiones y definiciones romanistas.

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 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*".

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. Algunas la usan de modo disyuntivo con la de Justiniano; y por tanto con idéntico significado. Otros, la proponen como explicitación de la última parte de aquella definición, es decir, de la "*individuum consuetudinem vitae continens*". Otros, con finalidad explicativa.

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

⁶ CFR. C.2, X, 2,32;C.3, X,4,4

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

Estos 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 como está constituido el género humano y los fines que se persiguen a través de la naturaleza misma.

Fue Pedro de 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: "*matrimnium 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 invisible de vida).

El matrimonio a pesar de que para los romanos tenía un carácter elevadísimo, e incluso sacro y religioso 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 maritalis*, 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* determinada 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 unos 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 de matrimonio, como “declarar que el matrimonio perdura, a pesar del divorcio, que significa el fin de la *affectio maritalis* era una cosa que no cavia en una mente romana” ⁷.

Se desprende de todo esto que la frase *“consensus facit nuptias”* no debe entenderse como la interpretación que usaron después los canonistas (es decir, que el matrimonio se origina 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.

“El matrimonio romano el elemento psicológico o intencional, es decir la *affectio maritalis* se dirigía a la comunidad de vida perpetua y plena pero no podía faltar en cualquier momento, y en este caso las consecuencias eran semejantes a la realización de una concesión resolutoria a la relación conyugal”.

Históricamente tenemos que considerar desde Constantino hasta Justiniano, es decir desde principios de 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. 22c.3, aunque deploraba y castigaba el divorcio, lo declaró natural e inevitable; *“quoniam ex iis quae inter. Homines eveniunt ligatum omne dissolubile”*.

Solo más tarde el concepto cristiano de la absoluta indisolubilidad del vínculo matrimonial defendido desde el principio por los santos padres y especialmente por San Antonio Ambrosio y por San Agustín triunfa plenamente.

⁷ Bonfante, Istituz. Dir. Romano, 10° Milano ilano, 1934, P. 182.VID.

Pero por lo que se ha querido poner de relieve que es lo siguiente: que cuando se hace uso del lenguaje romanista para definir el matrimonio cristiano no es difícil incurrir en equivoco, 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 originalmente tuvieron.

Por otra parte tenemos que considerar el carácter de contrato que se refiere el 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 contrayentes 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 “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”⁸.

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 particular más que en ningún otro tiene la ley natural una relevancia extraordinaria, 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 celebra una cosa totalmente distinta. Pero además de la ley natural la ley humana establece normas y leyes que afectan la validez del contrato estableciendo impedimentos que pueden dirimir el contrato matrimonial y que viene a recaer directamente sobre las personas de los contrayentes o sobre su consentimiento o bien sobre la forma de la celebración.

⁸ Comentarios al código de derecho canónico, Madrid, 1983. b.a.c. pág. 429

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 que solo se ordena a una finalidad concreta.

“El derecho a la prestación corporal mutua y reciproca con su obligación correlativa es lo que vienen a constituir el objeto máximo y formal del contrato matrimonial. El consentimiento matrimonial viene a generar el derecho a esa prestación.

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”.⁹

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 en una parte ligada al vínculo matrimonial si la otra no queda en la misma forma ligada. El mencionado compromiso establecido por el contrato matrimonial es valido 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 esa inhabilidad ya absoluta o ya relativa debido a la indivisibilidad del contrato matrimonial se le exige a la otra parte aunque esta no tenga capacidad 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 impedir que el matrimonio tenga validez en el caso que exista incapacidad en una de las partes contratantes”¹⁰

⁹ Ob. Cit f. Huber. pág. 91

¹⁰ Huber olea y Reynoso. *Derecho canónico Matrimonial*. México 2006 Porrúa, pág. 96.

El análisis de este contrato nos obliga a concluir que es un contrato legítimo toda vez que la autoridad pública lo regula creando impedimentos dirimentes, 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 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.

Visto lo anterior estudiaremos brevemente el matrimonio en algunas culturas de la antigüedad.

1.1. Egipto

Los antiguos egipcios tenían al matrimonio como algo muy importante ya que ese estado civil era parte del fervor divino.

De acuerdo con el sistema patriarcal y hasta el reino nuevo tal parece que el padre de la novia era quien tenía en base a la potestad que ejercía la decisión en cuanto a las hijas, nos basamos en que se encontró una inscripción del periodo Ptolemaico en donde una mujer dice “mi padre me dio en matrimonio sin saber nada y sin mi consentimiento”¹¹, por lo cual se supone que el consentimiento de la mujer vino a ser poco importante hasta la vigésima sexta dinastía cuando las novias comenzaron a poder decidir y es entonces cuando ya encontramos contratos con respecto a la unión usando la fórmula yo te convierto en esposa y por parte de la mujer tú me has hecho tu esposa.

Se generalizó una costumbre en donde hombres muy maduros o ya mayores tomaron esposas muchos años más jóvenes tal es el caso del escriba Qenherkhepeshef, se casó con Nanakht una muchacha de 12 años cuando el tenía 54.

La edad más temprana para las novias se refiere a documentos de periodo romano que hablan de matrimonio en 8, 9 y 10 años.

Los egipcios eran monógamos, pero no existía ninguna prohibición entre matrimonios múltiples, la capacidad productiva de una mujer tuvo que ser en mantenimiento y esto fue valuado por los hombres a la hora de tener más de una esposa ya que si un marido era muy rico también podía tener concubinas pero con la salvedad de que la esposa principal disfrutara su estatus, debemos considerar que en esa época la concubinas no tenían derecho legal y podían ser despedidas. Tal parece que no había límite de esposas pero en la práctica esto dependía del medio económico del hombre ya que la mayor parte de los egipcios tenía una sola persona de donde tenemos que el matrimonio era de manera onerosa en el

¹¹ <http://egiptologia.com/matrimonio-en-el-antiguo-egipto/>

hombre, por lo cual la mayor parte de los hombres solo podían permitirse el tener una esposa.

En el reino antiguo únicamente la realeza y los más altos funcionarios de sangre noble podían tener mujeres secundarias se han encontrado 16 casos posibles de poligamia durante este periodo.

En la última época faraónica Heródoto (III,92) nos dice que la monogamia era entonces una regla en Egipto pero pudo haber habido aumento de poligamia en el periodo greco romano Diodoro cita como común entre cegalers mientras que en el sacerdocio estaba restringido a una esposa.

Los palacios reales nos cuentan algo sobre la vida en los andenes ya que en el tumba de Ay y Yuya primer profeta de rey divino en tiempos de Akhenaton en Amarna hay cuadros de harenes rodeados de altos muros con guardias situados en cada entrada, estas mujeres instaladas en una de muchas cámaras se reunía para el trabajo comunal distracciones y celebraciones ya que se encontraron relieves que las muestran cantando y bailando con acompañamiento instrumental estos harenes fueron organizados con personal de criados guardias y supervisores.

Los matrimonios entre parientes eran bastante usuales entre la gente común los hermanastros se casaban al igual que el tío y sobrino se casaba con frecuencia los matrimonio entre primos vienen a ser situaciones regulares en Egipto y en particular en Nubia hasta el día de hoy.

En la familia real fue obligatoria desde tiempo inmemorial celebrar matrimonios entra la familia más cercana como es la unió entre Osiris e Isis quien había venido a este mundo para enseñarles los elementos de civilización y proclamar la sabiduría y la omnipotencia de los dioses en consecuencia el rey no dudaba en tomar como esposa a su hermana o hermanastra como lo hizo Sequenenre Taall, Ahmosisl, Amenofisl Tutmosisl, Tutmosis IV, Ramsés II, Merenptah y Siptah, y a su hija AmenofisII, Akenaton, Ramses II que llego a

casarse con tres de sus hijas o Seti II. Ptolomeos II y sus sucesores que estuvieron casados con sus hermanas.

El matrimonio entre gente de diferente raza, un egipcio se podía casara con una muchacha de siria o Nubia, y una egipcia podía ser mujer de un extranjero. Los reyes mismos podían tomar a princesas extranjeras como esposas secundarias Ramsés II, por ejemplo, se casó con la princesa Hitita Maathornefrerure y le concedió el gran título de esposa real como hizo a su esposa principal Nefertari.

El matrimonio de un hombre libre y un esclavo fue considerado como mero concubinato y no disfrutaban de ninguna protección legal.

El compromiso de un hombre y una mujer se comprometían a una existencia común cuyo objetivo final era el de criar niños y asegurar la prosperidad de la familia y la vida furtiva de los padres en el otro mundo, la boda comprendía actividades tradicionales como el festín, narración, canción, música y baile. El padre pide a la novia y su rica dote para ser llevada a la casa del novio antes de la noche, tras un banquete esplendido con el cual terminaba la ceremonia.

1.2. GRECIA

Probablemente, el aspecto religioso 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 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 solo actos religiosos de su padre y ya casada a los de su marido. El matrimonio tenía su fundamento en el culto domestico 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, está 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 este, pronunciaba una formula sacramental (te concedo a mi hija para que le dé a la Republica legítimos ciudadanos).¹²

Con la cual declaraba que entregaba su hija al pretendiente, justo después de haber tomado el baño nupcial, se trasladaba está en un carro vestida de gala, en blanco, cubierta del rostro con un velo en la cabeza una corona, a la casa de su marido. Durante todo el recorrido se cantaba en torno de ella un himno denominado himeneo, la importancia de este era tal que de ahí tomaba el nombre de la ceremonia.

El tercer paso consistía en la entrada de la joven a su nueva morada siendo así preciso que su marido la levantara en brazos simulando así un raptó, 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. Ya estando en

¹²Reynoso Cervantes, Luis. *El Matrimonio como Institución, Estudio Histórico –Jurídico -Canónico*, P.59. Duc in altvm, México 1959.

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 solo se permitía su disolución cuando exista esterilidad en la mujer. Siendo el hombre estéril se podría 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.

1.3. 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 con 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 matrimonios: las *justae nuptiae* y el concubinato. Las dos figuras anteriores fueron socialmente aceptadas y no requerían de ningún tipo de formalidad; consistía en una duradera monogamia entre hombre y mujer establecidas con la intención de procrear hijos y apoyarse mutuamente en la vida.

Se llama *iustae nuptiae* a la unión monogámica llevada a cabo de conformidad con las reglas del derecho civil romano. Debido al interés religioso 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, el matrimonio era constituido por dos elementos, uno

objetivo que consiste en la convivencia del hombre y 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 *affectio maritalis*, esta se exterioriza mediante el honor matrimonio, que es el trato que los esposos se otorgan en público especialmente del marido a la mujer quien compartía su rango social.¹³

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

Es importante considerar que la antigua Roma no surgía del consentimiento 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 acabo en tres diferentes formas:

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 las palabras sacramentales por los contrayentes posteriormente comían pastel de trigo.

1. Mediante una *Co-Emptio*, que se realizaba mediante una compra ficticia de la mujer por el marido, en la que intervenía el paterfamilias de la novia como vendedor, llevando a cabo una *mancipatio*.
2. El *usus* que era la simple convivencia ininterrumpida por un año de la mujer con su marido, quedando está bajo el poder del marido siempre y cuando existiera el consentimiento de ambos cónyuges y de sus paterfamilias.

Los romanos definieron en la época justiniana el matrimonio de la siguiente forma:

“*Matrimonium est manus et feminae conjunctio et consortium omnis vitae divini et humani juris comunicatio*” matrimonio es la unión del hombre y la mujer, una

¹³ Ob. Cit. Huber pág. 78

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.

Es importante destacar que el *usus* no intervenía en las 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 *pater familias* 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 repetirse 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 consistía 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, 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 alcanzaba 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 de

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 de su consentimiento.”¹⁴

- c) Que tuvieran el *conubium*, o derecho para contraer válidamente matrimonio. Siendo esta la aptitud legal para contraer las *iustae nuptiae*; solo los ciudadanos romanos gozaban de este derecho, quedando exceptuados los latinos. La falta de *conubium* podía ser sustituida por orden del emperador autorizando la celebración de las *iustae nuptiae*.¹⁵
- d) Existía 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 en línea recta estaba prohibido totalmente y en línea colateral hasta el segundo grado.

Asimismo existía el *iustae nuptiae*, se establecía que la mujer que vivía con su marido 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 matrimonio, 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, 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

¹⁴ Morineau Ideurte Martha. *Derecho Romano*. México 1993. Oxford pág. 64

¹⁵ Petit Eugene. *Derecho Roman.*, México 8° edición, Porrúa 1989, pag.105

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

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 *justae nuptiae*.¹⁶

El matrimonio podía celebrarse entre ausente, 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 bastaba 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, atentando contra la vida, las injurias graves, la sevicia y el crimen de alta traición.
3. *Divorcion 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.

¹⁶ Petit Eugene. *Derecho Roman*. México 8ª edición. Porrúa 1989. pag.105

4. Es rescatable 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.

1.4. ISRAEL

En el pueblo judío, el matrimonio tenía 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 esta complemento creador de la vida y la fecundidad con la bendición de Yahvé, atribuyéndose a la buena mujer 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; en este libro se relata cómo es que Eva fue entregada a Adán como compañera, pues no era bueno que este estuviese solo, diciéndoles Dios creced y se multiplicaos siendo una sola carne.

“Firmo pues el señor Dios al hombre del lodo de la tierra, e inspitole en el rostro un soplo o espíritu de vida, y quedo el hombre viviente con alma racional... 15. Tomo pues el señor Dios al hombre, y pusole en el paraíso de delicias, para que le cultivase y guardase... 16. Dijo así mismo el Señor Dios: no es bueno que el hombre este solo: hagámosle ayuda y compañía a el...20. Llamo pues Adán por sus propios nombres a todos los animales, a todas las aves del cielo, y a todas las bestias de la tierra: mas no se hallaba para Adán ayuda o compañero a el semejante...21. Por tanto el Señor Dios hizo caer sobre Adán ayuda o compañero al semejante...21. Por tanto el Señor Dios hizo caer sobre Adán un profundo sueño; y mientras estaba dormido, le quito una de las costillas, y lleno de carne aquel vacío...22. Y de la costilla aquella que había sacado de Adán, formo el señor Dios una mujer, la cual puso delante de Adán...23. Y dijo o exclamo Adán: esta es hueso de mis huesos, carne de mi carne: llamarse ha pues hembra, porque del hombre ha sido sacada...24. por cuya causa dejara 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”¹⁷

Las citas anteriores reflejan que el matrimonio es la unión de dos seres heterosexuales de manera monogamica con la finalidad de producir nuevos

¹⁷ Génesis capitulo II-2

individuos por lo cual cuenta con un carácter indisoluble como lo vemos en el libro de Malaquías quien nos habla de como el creador condena el divorcio “por qué 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 este 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 de compromiso personal que se hacen los esposos ante Dios para toda la vida, como 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 apretar el vientre de una extraña?” Pro V,18-20

“...16. dijo así mismo a la mujer: multiplicaras tus trabajos y miserias en sus preñeces: con dolor pararas los hijos, y estarás bajo la potestad o mando de tu marido , y él te dominara”¹⁸

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.

Primero se hacían los depositarios o sponsales, 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 quien le decía “Te mantendrás esposa mía,

¹⁸ Génesis capítulo III-3.

según el rito de Monises y de Israel”¹⁹ y con la lectura del acta en la que se hacía constar la dote recibida por el esposos.

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 debió a una exigencia momentánea, faculto al marido para repudiar a su mujer. El repudio se mantuvo hasta hace poco.

Es de considerarse que 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 conducían a la esposa de la casa del esposo iniciándose así la ceremonia matrimonial () iba al caer a tarde a casa de la esposa para recoger a esta y conducirla a la suya propia. La esposa lo recibía circundada de sus amigas provistas de lamparas y todas prorrumpían en aclamaciones el llegar el esposo. De casa la esposa a casa del esposos se organizaba un cortejo en el que se tomaba parte todo el pueblo, con luminarias, cantos música, danza y gritos jubilosos, tanta era la autoridad moral de semejantes cortos que hasta los rabinos interrumpían las lecciones en las escuelas de la ley y salían con sus discípulos a felicitar a los esposo. En casa del marido se celebraba luego la comida nupcial, con cantos y discursos de congratulación augurios felices.”²⁰

¹⁹ Reynoso, Luis. *El Matrimonio como Institución*. México, 1959. Pág 70.

²⁰ Cantú, Cesar. *Historia Universal*. tomo I. Barcelona 1927. Pag. 46

1.5. MÉXICO PREHISPÁNICO

En México la Institución del matrimonio fue evolucionando. En la época prehispánica encontramos el matrimonio polígamico en la cultura azteca, sobre todo en 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*; esposas robadas u obtenidas en 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 este estatus de ciudadanos después de celebrado su matrimonio.

Los futuros cónyuges intervenían poco en la elección de pareja, ya que la familia se ocupa de todo; para la 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 incluída diversas visitas con un ritual establecido.

Fray Bernardino de Sahagún señala en el libro cuarto de sus crónicas las costumbres de aquellas matronas que tenía 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 u que todavía era pequeña para casarse; así transcurría las negociaciones durante cuatro días y en el último día se les daba contestación a su petición por parte de los padres de ella; después de haber concluido el negocio generalmente se otorgaba a la joven en matrimonio y se realizaba un festejo para fiar el día de la boda; llegando 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.²¹

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 a su hijo, llama a 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; mas 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 el casamiento. 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, con buen razonamiento y plática bien ordenado. Respondían la primera vez excusándose con algunas causas y razones aparentes que para ello buscaban, por que 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 pasadas algunos días tornaban a enviar a 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 despidiéndoles del todo si el casamiento no les cuadraba, o si les cuadraba, les decían que hablaría sus parientes y a su hija y 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

²¹ Fray Bernardino de Sahagún. *Crónicas de la Nueva España*, México, 2000. Pág. 287

hecho ya que los parientes y la hija presentaba consentimiento, amonestabanla mucho sus padres que fuese buena, y que supiese servir y agradar a su marido, y que no los echa en vergüenza. Después los padres de la doncella enviaban la respuesta con la matronas parientas suyas, dando el su claro de parte de la moza los deudos; y luego los padres del mozo juntaba sus parientes y dándoles cuenta de lo que pasaba, tomaban consentimiento del mozo, y amonestándolo como fue amonestada a doncella, aunque en otro modo, y concertadas las bodas, enviaban gente por ella.

En algunas partes traíanla a cuestras y llevaba delante unas hachas de tea ardiendo. Si era señora y había de ir lejos, llevaban en una litera y llegando cerca de la casa del varón, salió a recibir el mismo desposado a la puerta de su casa, y llevaba un braserillo a manera de incensario con sus brazadas incienso, y a ella le daban otro, con los cuales el uno al otro se incensaban, tomada por la mano llévala al aposento que estaba aderezado, y otra gente iba con bailes y cantos con ellos. Los novios se iban derechos a sus aposentos, y los otros se quedaban en el patio. Asentaban 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 el le daba a ellas unas vestiduras de mujer, y ellas a el otras de varón.

Traía la comida, el esposo daba de comer con su mano a su esposa y ella asimismo lado daba de comer a el con la suya, de parte de el daban mantas a los parientes de ella y de parte de ella a los parientes de él.

Los dedos de los desposados, amigos y vecinos con regocijo, y bebían donde vísperas para abajo. Ya cuando venían la noche los cantores y bailadores y casi todos estaban beodos, salvo los desposados, porque luego comenzaban a estar en penitencia cuatro días. Aquellos cuatro días ayunaban por ser viejos casados u por haber hijos, y no alagaban el uno al otro por aquel tiempo, ni salían de su aposento mas de a sus necesidades naturales, y luego se tornaban a su aposento, porque si salían o andaban fuera en especial ella temían que había de ser mala de su cuerpo. Para la cuarta noche aparejaban les una coma, y esa esta hacían unos viejos que eran guardas del templo, juntando dos esteras, y en medio ponían unas

plumas y un *chalchuiatl*, que es especie de esmeralda y ponían un pedazo de cuero de tigre encima de las esteras, y luego tendían sus mantas.

Los mazatecos se abstenían de consumir el matrimonio 15 días, y estaban en ayuno y penitencia. Los mexicanos nahuales, en aquellos cuatro días no se bañaban, que entre ellos es cosa muy frecuentada. Ponían también a las cuatro partes de la cama unas calas verdes y unas púas de maguey para sacrificarse y casar sangre los novios de las orejas y 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 incienso 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 llevabanlo al templo. Si en la cámara hallaban algún carbón o ceniza tenían como 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 en que se bañaban, echabanles el agua de uno de los ministros del templo, a manera de otro bautismo o bendición. A los señores y principales echabanles el agua con pluma a reverencia de dios del vino y luego los vestían de limpias y nuevas vestiduras, y daban al novio un incensario para que echase incienso a ciertos demonios de su casa a la novia pónianle encima de la cabeza pluma blanca, y emplumándoles los pies y las manos con pluma colorada. Cantaban bailaban, y daban otra vez manta y a la tarde se emborrachaba, 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 la ceremonias dichas ni convidaban a tantos.²²

En el sistema familiar maya, desde la pubertad se empezaba a preparar a los adolescentes que tenían que vivir en casa comunales hasta cumplir los 18 años o hasta que contrajeran nupcias. El matrimonio era considerado *bigamico*, 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

²² Fray Jerónimo de Mendieta, *Historia Eclesiástica Indiana*. México 1993. Porrúa. P. 790

monógamo, pero debido a la facilidad de repudiar a la mujer 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 eso no cumplía con sus deberes en este tiempo se le arrojaban de la casa y quedaban 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 mujeres correspondían a la madre y los varones al esposo. La mujer repudiada podía unirse a otro hombre y aun así podía posteriormente volver con el 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 caso en año de mil quinientos y veinte y seis, domingo catorce de octubre , con las solemnidades acostumbradas. D. Hernando Pimentel, hermano del señor de Tez-cucp, con otros siete compañeros suyos, criados y enseñados en la iglesia y por ley nuestro señor dios por si mismo instituyo este santo sacramento en el estado de la inocencia, y después lo confirmo con su presencia.

Y para ello vinieron de la ciudad de México por padrinos personas honrosas, que fueron Alonso Dávila y Pedro Sánchez Farjan, 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 al matrimonio., como cosa

que se había de ser muestra y dechado para toda la Nueva España. Y desposados hicieron grandes fiestas y bailes de mucha gente: entonces solíanse juntar a un baile mas de mil indios principales. Y 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 viles 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 mando a su criado que allí tenía, que ofreciese en su nombre, y Horacio vine 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 principales, porque eran de edad iban se casando, porque en estos que eran mozos, con impedimentos de otros primeros casamientos, no había dificultad. Ni tampoco había mucho 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 aquellas después se desposan 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”.²³

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 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 de 12 de julio de 1564 declaró que los cánones del concilio de Trento son “ley de Reino”. 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 ya la constitución de 1857.

²³ Fray Jerónimo de Mendieta, *Historia Eclesiástica Indiana*. México 1993, Porrúa. P. 830

2. EL MATRIMONIO CANÓNICO

2.1. CONCEPTO

Se ha considerado que el contrato matrimonial es una institución de derecho natural toda vez que responde a la misma naturaleza del hombre, por lo cual es claro que aparece y antecede al derecho considerado que existe una tendencia natural tanto en el hombre como en la mujer para unirse y procrear y así mismo reside a la necesidad mutua que tiene los dos sexos tanto el hombre como la mujer.

Dios instituye al matrimonio como autor de la ley natural y lo involucra dentro de la ley positiva promulgada por boca de Adán, como nos lo refiere el Génesis *“hoc nunc os ex ossibus meis et caro de carne mea... quamobrem reliquet homo patrem suum, et matrem, et adhaerebit uxori suae: et erunt duo in carne una;* palabras en las que se pone de manifiesto sus propiedades esenciales cuya ley se viene a completar en varios pasajes que concuerdan y entre los que destaca el relativo al fin primario del matrimonio, en el cual se nos dice que después de bendecirlos (Adán y Eva) les señaló el creador *“crescite et multiplicamini, et replete terram”*.

La honestidad y licitud del matrimonio resulta por razón de sus fines y de su significación como institución divina ordenada por Dios en el derecho natural; el término matrimonio presenta variadas connotaciones que consideramos pertinente aclarar ya que en algunas ocasiones se utiliza para designar al acto de la celebración por el cual los contrayentes se hacen recíproca la entrega de sí mismos en su calidad de cónyuges y en otras ocasiones se emplea como sinónimo de la misma pareja constituida por ambos cónyuges o también se hace referencia al estado jurídico que afecta a los contrayentes tras la celebración de las nupcias.

Los canonistas han considerado al matrimonio bajo dos aspectos, el matrimonio *“in fieri”* (lit.: *“que está por hacerse”*) y el matrimonio *“in facto esse”* (lit.: *“que ya está hecho o constituido”*) El matrimonio *“in fieri”* se define como “el

contrato legítimo de un hombre y una mujer ordenado a procrear y educar la prole” es un “*actus transiens*” viene a ser el acto de contraer por el cual los dos, hombre y mujer se entregan y aceptan mutuamente en forma irrevocable para constituir el matrimonio. 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 recíprocamente derechos y obligaciones siendo un contrato singularísimo y sui generis, toda vez que tiene características propias y exclusivas de las que no vienen a participar en modo alguno los demás contratos y cuyas características son las siguientes:

1. Por su origen es un contrato natural ya que se funda en la misma naturaleza del hombre.
2. Por razón de su fin se ordena al bien del género humano.
3. Por razón de las partes que contratan se celebra únicamente entre un solo hombre y una sola mujer.
4. Por razón del 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.
5. Por razón del objeto principal en el contrato matrimonial los derechos y obligaciones se determinan en cuanto a su substancia por la misma naturaleza con exclusión de la autonomía de la voluntad de los contrayentes y como acto legítimo que se sujeta en todo a su ordenamiento y configuración legal.
6. 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.

7. Por razón de lo que significa dentro del ordenamiento jurídico es tal su importancia social que su regulación trasciende al ámbito del derecho público (*es principium urbis et quasi seminarium reipublicae*).²⁴

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 creación de una comunidad de vida dando origen a la obligación de fidelidad y de procreación de los hijos.

Habiendo determinado que el matrimonio se constituye con el consentimiento de las partes y que este consentimiento es la causa eficiente del contrato, podemos afirmar que la manifestación del mutuo consentimiento constitutivo del matrimonio es *essencialiter perfectum* toda vez que no se requiere nada más “*ad essentiam matrimonii*”. Como “*matrimonium totum et plenum quantum ad partes essentielles invenitur in contractu per verba de praesenti*”, 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 Graciano²⁵ 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

²⁴ CICERÓN DE OFFICIIS, 1, 17.

²⁵ GRACIANO (C.34, C.27, Q.2; DICT. AD C. 45 H.T.)

contraído mediante *“legitimus consensus de praesenti, carnali copula non se cuta”*²⁶

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.

Así por ejemplo, adoptando las conocidas definiciones de Modestino y Ulpiano muchos canonistas suelen definir 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”*. 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., 1.c.) los romanos llamaban a esta intención *“affectio maritalis”* (*“coitus matrimonium non facit, sed maritalis affectio”*)²⁷

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

²⁶ (CFR. C.2, X, 3, 32; C.3, X,4,4).

²⁷ ULP., I, 32, 13, D., 2).

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 cónyuge, 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” ²⁸ 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 y 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 resumen: en el matrimonio romano el elemento psicológico o intencional, es decir *la affectio maritalis*, se dirigía a la comunidad de vida perpetua y plena

²⁸ BONFANTE, *ISTITUZ. DIR. ROMANO*, 10ª ED., MILANO, 1934, P. 182. VID.

(“*individua vitae consuetudo*”), 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.

Desde Constantino hasta Justiniano, es decir desde principios del siglo IV a los primeros decenios del VI, fué 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 a que daba lugar 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 sissolubile*”.

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 mas recientes: D'ERCOLE, I I consenso degli sposi e la perpetuitá 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 juristas romains, Padova, 1940; ORESTANO, La estructura giuridica del matrimonio romano, dal diritto classico al diritto giustiniano.*²⁹

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

²⁹ (“BULLETTINO ISTIT. DI DIR. ROMANO”, 1940 Y 1941).

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 “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”³⁰

Por otra parte debemos admitir que es un contrato legítimo toda vez que la autoridad pública lo regula creando impedimentos dirimientes de Derecho Humano, vicios jurídicos del consentimiento y forma jurídica de la celebración y realización del matrimonio.

“La palabra matrimonio se ha venido empleando desde sus inicios para designar en forma indistinta dos realidades diferentes, no obstante que están unidas entre si por relación de causa y efecto la sociedad conyugal o comunidad que se forma por marido y mujer y la celebración que viene a ser el acto de contraer por el que los dos se entregan y se aceptan mutuamente en forma irrevocable para constituir matrimonio.

Debemos de acudir a la etimología de la palabra y encontramos que la palabra matrimonio deriva de *MATER* (Madre) y *MUNUS* (función, u oficio) *MATRISMUNUS* que viene a ser (el oficio o función de la madre) “por que el infante necesita más del auxilio materno que del paterno, y se sabe que para ella fue oneroso antes del parto, doloroso en el parto, y laborioso después del parto, y por eso la unión legítima del hombre y la mujer se llama mas bien matrimonio que patrimonio”. ³¹Según nos dice Tancredo porque *dat mulieribus esse matres*, añadiendo que *eius officium plus apparet in matrimonio, quam officum viri*. Este razonamiento es desarrollado en las decretales al indicar que el niño *magis materno indiget solatio quam paterno*, y es para la madre antes parto *onerosus, dolorosus in partu, post Partum laboriosus, ... ac ex noc legitima coniunctio maris et feminae magis*

³⁰ COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO.MADRID 1983. B.A.C. PAG. 429

³¹ C.2, X, III, 33= DECRETALES DE GREGORIO IX (1236) LIBRO III, TÍTULO 33, CAP. 2)

matrimonium quam patrimonium nuncupatur; texto traducido al romance por los redactores de las partidas”.

“*Matris e munium*, son palabras de latín, de que tomo nome Matrimonio, que quier decir tanto en romance, como officio de madre. E la razón porque llaman Matrimonio, al Casamiento, e non Patrimonio, es esta. Porque la madre sufre mayores trabajos con los fijos, que el padre. Ca como quier que el padre los engendre, la madre sufre muy grande embargo con ellos, de mientras que los trae; e sufre muy grandes dolores, quando han de nacer; e después que son nacidos, ha muy grande trabajo en criar a ellos mismos por sí. E demás desto, porque los fijos, mientras son pequeños, mayor menester han de la ayuda de la madre, que del padre. E por todas estas razones sobredichas, que caben a la madre de fazer, e non al padre, porende es llamado Matrimonio, e non Patrimonio”.³²

Esto también fue aceptado por Santo Tomás, quien al proponer conjuntamente con la etimología indicada otras menos probables de dicha palabra justifica aquella diciendo *quia feminis incumbit maxime educandae prolis officium*. Análogamente, en el catecismo romano (*Totius Latinitatis Lexicon*, voz *Matrimonium*.) Siguiendo a San Agustín leemos que *matrimonium ab eo dicitur quod femina idcirco maxime nubere debeat, ut mater fiat; vel quia prolem concipere, parere, educare matris munus est*.³³

También se designa al matrimonio con las palabras *nuptiae*, *connubium*, *consortium* y *coniugium*. Los dos primeros conceptos provienen de *nubere*, que quiere decir velar del velo con que en los antiguos ritos nupciales se cubrían las mujeres la cabeza como señal de pudor y sumisión al marido tal costumbre en algunos lugares perdura. Por otra parte el termino *connubium* que viene a ser compartir el mismo velo en derecho romano no significó en sus orígenes el matrimonio sino la capacidad civil para contraer las justas nupcias (*ius connubi*) teniendo en cuenta que en los antiguos textos de derecho canónico los vocablos *nuptiae* y *connubium* no solamente designaron el matrimonio en sí y las ceremonias con las cuales se celebraban sino también la consumación o el acto conyugal. *Consortium* proviene de *cum* y *sors*, toda vez que los casados

³² PART. IV, TIT. II. LEY 2.^a

³³ (L. I, D, 23, 2)

comparten una misma suerte o condición y así mismo comparten los mismos derechos bienes y honores empleando esta palabra en la definición de nupcias de Modestino.

Coniugium proviene pues de *cum* y *iugum*, con cuyas palabras se viene a formar el verbo coniugo, que viene a significar unir, atar, juntar o uncir al yugo, haciendo alusión a la comunidad de cargas que soportan los cónyuges, los cuales con el matrimonio quedan sujetos al mismo yugo, lo que simbólicamente se le imponía a los contrayentes como ceremonia nupcial en la Roma Antigua según comenta Cicerón.³⁴

Una discusión doctrinal, a la cual conviene aludir antes de continuar se refiere a la denominación jurídica del negocio por el cual se inicia la sociedad conyugal. Las fuentes canónicas denominan contrato a este negocio; y por tanto llaman contrayentes a las partes que lo llevan a cabo.

Pero es denominación al negocio han aparecido inexacta a algunos por estimar que el contrato presupone sujetos e intereses contrapuestos que por medio de el se armonizan, mientras que en el matrimonio los intereses de las partes, suscitados por un mismo móvil sentimental y de valor ético; es mas como coincidentes por que las voluntades de los contrayentes se dirigen a un mismo fin. El negocio que da origen a la sociedad conyugal deberá llamarse acuerdo mas no contrato.

La aversión a calificar como contrato el negocio matrimonial depende de la estrecha concepción que se tiene este término al que se le considera de naturaleza iusprivatista, como un negocio que tiene por objeto reacciones de índole patrimonial.

Pero debe de entenderse que el contrato constituye una categoría jurídica general en cuanto recoge a manifestación acorde de las voluntades de varias partes dirigida a hacer nacer entre ellas una relación jurídica.

En el negocio matrimonial las voluntades de las partes se forman y se desarrollan independientemente una de la otra y en cada una de ellas las finalidades pueden ser muy variadas de aquellas que son propias del negocio en

³⁴ (DE OFFICIIS, I, 17).

si mismo considerado, el cual la intención de las partes con sus características y con sus efectos puede cumplir, la función de medio para la consecución de aquellos fines de carácter heterogéneo sin que esto influya sobre la validez del negocio. Cada una de las voluntades permanece independiente aun que coopere mas o menos al desenvolvimiento de la sociedad conyugal que en el negocio tiene su comienzo y del cual se derivan derechos y deberes con relación a la otra.

“el hecho de que el contrato matrimonial tenga en derecho canónico carácter por años (por estar prescrita, generalmente, para su celebración la forma tridentina) no quita que este exista solemnemente cuando haya concurrido verdaderamente a constituirlo la voluntad de las partes. Si el consentimiento, es decir, la coincidencia de la voluntad de las partes, falto; o sin faltas, por una incapacitada natural o por propósito deliberado, la voluntad de una de las partes o de ambas (voluntad no seria, manifestada *ioci causa*, reserva mental, simulacion); o si la voluntad de una parte fue viciada (error, violencia); o si estuvo subordinada a la realización de un determinado hecho, que no se haya producido, etc., todo esto tiene un efecto directo sobre la validez del negocio, y por tanto del matrimonio, ya que la ley no puede sustituir con procedimientos forales la falta del “*consensus maritalis*”³⁵.

Es muy importante destacar que la mayor parte de los tratadistas tienen como causa eficiente del matrimonio el consentimiento de las partes las cuales deben tener las características que establece la norma canónica para que dicho consentimiento pueda generar el contrato un vez que se hayan cumplido los requisitos que establece la norma para darle validez y existencia a dicho contrato. Es también muy importante señalar que el consentimiento, como lo manifiesta Ferrara en su obra “*dirrito detle persone e at familia*” debe ser producto de una mente sana es decir que tenga las características esenciales para considerarlo como producto de una mente sana carente de toda anormalidad y que por lo mismo pueda emitir el acto deliberativo en forma normal y perfecta que no entrañe anormalidad alguna que lo hagan ineficaz y por lo mismo incapaz de producir un acto jurídico valido como debe ser el contrato matrimonial.

³⁵ Del Giudice, Vincenzo. Nociones de Derecho Canónico. Pamplona 1955. Gómez-Pamplona. P.181.

Por otra parte tenemos que considerar el contenido del decreto Tametsi del concilio de Trento, como se vera mas detenidamente en lugar oportuno, declaro írritos y nulos los matrimonios que no se contrajeran en presencia del párroco, vella lio sacerdote de *ipsius parochi seu ordinariilicentia, et duobus vel tribus testibus*. En la forma tridentina del matrimonio el sacerdote no tenia otra función que la de testigo cualificado, es decir la de conocer y comprobar que realmente había tenido lugar el intercambio del consentimiento entre las partes, cuyo carácter de ministros del sacramento se reconocía plenamente. Aunque en la legislación reciente se requiera que la asistencia del párroco al matrimonio no sea mera asistencia pasiva, que simplemente la permita, percibiera y entender lo que en su presencia se realiza, sino una forma de activa cooperativa, en cuanto que él debe pedir y recibir el consentimiento de los esposos, sin embargo su función jurídica de testigo y notificador del hecho de la constitución del vínculo no ha sido alterada. Por eso no está justificada la identificación de su función con la de carácter constitutivo que cumple el funcionario estatal en la celebración del matrimonio fiel, si es que realmente es cierto que la misión de este funcionario es constitutiva.

2.2. ELEMENTOS.

El primer elemento que requiere el derecho canónico para la celebración válida del contrato matrimonial se refiere a los contrayentes los cuales deben tener la capacidad jurídica que establece la norma para poder celebrar dicho contrato y así mismo el determinar que no existe ningún impedimento para la celebración.

Y en punto al fondo al examen de los contrayentes, según lo previsto en el 2 del canon 1020, deberá versar sobre los tres extremos siguientes: ausencia de impedimentos, libertad del consentimiento y conocimiento suficiente sobre la doctrina cristiana; sobre la cual a tenor de a repetida instrucción, habrá si los esposos se hallan incurso en algún impedimento, ya impediendo, ya principalmente dirimente; ora público, ora primordialmente oculto toda vez que más raramente se conoce. Por lo que en especial concierne a la consanguinidad y a la afinidad, deberá fijarse sobre si estas se dan en un grado ignorado por los contrayentes, o que frecuentemente puede atribuirse a disparidad entre el ordenamiento canónico y el civil, el cual a menudo desconoce algunos de estos impedimentos establecido por el derecho eclesiástico. Y si hay que impenetrar dispensa, se añadirá a las preces un árbol genealógico, se describirá el impedimento con rigor técnico, procurando evitar confusiones y se expresara la justa causa para la concesión de la misma. Relativamente al posible impedimento de ligamen, vigilara los párrocos para evitar a todo trance que de buena o mala fe, realicen nuevas uniones conyugales quienes se hallen ligados con un vínculo precedente, a cuyo fin no asistirá al nuevo matrimonio hasta tanto no les conste legítimamente y con certeza la disolución o nulidad anterior.

En relación al segundo extremo ósea a la libertad de consentimiento, los párrocos han de percatarse que uno de los principales capítulos de nulidad de matrimonio que se alegan en los tribunales eclesiásticos o constituye la violencia y el miedo, por ello el párroco interrogara a los esposos sobre si desean contraer matrimonio libre y espontáneamente, o si van a el compelidos por coacción física o moral, o por inoportunas suplicas inasistencias de alguien. Esto lo inquirirá

principalmente de la esposa, la cual es mas fácilmente susceptible de ser afectada por el miedo. Y relativamente el tercer externo, indagara el párroco si los contrayentes conocen suficientemente la doctrina cristiana y si tienen un concepto claro de la santidad y de la indisolubilidad del matrimonio cristiano, y de las obligaciones inherentes al estado conyugal a menos que atendida la condición de las personas resultare inútil tal exploración.

Otro capitulo que, en los lugares donde el obispo lo estime conveniente, deberá ser tenido encuentra el examen de los contrayentes, es el de si esto intentan contraer las nupcias añadiendo alguna intención o condujo que pudiere hacer ineficaz el consentimiento; pues desgraciadamente no falta en ciertas regiones, y principalmente en las grandes ciudades, quienes supeditan el consentimiento matrimonial a intenciones o condiciones que lo hagan irritó, lo cual les proporciona un medio de eludir mas tarde su yugo y concertar una nueva unión.

Y por lo que atañe a la observancia de la forma canónica , procurar evitar los principales casos que suelen dar lugar a la nulidad de las nupcias como la falta de testigos por legitima delegación del sacerdote asistente tendían todo con toda la diligencia a que se cumplan la prescripciones canónicas relativas a la validez y licitud de la asistencia al matrimonio.”³⁶

De donde tenemos que en primer lugar se debe atender a la existencia del *ius conubii* de los contrayentes, es decir, del derecho que tienen todos los seres de contraer matrimonio excepto en los casos donde la norma lo prohíbe y así mismo debemos considerar todos los requisitos que va exigiendo la ley para contraer matrimonio que en las instrucciones de las sagradas congregaciones se han establecido como requisitos que se deben cumplimentar antes de la celebración del matrimonio y que vienen a ser en unos casos formalidades que si no se cumplen puede traer la nulidad real y objetiva del contrato matrimonial.

³⁶ M. Mans Puigarnau, Jaime. *Derecho Matrimonial Canónico*. Barcelona 1959. Bosch. P.60

La regulación de los impedimentos, del consentimiento y de la forma canónica del matrimonio, tanto en la disciplina antigua como en la legislación vigente, no solamente constituía y constituye la base del sistema sino que manifiesta la tónica fundamental de todo el ordenamiento canónico de las nupcias. Mas debemos añadir ahora que dentro de esta trilogía, esquema y paradigma de nuestro derecho matrimonial el tratado del consentimiento representa el eje o el centro de gravedad en torno al cual giran las restantes materias.

Y ello es así por imperativo de la misma concepción cristiana de las nupcias, tan fundamentalmente diversa de la pagana y aun de la romana, por cuanto aquella que parte como esta última del principio de la monogamia considera, en cambio el matrimonio como verdadero contrato, singularísimo y el de los bautizados además como sacramento, cuya dignidad ni se le añade como que accidentalmente le sobreviene, sino que se identifica realmente con su naturaleza contractual. De la mera consideración del matrimonio como contrato ya se infiere la decisiva función del consentimiento de las partes como elemento especial de aquel pero si además se le contempla como sacramento, la importancia de aquella función sube de punto por que siendo inseparable realmente del contrato, los ministros del sacramento son los propios contrayentes en consecuencia su consentimiento es también elemento esencial del sacramento. Y si a mayor abundamiento paramos mientes en que el matrimonio infiero según habremos de sino que basta el acto de la voluntad por el cuales seguidamente, es un contrato consensual, para cuya perfección no se requiere, como en los contratos real, la *traditio rei*, esto es la entrega material de la cosa sino que basta el acto de voluntad por el cual las partes se transfieren mutuamente el derecho la misma, se vendrá a la conclusión de que el consentimiento y solo el consentimiento constituye la causa eficiente, el elemento creador, el germen productor del matrimonio. Y consistiendo esencialmente el matrimonio *in facto esse* en el vínculo exclusivo y perpetuo establecido entre las partes por virtud del contrato, producido a su vez por su mutuo consentimiento, puede afirmarse categóricamente de toda la esencia del matrimonio tanto *in fieri* como *in facto esse*, depende de la válida presentación de verdadero consentimiento, procediendo consiguientemente la

proclamación del principio *nuptias consensus facit* de cuya recepción y formulación en el ordenamiento legal vigente nos ocuparemos en breve.

Por otra parte dejando, aun lado el fin primario del matrimonio mas la iglesia no solo se ha preocupado de enderezar al matrimonio a los fines por los cuales fue instituido, sino que ha velado constantemente por el sostenimiento de sus propiedades esenciales, la unidad y la indisolubilidad, excluyendo así la poligamia, tanto simultanea como sucesiva de conformidad con las exigencias elementales de la dignidad humana, y elevando, al nivel de la del varón la condición social de la mujer. Y como tales propiedades pertenecen a la ausencia de las nupcias por razon de su misma naturaleza, la iglesia al reafirmarlas restauro a la plenitud de su ser al matrimonio depurándolo de las imperfecciones y rectificando las desviaciones que sufrió ya que propende por causa de la flaqueza humana proponiendo a toda la humanidad el matrimonio natural, restituido a su *pristina pure*, y reconociendo su VALIDEZ aun entre los infieles como matrimonio legítimo, con tal que el vínculo puramente natural conserve dichas dos propiedades esenciales, para sobre esta base universal conceder a su vez un rango sobre natural a la propia unión conyugal de los bautizados exaltada por Cristo a la dignidad de sacramento, por cuya virtud precisamente cobra firmeza peculiar la unidad y la indisolubilidad del vínculo.³⁷ pues bien si la iglesia ha podido realizar esta magna obra de restauración del matrimonio natural para la universalidad de las gentes, como necesario presupuesto de la elevación de los cristianos a la vida de la gracia, ha sido ante mediante reconocer pleno valor al *naturalis consensus*; ya que solo por el consentimiento de las partes puede constituirse un vínculo que las una en mutua servidumbre con carácter exclusivo y perpetuo.³⁸

Verdad es que para la validez del matrimonio, además de la prestación del verdadero consentimiento, que presupone la capacidad de los contrayentes, de prohibiciones legales irritantes y la observancia de la forma canónica; pero no es menos cierto que tanto los impedimentos como la forma se imponen por el

³⁷ Canon 1013. C.I.C. 1917

³⁸ Giacchi. *consenso nel matrimonio canonico*, milano, 1950, p. 28

ordenamiento³⁹ por razones generales externas a los sujetos, y que el elemento consensual, en cambio, lo reclama antes que el ordenamiento, la propia naturaleza substancial del matrimonio, e interesa ante todo a los esposos y se forja en el mundo interior en el cual se constituyen los elementos substanciales del negocio antes que devengan elementos formales y por ende jurídicos.

De las precedentes consideraciones resulta clara la trascendencia del consentimiento de las partes como punto crucial o clave del régimen matrimonial canónico, pero la importancia y mas aun la necesidad de su concienzudo y cuidadoso estudio, cobra especial relevancia para los juristas seculares, si se atiende a que precisamente dentro del capítulo del consentimiento se suscitan las mas arduas y sutiles cuestiones doctrinales, y que por razón del defecto o de los vicios del mismo suelen promoverse intrincadas y difícilísimas causas matrimoniales, cuyas sabias soluciones y decisiones, así como los principios en que unas y otras se inspiran a menudo resultan incomprendidos por mentalidad laica, y por consiguiente dispares de los que informan y aplican las normas del derecho civil sobre tan importante materia. Particularmente, en orden a los efectos de simulación del consentimiento matrimonial y de su prestación bajo condición se producen las mayores antinomias entre el ordenamiento eclesiástico y el profano, las cuales desaparecerían en gran parte si los legisladores civiles, y en general los jurisconsultos, libres de precio, políticos o de escuela estudiasen profundamente las sapientísimas legislación y jurisprudencia sobre el matrimonio canónico, pues el llamado matrimonio civil, en todos los países cultos, no es otra cosa que una mera deformación del religioso un matrimonio laico, es decir secularizado.⁴⁰

Oportunamente advertimos que el ordenamiento matrimonial canónico históricamente, presentaba un carácter predominantemente prohibitivo o negativo y que la elaboración de un derecho constructivo y sistemático era obra moderna. Y de ello constituye una buena prueba el concepto omnicomprensivo de los impedimentos en el derecho antiguo, dentro del cual se incluían, no solamente los

³⁹ Ob. Cit Giacchi, p. 21.

⁴⁰ Giacchi .*consenso nel matrimonio canónico*, milano, 1950. P.29

impedimentos en sentido estricto sino también la falta y los vicios del consentimiento y el defecto de forma canónica. Pues bien esta preponderancia del aspecto negativo sobre el positivo del régimen nupcial, perdura aun en la actualidad, no solo en el capítulo relativo a los impedimentos propiamente dichos, que esencial y formalmente consisten en terminantes prohibiciones acompañadas de la correspondiente sanción legal sino también en el área del consentimiento matrimonial, sobre cuyo contenido positivo poco se encuentra en la ley, en la jurisprudencia y en la literatura canónica, en comparación con la riqueza de normas legislativas, de decisiones judiciales y de construcciones doctrinales concernientes al aspecto negativo de la voluntad matrimonial, presente bien de la incapacidad subjetiva para la misma prestación del consentimiento, bien defecto de este o de los llamados vicios del mismo. Ello se comprende por cuanto por mucha que sea la importancia de la consideración del contenido positivo del consentimiento desde el punto de vista religioso, ético psicológico y social, en el ámbito jurídico interesa preferentemente la delimitación de los capítulos en méritos de los cuales pueda darse lugar a las correspondientes causas de nulidad de matrimonio por razón de defecto o vicios consensuales. Y la explicación esta en el argumento, al que en general, aludimos al tratar de la naturaleza jurídica de los impedimentos matrimoniales. Y es el que atendida la singularísima importancia social de la institución del matrimonio, el legislador al regular, se coloca en el mismo plano de elementalidad en que aparece situado al organizar la defensa del mundo jurídico en general contra la antijurídica, definiendo negativamente todos aquellos obstáculos que pueden erguirse en otras tantas causas de perturbación del orden jurídico, fundamental y así de igual manera prepara la protección del mundillo jurídico, matrimonio delimitando también con perfiles negativos todas aquellas circunstancias que, sean del orden que fueren, por oponerse a la santidad, honestidad y jurídica del matrimonio pueden convertirse en otra casusa de nulidad o de ilicitud del mismo.⁴¹

Finalmente la función primordial del consentimiento dentro del derecho matrimonial canónico, cuya regulación se sitúa en la cúspide de todo el sistema,

⁴¹ Knecht. *Derecho matrimonial católico*, Madrid 1932, p. 16.

parece también confirmada por el hecho de que el legislador, que se abstuvo de definir la propia institución del matrimonio, ofrece en cambio una definición legal del consentimiento, de estilo científico y académico, cuyo sentido alcance habrá de ser objeto del oportuno comentario en el lugar correspondiente.

Eficacia, necesidad y suficiencia del consentimiento. Hemos anticipado que el elemento creador o mejor, la casusa eficiente del matrimonio es el consentimiento de los contrayentes, es decir del varón y de la mujer de cuya unión se trata. El invocado principio ha sido recibido absolutamente en el código de derecho canónico formulado en su canon 1081 en los siguientes términos: el matrimonio, lo hace el consentimiento de las partes, entre personas hábiles por derecho, legítimamente manifestado; el cual no puede ser suplido por ninguna potestad humana.

Ahora bien la plena eficacia del consentimiento para producir el matrimonio es lógica consecuencia de su naturaleza jurídica de verdadero contrato pues el consentimiento es elemento esencial de toda relación contractual y por consiguiente sin el, no hay contrato matrimonial posible.

La absoluta necesidad del consentimiento resulta de la índole singularísima y sui generis del matrimonio de tal suerte que aquel no puede ser suplido por ninguna potestad humana. Por lo tanto la existencia efectiva del acto de voluntad de los contrayentes, como elemento constitutivo del consentimiento es esencial para que haya matrimonio válido, de modo que el derecho canónico no admite posibilidad alguna de sustitución de la voluntad de los esposos, que acaso faltare efectivamente, mediante la intervención de la llamada voluntad del ordenamiento jurídico, por la terminante disposición del citado canon, tan densas en consecuencias, en méritos de la cual se excluye del ámbito del derecho matrimonial de la iglesia el principio de responsabilidad, fundado en la protección de los derechos de terceros o de la otra parte, por cuya virtud el sujeto responsable de la discordancia entre su voluntad interna y la manifestación de la misma, debería considerarse obligado por esta y estar a las consecuencias jurídicas. Antes al contrario, aunque tal discordancia sea imputable al sujeto, como

acontece en la simulación la iglesia sostiene, en la plenitud de su imperio, el principio que requiere que a la manifestación externa indispensablemente ha de corresponder la voluntad interna, esto es, la exigencia absolutamente ineludible de la efectiva voluntad matrimonial.⁴²

En suma, faltando el consentimiento de los contrayentes, por la razón que fuere, ya sea el defecto consensual involuntario, esto es, no querido por la parte, como el originando en la capacidad de los contrayentes en cuanto a los sujetos del matrimonio, o en el error que versa sobre lo que constituye las sustancia del negocio, sea de hecho o de derecho, o en la fuerza física e irresistible y en el miedo terrorífico que perturba la razón ya sea voluntario, es decir querido por el sujeto, como el causado por la simulación total o parcial ⁴³y por el juego , ya sea en fin en la hipótesis intermedia del matrimonio condicional, motivado por el incumplimiento de la condición; la clausula del canon 1081, *consensus nulla humana protestate suppleri* valet, rige absolutamente, sin posibilidad de atenuación ni de excepción alguna.

El consentimiento matrimonial existe aunque estuviese afectado por algún vicio, como sea la voluntad viciada, es voluntad, en principio sobre ella puede sostenerse el matrimonio y por tanto el imperio de la regla proclamada en el citado canon ya no alcanza a los supuestos del consentimiento viciado con tal de que en algún modo exista consentimiento aunque la normalidad del proceso psíquico que concluye en el acto o determinación efectiva de la voluntad, en que el consentimiento consiste, haya sido alterado por algún vicio recayente en aquella. Pues en tal hipótesis, por lo mismo que el sujeto manifiesta exteriormente una voluntad viciada, existe efectivamente no puede hablarse de discordancia o contradicción entre la voluntad interna y su manifestación externa, y por consiguiente, el legislador es libre de apreciar y por ende de determinar legalmente según su prudente criterio, el efecto positivo o negativo de los vicios del consentimiento. Mas como el vínculo matrimonial por ley divina es perpetuo, descartada la posibilidad de la rescisión del contrato al legislador eclesiástico no le

⁴² Ob. Cit. Giacchi. P.39

⁴³ Canon 1086. C.I.C. 1917

queda otra alternativa que declarar la nulidad o la validez del matrimonio, bien indistintamente por todos o bien solamente por algunos de dichos vicios⁴⁴ es decir que ante el cuadro o tripartición clásicos de los vicios de la voluntad por causa de error, de dolo o de violencia, el ordenamiento canónico podría declarar que el error de hecho o de derecho recayente en una mera cualidad de la persona o en una propiedad, siquiera esencial del negocio no invalida el contrato matrimonial con excepción del error de condición servil que por el contrato lo hace nulo, así como la violencia o coacción moral, o miedo grave o que también es causa grave de nulidad, prescindiendo aquí naturalmente del error sobre los elementos constitutivos de la misma así como la violencia o coacción moral, o miedo grave, que también es causa de nulidad⁴⁵, prescindiendo aquí naturalmente del error sobre los elementos constitutivos de la misma sustancia del negocio, esto es que versa sobre la persona o la cualidad identificante de la misma o acerca de la naturaleza esencialísima de la propia institución matrimonial así como de la simulación y del juego de la fuerza física a la que no se pueda resistir y del terror que perturba enteramente el uso de la razón, pues todos los supuestos, juntamente con el de la incapacidad subjetiva para la misma prestación de verdadero consentimiento matrimonial, constituyen causas determinantes de defecto o falta de este, mas bien que meros vicios de mismo, cuyo defecto, repetimos, no puede ser suplicado en alguno por el legislador humano.

Finalmente el consentimiento de las partes no solo es plenamente eficaz y absolutamente necesario, sino además, suficiente para constituir el contrato, por el cual a su vez se crea el vínculo matrimonial, o sea, que los dos principios *nuptias consensus facit* y *consensus matrimonialis nulla humana potestate suppleri valet*, han de conjugarse con un tercero: *matrimonium solo consensu perficitur*, e *matrimnio se perfecion asolamente* por el consentimiento, es decir que natural e intrínsecamente, fuera del verdadero consentimiento de los cónyuges, nada mas se requiere para la perfección del contrato matrimonial.⁴⁶ Pues el matrimonio no

⁴⁴ Canon 103 y 104 p.302

⁴⁵ Canon 1087 C.I.C. 1917

⁴⁶ Canon 1139. C.I.C. 1917

solamente es ante todo un contrato, y segundo lugar, un contrato *sui generis*, en último término es un contrato consensual, para cuya perfección no se requiere, según ya se dijo, la *traditio rei* como acontece en los contratos reales, sino que basta el mero consentimiento de los otorgantes.

El principio de la consensualidad de la relación matrimonial fue ya afirmado por el derecho romano, cuya fórmula es: *nuptias, non concubitus sed coneensus facit*, el matrimonio se efectúa no por la copula o unión sexual, sino por el consentimiento. Esta concuerda con la doctrina católica acerca del consentimiento matrimonial si quiera la concepción romana de las nupcias con arreglo a la que el consentimiento que produce el contrato matrimonial en cuya virtud se establece a su vez el vínculo conyugal perpetuo e indisoluble; por eso esta otra fórmula romana del mismo principio: *non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*, el matrimonio lo hace, no el ayuntamiento de los cuerpos, sino el afecto marital; no puede tomarse a la letra, sino tan solo en el sentido de colocar en plano secundario a la unión física o somática, reconociendo la preferencia del elemento psíquico o consensual.

Esta doctrina fue aceptada por los padres de la iglesia, los cuales inspirados en el ejemplo del sagrado enlace de la santísima virgen María y san José y fundados en los textos escriturarios que da a María los nombres de mujer y esposa de José, y a este los de marido y esposo de aquella, no vacilaron en afirmar que entre los castos esposos hubo real y verdadero matrimonio, a pesar de no haber sido consumado y por la consumación no es óbice para la existencia del vínculo conyugal; pues la consumación, consecuencia de la comunidad de lecho mesa y habitación, pertenece a la integridad mas no a la misma esencia del connubio, la cual puede subsistir, aun faltando la comunidad de vida.

A guisa de escollo debemos observar que si bien hemos afirmado absolutamente plena eficacia y la ineludible necesidad del consentimiento para producir el matrimonio, el aserto de su insuficiencia no puede sostenerse en términos absolutos, sino más bien relativamente en el sentido expuesto, esto es que el consentimiento es bastante para constituir el connubio respecto de la

copula conyugal que no se requiere para su perfección, pero el legislador puede exigir otros requisitos como formalidades extrínsecas, para la validez del matrimonio, si bien para su constitución intrínsecamente basta solo el consentimiento. Tal es la forma canónica que la iglesia exige a partir del Concilio Tridentino⁴⁷ no solamente *ad provisionem*, sino también *ad solemnitate*, y por tanto como condición *sine quam non* para la validez de las nupcias, con sanción de nulidad del acto en el caso de que se celebrase sin su observancia. En otros términos se dice que el consentimiento es suficiente para constituir el matrimonio en el sentido de que se requiere otra cosa que el consentimiento de los contrayentes; pero no el sentido de que extrínsecamente no puedan exigirse determinadas formalidades legales para la celebración del matrimonio que por los mismo, tiene también el carácter de acto formal.

Lo hasta aquí constituye el comentario sobre la declaración inicial del canon 1081, relativa al consentimiento de las partes como elemento generador del matrimonio, sobre la final que proclama la posibilidad de ser suplido por ninguna potestad humana; mas para contemplar la glosa de dicho texto legal precisa una breve explicación de las locuciones intermedias que afirman que dicho consentimiento ha de otorgarse entre personas hábiles por derecho y que debe ser manifestado legítimamente.

Cuando la ley dice que el consentimiento matrimonial ha de ser otorgado entre personas hábiles por derecho, considera esta habilidad o capacidad jurídica en sentido amplio, comprendiendo toda posibilidad legal para su prestación eficaz por parte de las personas. Con lo cual se hecha de ver que en la citada locución está implícita una doble referencia, osea que con ella el legislador salude tanto a la ausencia de prohibiciones legales irritantes de que trata el código en el capítulo anterior bajo la rúbrica de los impedimentos dirimentes, como a la presencia de la aptitud subjetiva de los contrayentes para prestar verdadero consentimiento, requerida por el canon 1082. Pues una cosa es la capacidad propiamente dicha,

⁴⁷ De sancto matr. Sacr., lib.II dist.28

necesaria para la misma existencia del consentimiento para que dicho consentimiento produzca un válido matrimonio.

Y cuando la ley dice que el consentimiento matrimonial ha de ser manifestado legítimamente, considera también esta legitimidad en sentido amplio, es decir, comprendiendo de la misma no solo la observancia de la forma canónica y demás solemnidades, de que trata el código en el capítulo siguiente⁴⁸, sino también los demás requisitos relativos a la expresión del consentimiento exigidos por los cánones 1088 a 1091.

Su definición legal en el canon 1081 se formula una definición legal del consentimiento matrimonial del tenor literal siguiente: el consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual ambas partes se entregan y aceptan el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo, en orden a los actos de suyo aptos para la generación de la prole. Si alguien echase de menos una definición legal del matrimonio, debería reconocer que el aparente vacío está colmado con esta del consentimiento matrimonial, pues considerando el matrimonio como contrato, en ella se comprenden los tres elementos esenciales del mismo: el consentimiento o acto de voluntad verdaderamente matrimonial; el objeto, o derecho sobre el cuerpo en orden a los actos que se indican y la causa que en este contrato, como oneroso que es; consiste para cada parte en la prestación que le es debida por la otra; y considerando como institución, o vínculo por el que se establece la sociedad conyugal, en ella figuran también propiedades esenciales, o sea la indisolubilidad o perpetuidad y la unidad o exclusividad, así como su causa final o formal, o sea, su fin primario, consiste en la generación de la cual se ordenan los actos de suyo aptos a tal fin, cuyo derecho se entrega y aceptan mutuamente los contrayentes.

Ahora bien de la definición expuesta se colige que el consentimiento matrimonial consiste ante todo y genéricamente en un acto de la voluntad, por tanto no meramente externo, sino originariamente interno, y este acto de la voluntad, a guisa de continente, comprende en cierto modo todo lo demás que en

⁴⁸ Canon 1013. C.I.C. 1917

dicha definición expresa como contenido u objeto esencial del mismo consentimiento.

La precedente definición teórica y académica del consentimiento matrimonial, y el inmediato siguiente 1082, referente al necesario conocimiento práctico que los contrayentes han de tener del matrimonio para que pueda haber consentimiento matrimonial⁴⁹ cuyas normas han sido de intento colocadas inmediatamente para hacer resaltar su contraste, atendidas sus diversas finalidades, y al mismo tiempo para patentizar que este no supone en modo alguno contradicción o antinomia entre las mismas, pues el primero de muchos textos legales contempla el consentimiento desde el punto de vista cognoscitivo y lógico, y por eso formula de el una definición docta e implacable científicamente, y el segundo lo considera en el aspecto entitativo u ontológico, y en orden a la causalidad y la correlativa efectividad de dicho consentimiento, requiriendo para ello tan solo un concepto hipo sustancial del matrimonio, expuesto adrede por el legislador en términos sabiamente indoctos, confusos a decir que basta que los contrayentes no ignoren, al menos que el matrimonio es una sociedad permanentemente varón y mujer para procrear hijos ⁵⁰ esto es, que su voluntad matrimonial contenga la adhesión efectiva era este núcleo esencialísimo, aunque errasen en los demás que respecta a la naturaleza del conyugio⁵¹ para que tal acto de voluntad tenga el alcance y produzca todos y cada uno de los efectos clara y terminantemente definidos en el canon 1081, con tal de que los contrayentes no excluyan positivamente lo demás que este texto legal comprende en la esencia plena del consentimiento matrimonial. Y ello es así porque lo harían los contrayentes de haber conocido toda la verdad relativa a la esencia del matrimonio pertenece la orden conjetural y ni tiene relevancia jurídica por tratarse de una voluntad interpretativa, la cual no existe en el orden de la naturaleza y realidad de las cosas y por consiguiente es del todo importante.⁵²

⁴⁹ Sentencias de la S. Rota Romana de 10 de noviembre de 1930, coram Manucci.

⁵⁰ Canon 1082. C.I.C. 1917

⁵¹ Canon 1084. C.I.C. 1917

El consentimiento que consiste en el acto de la voluntad matrimonial, y por lo tanto originalmente interno ha de estar necesariamente adornado de diversas cualidades esenciales, requiriéndose la concurrencia de todas, esto es, que se den cumulativamente, de tal suerte que si faltare alguna de ellas, faltaría también el consentimiento.

Además de estas cualidades esenciales, la ley exige otros requisitos, no ya para la mera existencia del consentimiento, sino para su eficacia jurídica, para que pueda producir un matrimonio válido de las cualidades esenciales del consentimiento matrimonial, unas se requieren por parte de las personas, ora en cuanto sujetos del matrimonio, ora en cuanto objeto material del mismo, y otras por parte del mismo consentimiento.

En cuanto a los sujetos del matrimonio es preciso que el consentimiento se dé entre personas capaces de derecho, a reserva de lo que se expondrá extensamente al ocuparnos de la capacidad subjetiva de las partes para la válida prestación del consentimiento matrimonial debemos anticipar ahora que cuando el código, en su canon 1081 exige que los contrayentes sean personas in iure hábiles se refiere a la capacidad en general, en sentido amplio comprendiendo no solo la capacidad en sentido estricto determinada por el derecho natural y la norma del canon 1081, del cual es trasunto, sino también la ausencia de impedimentos dirimentes o prohibiciones legales irritantes del matrimonio.

Sin embargo esta capacidad tomada en su sentido amplio se requiere tan solo para la eficacia del consentimiento, es decir, para que produzca un matrimonio válido, mas no es necesaria para la misma existencia del consentimiento, o sea, para que pueda haber verdadero consentimiento matrimonial, a saber de suyo, apto para que sobre el pueda exigirse la eficacia del consentimiento y por lo tanto para la validez del matrimonio, sino como cualidad esencial del consentimiento, para la misma existencia de este en cuanto tal es únicamente la determinada en el invocado canon 1082.

En cuanto a objeto material del contrato se requiere que el consentimiento medie entre personas determinada o sea, que cada parte otorgue su acto de voluntad debe recaer o referirse al objeto explícita o implícitamente determinado.⁵³

Este requisito ha de tenerse muy presente cuando se trate de dilucidar la nulidad de un matrimonio contraído por error acerca de la persona⁵⁴, o por error de cualidad que redunde en la misma persona, esto es que, a servidlo para identificarla o cuando la cualidad haya sido deducida en condición.⁵⁵ Así si alguien tiene la firme voluntad de contraer nupcias con persona noble, siendo tal voluntad genérica e indeterminada, la falta de cualidad no constituye causa de nulidad del matrimonio contraído con persona cierta, si tal cualidad no sirvió para identificarla o no que puesta como condición para la eficacia del consentimiento, puesto que este ha de recaer en ultimo termino en otra persona individual, y no en sus cualidades, aunque ellas reales o no hayan sido la causa del contrato.

Por parte del mismo consentimiento este ha de ser:

- a) Verdadero quiere decir que cada contrayente ha de tener la intención efectiva, seria y sincera de obligarse en justicia frente a la otra parte, que en primer lugar no basta con el deseo siquiera bilateral pero firme que fue, sino que se requiere la decisión de la voluntad, y en segundo lugar, siendo el consentimiento un acto de voluntad interno, tampoco basta un acto meramente externo que corresponda a una intención o un acto volitivo inicialmente interno.

No se requiere que dicha intención verse explícitamente sobre todo cuanto pertenece a la esencia del matrimonio que sea implícita es decir, que la voluntad matrimonial no se contrarreste por otra intención positiva o acto volitivo tendente a excluir algo de lo perteneciente a dicha esencia del conyugio.⁵⁶

Más tratándose de la intención o voluntad matrimonial, o animó de contraer matrimonio, ya sea la intención o voluntad de excluir algo de lo que pertenece a la

⁵³ Capello, praxis processualis.1940 pag.544

⁵⁴ Canon 1083. C.I.C. 1917

⁵⁵ Canon 1092, num 4 C.I.C. 1917

⁵⁶ Sentencias de la S. Rota Romana de 20 de enero de 1926.

esencia del contrato, mismo ya sea la intención o voluntad de someter este a condición; hay que distinguir la intención actual, la virtual, la habitual.

La intención o voluntad actual es la que se tiene real y positivamente en el mismo momento o acto de la celebración del matrimonio, la cual evidentemente es suficiente, pero no absolutamente necesaria para la existencia del consentimiento, pues para ello frecuentemente basta con la intención o voluntad virtual.

La intención o voluntad virtual es la que tuvo antes, real y positivamente la cual, en su origen fue actual, y que no solo persevera por no haber sido revocada, sino que además influye en el mismo acto de la celebración del matrimonio. Tal es el caso del matrimonio contraído por procurador el cual es válido aunque en el momento de la celebración el poderdante estuviese dormido, embriagado hipnotizado; puesto que la intención actual que tuvo en el momento del otorgamiento del poder, no solo perdura por no haber sido revocada, sino que influye en el acto de la celebración del matrimonio por el procurador, por que este tiene plena advertencia o discernimiento de mismo. Lo propio ha de decirse de los contrayentes que se dirigen al altar previa la decisión deliberada de contraer matrimonio, aunque en el acto de la manifestación material del consentimiento estuviesen distraídos o turbados por la emoción.

La intención o voluntad habitual es la que también se tuvo anteriormente y que perduro por no haber sido revocada, pero que no influye en modo alguno en el acto de contraer matrimonio, este sería el caso de que alguno de los contrayentes, siquiera antes hubiese tenido sin haberla revocado después intención de contraer matrimonio en el acto de su celebración se hallase en estado de embriaguez perfecta, en cuyo supuesto el matrimonio sería inválido, pues siendo tal acto nulo de derecho, no puede ser receptáculo de influencia o virtualidad alguna.

Finalmente, la intención o voluntad interpretativa es la que no se tuvo antes ni se tiene en la actualidad porque su objeto nunca ocupó la mente del agente pero consiste en tal disposición de ánimo que la tendría si lo ocupara, cuya intención por lo mismo que no se da en la realidad o naturaleza de las cosas, no tiene relevancia jurídica alguna.

A todos los efectos indicados se requiere necesariamente la intención actual o por lo menos virtual, sin que basten en modo alguno la habitual y la interpretativa, las cuales en la práctica muchas veces no distinguen, por tanto el matrimonio se consideraría puro y valido si el contrayente, sin haber puesto en modo alguno por un acto formal de la condición de virginidad de la esposa, estuviese solamente en tal disposición habitual de ánimo, de abstenerse de aquel matrimonio si supiese que la mujer esta desflorada.

Deliberada, puesto en plena advertencia o discernimiento de la mente acerca del acto, previa la ponderación o estimación del mismo para que a voluntad pueda quererlo, es decir, adherirse a el mediante el ejercicio de su libre albedrío.

Mas ya se verá más adelante que no hay que confundir esta libertad interna, que presupone la deliberación, exigida por la ley natural como cualidad esencial del consentimiento y por ende para la misma existencia o validez de este; con la libertad externa o ausencia de coacción, la cual siquiera fundada en el derecho natural, se requiere por la ley positiva de la iglesia únicamente para la eficacia jurídica del consentimiento, para que este pueda producir un valido matrimonio.

Mutuo, esto es, prestado por ambas partes, pues el matrimonio es un contrato bilateral oneroso que impone obligaciones a cada uno de los dos contrayentes para lo cual es preciso también que ambos otorguen su consentimiento.

Por consiguiente, no es voluntad unilateral, ni siquiera la voluntad de ambas partes, pero independiente, inconexa o aislada, sino el acuerdo por conjunción de la voluntades lo que produce el consentimiento.

Aunque el consentimiento mutuo de los contrayentes deba ser simultaneo -dice CAPELLO- no se requiere empero que lo sea físicamente esto es, que sea prestado al mismo tiempo por ambas partes, sino que basta que sea moralmente simultaneo, a saber que el consentimiento del uno persevere todavía cuando el otro consiente. Pues no por razón de control ni por razón del sacramento se exige mayor simultaneidad y unidad que la moral. No se exige por razón del contrato, porque si el consentimiento de una parte, una vez otorgado, o fue revocado,

perdura moralmente y por consiguiente, el consentimiento de la otra parte pueda unírsele y así constituir el consentimiento mutuo no se exige por simultaneidad que exige la naturaleza del sacramento; como la naturaleza de este sacramento consiste en el contrato, no exige más simultaneidad que la moral.

Se discutía acerca del espacio de tiempo que podía mediar ente el consentimiento de una y otra parte, para considerar que todavía subsistía la requerida simultaneidad moral, así según las diversas opiniones de los autores proponían diversos intervalos concretos, más una cosa es tratar de la presunción, sobre si ha de considerarse que persevera todavía el consentimiento después del transcurso de largo tiempo, y otra es referirse a la validez del matrimonio, en tanto ciertamente que el consentimiento no fue revocado; pues es indudable que el matrimonio puede ser válido; por largo que sea el lapso de tiempo, si el consentimiento en tanto persevera, en cuanto no haya sido explícita o implícitamente revocado; cuyo aserto se confirma por la doctrina y por la práctica de sanar *in radice los matrimonios* aun después de muchos años de la presentación del consentimiento, valido solamente por derecho natural, si bien ineficaz por razón de algún impedimento dirimente en virtud de la presunción de perseverancia del consentimiento otorgado mientras no conste su revocación establecida en el canon 1093. Mas debe tenerse en cuenta que si bien tal simultaneidad moral es bastante para que el consentimiento se considere mutuo, y por tanto para la mera existencia o validez intrínseca del mismo,, no lo es siempre para la mera existencia o validez intrínseca del mismo, no lo es siempre para que este pueda reputarse como eficaz jurídicamente, puesto que aun que esta posibilidad todavía pueda darse después del decreto Tametsi del concilio de Tridentino⁵⁷ mucha mayor dificultad existe después de las partes por si o por procurador, cuyo consentimiento a de pedir y recibir el sacerdote.⁵⁸

Manifestado exteriormente ósea que para constituir el consentimiento matrimonial no basta la mera voluntad o intención interna, sino que se requiere su manifestación externa, mediante algún signo sensible, como palabras gestos, etc.;

⁵⁷ Sánchez, de sacto matr. Sacr. Lib.II, nn. 16-47

⁵⁸ canon 1095. C.I.C. 1917

y ello tanto por razón del contrato, en virtud del principio de derecho internamente *retenta in humanis contractibus nihil operatur*, como por razón del sacramento, el cual consiste esencialmente en un signo sensible.

Sin embargo, no hay que confundir la simple manifestación externa exigida indispensablemente por el derecho divino como cualidad esencial de consentimiento y por tanto para la misma existencia o validez de este, con la manifestación legítima del consentimiento⁵⁹ requerida por la ley eclesiástica solamente para la eficacia jurídica del consentimiento, o sea para que esta pueda producir válido matrimonio, pues tal legitimidad no solo comprende la mera manifestación externa sino también los requisitos legales relativos a modo como esta debe verificarse, de que tratan los cánones 1088 siguientes especialmente las prescripciones concernientes a la observancia de forma canónica, contenidas en el cap. VI del tit. VII, cánones 1094 y siguientes.

b) Requisitos exigidos solamente para la eficacia jurídica del consentimiento las cualidades esenciales del consentimiento necesarias para la existencia, y los requisitos para que tal consentimiento matrimonial produzca un matrimonio, vamos a mencionar los demás requisitos positivos para la validez del matrimonio:

Por parte de las personas para que el consentimiento matrimonial sea no solo válido en cuanto tal, es decir, idóneo para que sobre él pueda erigirse y sostenerse el matrimonio, sino además eficaz jurídicamente, que produzca un matrimonio válido; se requiere no solamente la capacidad subjetiva de las partes determinada en el Canon 1082, sino también la exención de impedimento dirimente y prohibiciones legales irritantes del matrimonio.

La presencia de impedimentos dirimentes tan solo basta a la validez del matrimonio, mas no a la misma existencia o virtud intrínseca del consentimiento.

Por parte del mismo consentimiento no solo se requiere por derecho natural que el consentimiento sea verdadero, en cuanto que originalmente responda a un

⁵⁹ Canon 1081. C.I.C. 1917

acto interno de la voluntad, matrimonial y deliberado, puesto que previa la advertencia y el discernimiento del acto pues, ambas cosas son necesarias para la misma existencia del consentimiento, y en virtud del derecho positivo hace falta que el consentimiento sea libre, presentado sin violencia o miedo, pues tal coacción, lo vicia de suerte que le priva de la eficacia de producir un matrimonio jurídicamente válido.

Por derecho natural para la existencia del consentimiento basta con que sea mutuo y manifestado exteriormente; por derecho positivo se requiere a demás para la eficacia jurídica, o sea, para la validez del matrimonio que al otorgar el consentimiento ,los contrayentes se hallen presentes por si mismos o por medio de procurador⁶⁰. Finalmente también para la validez del matrimonio se requiere no solo la manifestación externa del consentimiento, sino que esta se haga legítimamente, es decir, con sujeción a las prescripciones legales aludidas, y especialmente mediante la observancia de la forma canónica.

LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES.

Los impedimentos vienen a ser circunstancias de la naturaleza o de la norma que impiden la celebración válida del contrato matrimonial y a este respecto la legislación ha establecido los impedimentos que de existir impiden la celebración válida del matrimonio.

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 connubii* que viene a ser la capacidad que tiene la persona para constituir el vínculo conyugal a través de su consentimiento. El *ius connubii* así mismo expresa la autonomía de la persona 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:

⁶⁰ Canon 1088

Es decir el *ius conubii* viene a ser el derecho que tienen todos los hombres de contraer matrimonio este derecho puede ser impedido su ejercicio cuando existe una circunstancia de la naturaleza o una prohibición legal para contraer en forma válida el matrimonio.

Canon 1057:

“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.

Haciendo un estudio somero de las normas respecto al matrimonio en 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.⁶¹

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.

⁶¹ GASPARRI TRACTATUS CANONICUS DE MATRIMONIO, VATICANUS 1932.

En las reformas introducidas por el código de derecho canónico en su materia matrimonial hubo sustitución del antiguo concepto omnicomprendido 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 de 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 que vienen a ser:

- 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 depende 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 todo lo anterior 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. Es decir una ficción que no tiene realidad jurídica.

Canon 1073:

El impedimento dirimente inhabilita a la persona para contraer matrimonio válidamente.

El impedimento dirimente hace que la persona que contraiga matrimonio existiendo este impedimento, no contrae válidamente ya que, considerando que está inhabilitado por dicho impedimento, el derecho sanciona este acto con su invalidez. La doctrina canónica ha establecido que el impedimento dirimente invalida el contrato matrimonial haciendo que este no produzca ningún efecto jurídico y por lo tanto sus efectos carecen de validez.

Haciendo una referencia al código anterior:

“El canon 1058 establecía que pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe. Una aplicación o desarrollo de dicho principio es el cap. II, que trata de los impedimentos dirimentes en general: es decir, del conjunto de circunstancias, declaradas o determinadas por la ley positiva, que se oponen a la válida o lícita conclusión del matrimonio. Como en el capítulo anterior, también en éste se han producido abundantes novedades en relación con la legislación anterior. Y la primera novedad se encuentra en este canon: se han suprimido los impedimentos impedientes, que hacían el matrimonio

gravemente ilícito pero no inválido, y sólo subsisten los denominados impedimentos dirimentes, es decir, aquellos que lo hacen ilícito e inválido. Se ha seguido en esta materia la recomendación del Concilio Vaticano II, que pedía una mayor simplificación en la cuestión de los impedimentos (Comm. 9 (1977) 132-135).⁶²

El *ius conubii* que viene a ser el derecho que tiene todas las personas para contraer matrimonio se ve restringido cuando existe un impedimento para celebrar válidamente el contrato matrimonial. La habilidad o inhabilidad en el derecho viene a ser algo externo que no se refiere a la capacidad o actitud interna del sujeto para realizar los actos jurídicos, es algo que generalmente no depende de la naturaleza sino de la ley positiva que prohíbe a determinada persona a realizar un acto jurídico determinado, por lo que no toda persona capaz viene a ser hábil para contraer matrimonio ni por otra parte toda persona incapaz es inhábil, es decir está afectada por algún impedimento.

Con respecto a la legislación canónica actual la impotencia para realizar la copula conyugal antecedente y perpetua, esta considerada entre los impedimentos y por lo anterior debería estar considerada como incapacidad, ya que si existe impotencia en el sujeto lo incapacita para celebrar el matrimonio toda vez que carece de la habilidad para realizar el coito y por lo mismo está incapacitado para la procreación.

El impedimento dirimente según derecho viene ha inhabilitar a la persona para que pueda contraer matrimonio válidamente. Como lo ha establecido el canon 1073.

Canon 1074.

Se considera publico el impedimento que puede probarse en el fuero externo en caso contrario es oculto.

“Nuevamente se reproduce en este c. el concepto contenido en el CIC anterior: público es el impedimento que puede probarse en el fuero externo, según los diferentes medios de prueba admitidos en derecho (v. gr., testifical, documental, pericial, etc.), aunque no haya tenido divulgación ni la tenga; de lo

⁶² COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX

contrario es oculto. Tiene relación este concepto con lo establecido en los cc. 1079, §3, y 1080 sobre la dispensa de los impedimentos ocultos; creemos que todavía, en esta cuestión, subsiste la dualidad del concepto de publico y oculto, puesto de manifiesto por los autores. En este caso, el concepto de “publico” que cabría aplicar no es el anterior, sino el basado en la divulgación o su divulgabilidad (c. 2197* del CIC de 1917); es decir, que a ese efecto se considera oculto el impedimento que, aunque puede probarse en el fuero externo, no hay peligro de su divulgación y viceversa.”⁶³

Todo lo anterior establece lo que debe considerarse como impedimento público y lo que es considerado como impedimento oculto atendiendo a la forma en la cual se pueda probar en el fuero externo tal impedimento.

Canon 1075:

§1. Compete de modo exclusivo a la autoridad suprema de la iglesia declarar auténticamente cuándo el derecho divino prohíbe o dirime el matrimonio.

§2. Igualmente, sólo la autoridad suprema tiene el derecho a establecer otros impedimentos respecto a los bautizados.

“En el presente c. se formulan dos principios tradicionales en la Iglesia sobre la autoridad competente para declarar auténticamente el ámbito del derecho divino en materia de impedimentos matrimoniales (1) y para establecer impedimentos matrimoniales de derecho eclesiástico (2). En ambos casos, la autoridad competente es la autoridad suprema de la Iglesia, bien personalmente o bien por aquel que haya recibido de él potestad a estos efectos. Aunque en los primigenios esquemas de este nuevo derecho matrimonial siguiendo el principio de inculturación del cristianismo en las diversas culturas estaba previsto que “las conferencias episcopales, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, pueden establecer impedimentos particulares prohibentes o dirimenes por decreto dado a tenor del derecho”, la Comisión Plenaria de Cardenales, en su sesión de 24-27 de mayo de 1977, decidió no conceder esta potestad a las conferencias episcopales (Comm. 9 (1977) 135-136; 10 (1978) 126) por motivos eminentemente prácticos. Lógicamente, la Iglesia puede establecer impedimentos matrimoniales,

⁶³ COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX

legislando sobre el matrimonio, en cuanto que es contrato, y como tal, capaz de ser regulado por la autoridad eclesiástica. Si dicho contrato matrimonial resultara nulo por oponerse a estas leyes, también sería nulo el sacramento, ya que, a tenor de lo establecido en el c. 1055, contrato y sacramento en el matrimonio de los cristianos se identifican.”⁶⁴

Las disposiciones del derecho a este respecto se han establecido, tratándose de incapacidad podríamos entenderlas como una declaración que hace el derecho positivo del derecho natural para entender en mejor forma la distinción que hace el canon 1075 al cual nos hemos referido anteriormente.

La doctrina canónica ha sido muy cuidadosa en estudiar y determinar los impedimentos que inhabilitan al sujeto para contraer matrimonio válido y por lo mismo la jurisprudencia rotal ha reconocido estos impedimentos que son resultado de la experiencia que ha tomado, para determinar estos impedimentos y por lo mismo se ha establecido una limitación a los mismos para no crear nuevos impedimentos por lo cual es sumamente importante considerar que el código en forma expresa establece su reprobación a las costumbres que quieran introducir nuevos impedimentos contrarios a los ya existentes por lo cual el texto oficial establece:

Canon 1076:

Queda reprobada cualquier costumbre que introduzca un impedimento nuevo o sea contraria a los impedimentos existentes.

“También en este caso se repite lo establecido en el CIC anterior: la costumbre, a tenor del c. 24, no puede ni introducir nuevos impedimentos ni abolirlos, ya que está reprobada expresamente tal práctica. A raíz del anterior código y de este, puede plantearse la cuestión de los matrimonios celebrados con anterioridad a la vigencia de este CIC y que resultaron nulos por algún impedimento que en el actual CIC está abrogado; si aplicamos la solución operada en el anterior CIC (CPI, 2-3 jun. 1918: AAS 10 (1918) 345) tales matrimonios no quedan revalidados con la promulgación del nuevo CIC.”⁶⁵

⁶⁴ OB. CIT.

⁶⁵ COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

Por todo lo expuesto, en el canon existe prohibición expresa de que no se pueden crear nuevos impedimentos dentro de la legislación canónica, con lo cual se suprimió toda posibilidad de que las conferencias episcopales tengan facultad de crear o de introducir nuevos impedimentos, y con respecto a los matrimonios celebrados antes de la vigencia del actual código que están viciados de nulidad, no se puede convalidar conforme al texto actual, ya que la ley en este aspecto no puede ser retroactiva al convalidar un acto que nació o se constituyó en la invalidez. Por todo lo anterior se limitan a las conferencias episcopales y a cualquier otro órgano de la iglesia para establecer nuevos impedimentos ya que se podía estar atentando contra el *ius conubii*.

Canon 1077:

§1.- Puede el ordinario del lugar prohibir en un caso particular el matrimonio a sus propios súbditos, donde quiera que residan, y a todos los que de hecho moren dentro de su territorio, pero sólo temporalmente, por causa grave y mientras ésta dure.

§2.- Solo la autoridad suprema de la Iglesia puede añadir a esta prohibición una cláusula dirimente.

“Los Ordinarios del lugar tienen, a la hora de establecer impedimentos matrimoniales, las mismas facultades que les concedía el código anterior: tienen potestad para prohibir en algunas circunstancias la celebración de un matrimonio y vetar como ilícita su celebración, ya que únicamente la Sede Apostólica puede añadir a un *vetitum*, una cláusula dirimente. Las condiciones para esta actuación son las siguientes: en su territorio, a los que de hecho moran en el sean o no súbditos suyos, y fuera de él, a sus súbditos, donde quiera que se hallen; en un caso particular, no de forma general; por una causa grave, y sólo temporalmente, mientras dure esa causa. Temporalmente se contrapone a perpetuo y, es nuestra opinión, a tiempo indeterminado, ya que en la práctica vienen a coincidir ambos conceptos.”⁶⁶

Con respecto a la prohibición que hace mención del ordinario del lugar, es la que comúnmente conocemos como *veto* o *vétitum* en las causas de nulidad de

⁶⁶ OB.CIT.

matrimonio que se impone a la parte que fue o es causante de provocar la nulidad del matrimonio, y en tanto subsista la causa que lo provocó, pero no pueden establecer en forma general nuevos impedimentos ya que la misma norma lo prohíbe (Canon 1076).

Todo lo anterior viene a corresponder a la restricción a las facultades de los obispos ya que no pueden imponer ninguna prohibición que implique impedimento en forma perpetua ya que esto solamente corresponde a la sede apostólica y los obispos por tal motivo están limitados en sus facultades para tal efecto de ahí resulta el texto del:

Canon 1076:

Queda reprobada cualquier costumbre que introduzca un impedimento nuevo o sea contraria a los impedimentos existentes.

A este respecto se tiene que considerar, que la norma tiene que dar la seguridad jurídica a los actos que se celebren conforme a las disposiciones legales vigentes, ya que en caso contrario, cualquier obispo podría establecer a su arbitrio impedimentos que afectaran la validez del contrato matrimonial.

DE LOS 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 matrimonio.

Este canon 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 también para la mujer. La edad debe computarse como se prescribe en el canon 203.

El canon 1083 mencionado nos advierte 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 su dispensa, corresponde al ordinario local.

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 cual 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.

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, aunque, como veíamos en el c. 1055, §1, 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. (*Comm. 6 (1974) 177-198*). En nuestra exposición seguiremos el orden establecido en el canon: concepto y características jurídicas de la impotencia (1), actuación en el caso de la impotencia dudosa (2) y relevancia jurídica de la esterilidad (3).

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

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.⁶⁷

⁶⁷ (S.R.R., D. CIRCA IMPOTENTIAM QUAE MATRIMONIUM DIRIMIT, 13 MAII 1977: AAS 69 (1977) 426).

Características de la impotencia.

- 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, esta casi nunca será perpetua.

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).”⁶⁸

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.

⁶⁸ 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 puede elegir voluntariamente el matrimonio.⁶⁹

El impedimento de raptó como figura autónoma e independiente del Capítulo de *vis 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 y en muchas ocasiones lo hemos expuesto que este canon es discriminatorio del género masculino, por que una mujer tiene todas las posibilidades de raptar a un hombre con el fin de casarse con él y coaccionando para tal efecto, por lo cual no veo el por que se siga 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.

La razón de este impedimento de raptó 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 otra parte debemos estar atentos a la condición de la víctima o sujeto pasivo del raptó, 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 raptó *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

⁶⁹ COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

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.- Lo que es el rapto propiamente dicho, es decir, 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 o 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 que estamos examinando, es decir, la retención violenta de la mujer, en lo que atañe al impedimento se equipara a este la retención violenta de la mujer que se viene a verificar 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.

Es sumamente interesante el tratamiento que se le da a este impedimento el código de derecho canónico ya que en forma textual indica: “no puede haber matrimonio lo cual viene a determinar que aquí no se trata de una simple invalidez sino de la inexistencia real y objetiva del acto considerado como raptó, y la sanción que el sistema jurídico canónico impone a este acto es la de inexistencia, por esto no puede haber en ningún aspecto consecuencias de derecho, viene a ser un acto informe carente de sentido, jurídicamente inexistente y por lo mismo incapaz de producir consecuencias de derecho.

3. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

En las clases que tome en el curso de derecho canónico el maestro nos indico que hay circunstancias y anomalías que afectan el consentimiento, creando por tal motivo lo que comúnmente dentro del vocabulario jurídico canonista se considera vicios del consentimiento y que afecta el acto de voluntad en forma tal que lo hace inoperante e incapaz de producir consecuencias de derecho, por eso 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 valido, por lo cual debemos tener en cuenta lo establecido en el “canon 124, que nos indica:”

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.

Se llaman vicios del consentimiento a 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 esta en el entendimiento y no en la voluntad.

Conforme a lo establecido a la legislación canónica debemos examinar lo que a este respecto nos dice o nos expresa el canon 1086:

§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”.⁷⁰

Por lo anterior podemos señalar que en la primera parte del canon se 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 redacción y texto, lo cual podría ser redactado en la siguiente forma,:

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.

Este concepto debe ser compartido entre los futuros cónyuges ya que no se puede obligar a nadie sin que conozca el porque de esta obligación.

⁷⁰ COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

3.1. ERROR

Dentro de los vicios del consentimiento tenemos que considerar el error ya que el conocimiento inexacto de una cosa nos induce ciertamente al error y cuando hay error, el consentimiento se vicia y acepta una realidad distinta de lo que es la esencia del contrato.

Considerando que los vicios del consentimiento por parte del entendimiento son la ignorancia y el error es menester aclarar que 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.

Debemos insistir que el error se produce cuando no se tiene el conocimiento exacto o completo de una cosa y produce una falsa percepción de la misma y lógicamente nos induce al 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.

Independientemente de lo manifestado por los canonistas, la Iglesia a través de sus normas ha establecido el criterio de que para que el consentimiento sea suficiente y por lo mismo produzca un matrimonio válido no es requerido el que se conozca todo lo que la Iglesia enseña del matrimonio y en forma especial lo referente a la sacramentalidad del matrimonio y su indisolubilidad y así mismo el conocimiento de todos y cada uno de los derechos y obligaciones del matrimonio, ya que basta con tener el conocimiento mínimo que se requiere según el §2 de este canon, por lo cual establece el legislador, que es solamente necesario querer lo mínimo ya que todo lo demás se entiende que se quiere implícitamente en tanto no excluya en forma positiva el matrimonio mismo ni alguno de sus elementos esenciales. 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 (Que viene a ser el ejercicio del *ius connubi*).

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. Pero esto viene a ser un mero supuesto ya que no es absoluta la consideración que esta haciendo la doctrina canónica en este aspecto.

En el análisis que se hace del error, 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 muchos motivos 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.

Los canonistas en forma precisa han establecido que 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. Debemos tener presente que no cualquier error vicia el consentimiento y que sólo el error substancial puede viciar el consentimiento ya que el mismo versa sobre lo que constituye la substancia del acto. El error influye siempre en el acto ya que la voluntad se dirige hacia algo previamente conocido a través del entendimiento, pero en orden a los efectos jurídicos no todos los actos efectuados por error han de considerarse nulos ya que un acto por causa de error será nulo si falta enteramente el consentimiento o bien si por la ley positiva declara el acto ineficaz por razón del vicio del consentimiento y por lo mismo ineficaz para producir consecuencias de derecho.

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

cohabitación no supe la libertad que debe tener el consentimiento ni puede compensar el error que dio lugar al mismo.

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 este 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” ⁷¹

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.

⁷¹ GRACIANO (C.XXIX, Q.1).

- ERROR EN LA PERSONA

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 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 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.

El Dr. Huber considera que: “el error acerca de una cualidad de la persona en cualquier caso si esta cualidad es la causa del contrato puede invalidar el matrimonio ya que se considera como condición *sine qua nom* para la celebración del matrimonio toda vez que si no existiera esa condición no se celebraría nunca 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.

Dentro de la terminología escolástica encontramos los conceptos de substancia o esencia y accidente por lo que lo que no es substancial o esencial de la cosa es accidental, los accidentes los podemos considerar como la cualidad, la cantidad, el lugar, el tiempo, el modo, etc. por cualidades de una cosa o de una persona debemos entender todo aquello que no pertenece a su sustancia o esencia, la cual siempre viene a ser una misma e invariable ya sea positiva o negativa, de donde como ejemplo un hombre puede tener las cualidades físicas delgado, robusto, alto, bajo, etc. en cuanto a cualidades psíquicas puede tener las cualidades de inteligente, culto, neurótico, emotivo, etc. en cuanto a cualidades morales, honesto, deshonesto, justo, injusto, recto, cínico, etc. todas las anteriores características o circunstancias caen dentro del concepto de cualidad ya que no pertenecen a la substancia, pero debemos por otra parte entender que si no tienen un valor positivo pueden tener un valor negativo y en tal caso se les considera comúnmente como defectos.

Debemos de considerar así mismo que 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.

Este error sobre una cualidad que directamente y en forma principal busca uno de los contrayentes y que se pretende en forma directa y principalmente es un supuesto en el que una persona que contrae matrimonio con otra teniendo como base la cualidad que esta tiene, otorga su consentimiento con el convencimiento de que el otro cónyuge tiene la cualidad que busca, es decir el consorte queriendo conseguir principalmente una determinada cualidad a través del matrimonio en la que comparte (nobleza, nacionalidad, posición social, posición económica, etc.) y creyendo erróneamente que el otro contrayente posee, o tiene precisamente esa cualidad otorga el consentimiento matrimonial.

“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 redundaba 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”.⁷² es claro San Alfonso María de Liguori en esta regla sobre el error sobre la cualidad redundaba en la persona y en consecuencia hace invalido el matrimonio cuando el consentimiento se dirige directa y principalmente a hacia esa cualidad o conjunto de cualidades que se

⁷² COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

exige a la otra apersona, o podemos por lo tanto concebir si quiera que una persona contraiga matrimonio sin exigir determinadas cualidades en la persona con la cual se pretende casar, esto sería porque de otra forma todas las personas tendrían todas las cualidades exigidas y esto no acontece en la realidad ya que las personas por su propia naturaleza no poseen la mismas cualidades sino que difieren sustancialmente.

Todo lo anterior nos conduce a una gran reflexión para determinar la eficacia que puede tener el error en el consentimiento cuando este va dirigido a crear un acto jurídico con consecuencias por lo mismo debemos de partir del principio de que la primera noticia para que tenga verificativo el acto de voluntad viene a ser el conocimiento, pero un conocimiento real, autentico de las cosas, ya que si este conocimiento no es correcto y no se ajusta a la realidad nos induce al error y por lo mismo el acto de voluntad esta viciado o afectado en su esencia por que el conocimiento que tiene de lo que quiere realizar, es un conocimiento que no se adecua a la verdad.

Durante mucho tiempo el error de cualidad que redundaba en error de persona se interpretó en una forma muy estricta que prácticamente nulificó el caso, ya que nunca se verificaba y solamente cuando:

“Se trata de una cualidad física, que se da únicamente en una persona, de tal manera que la determina e identifica;”

“Se trata de una persona ausente y desconocida, pues si está presente y es conocida, el error ya no redundaba en la persona, puesto que ésta se está pretendiendo, sino que sería un simple error de cualidad que es causa del contrato”.

Por lo cual el único caso admitido era el de la primogenitura y a pesar de que San Alfonso María de Liguori (1787) sugirió otra interpretación no se tomó en cuenta sino hasta los tiempos actuales.

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 diversa”⁷³ 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 tienda directamente y principalmente hacia la cualidad, indirecta y menos principalmente hacia la persona”.⁷⁴ Vuelve a insistir el santo en su reflexión que nos parece que es la correcta ya que el acto matrimonial se celebra teniendo en consideración esa cualidad que se exige como cualidad *sine qua nom* ya que sin existir esta cualidad no se verificaría el matrimonio, porque esta es la que determina el consentimiento para crear el matrimonio, ya que de otra manera, si no se diese la condición requerida, nunca se verificaría el acto jurídico (matrimonio).

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.

Algunos autores opinan que la cláusula establecida en el canon “aunque sea causa del contrato” en cierta forma se debería suprimir, Aristóteles y Santo Tomas ya decían “*omne agens agit propter finem* = todo aquel que actúa, actúa motivando por un fin”.

Lo cual quiere decir que los seres inteligentes y libres se mueven por el fin que persiguen para lograrlo, por eso ponen los medios adecuados. Los

⁷³ (UNA CORAM. CANALS, 21 ABRIL 1971, N. 2)

⁷⁴ (STANKIEWICZ, 24 DE ENERO DE 1984.)

escolásticos distinguen cuatro clases de causas, la causa eficiente, la causa formal, la causa material y la causa final, siendo esta última la que mueve a la gente a actuar, por lo cual al decir que una cualidad es causa del contrato estamos afirmando que dicha cualidad es la causa final y que dicha cualidad se pretende directamente y principalmente porque precisamente es la que mueve a la gente a otorgar su consentimiento para el matrimonio.

Por esta 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:

- Engaño por dolo

Nos indica el 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:

“licet dolus interveniat in spiritualibus, tenet contractus = 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”.⁷⁵

El código actual establece que el acto realizado por miedo grave injustamente infundido o por dolo es válido a no ser que el derecho determine otra cosa. (Canon 125 n.2).

⁷⁵ (GASPARRI, *TRACTATUS CANONICUS* DE MATRIMONIO, 1932, NN. 794-795, VOL. II, PP.)

Por otra parte el derecho romano definía el dolo, “*Omnis callíditas, fallacia aut machinatio, ad circumveniendum, fallendum veldecipiendum álterum adhíbita* = 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” ⁷⁶

Tenemos que 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.

Se nos dice que 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.

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

⁷⁶ (ULP., L:1, 2, D. IV, 3.).

que existe el defecto que se oculta por que 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. lur, 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. De todo lo anterior podemos deducir que en este caso el sujeto se engaña a si mismo, es decir cree que lo que se ha advertido no es cierto y con base en esa falsa creencia emite su consentimiento.

Se nos dice que 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, de donde tenemos que el engaño viene a motivar el matrimonio, ya que el paciente del dolo es engañado por quien ejerce el dolo y entonces no podemos considerar que exista plena libertad para elegir el matrimonio cuando este es causado por un engaño, que lo produce el sujeto activo productor del dolo. De donde tenemos que el paciente del dolo no actúa no solamente con toda su libertad sino que además su consentimiento es determinado por un engaño y esto

esta sancionado por el derecho produciéndose la nulidad real y objetiva del acto jurídico.

Hemos de tener en cuenta que no cualquier dolo invalida el consentimiento matrimonial, por lo que el canon es claro al indicar que contrae inválidamente quién contrae matrimonio engañado por dolo, de donde podemos deducir que la nulidad tiene como supuesto al consentimiento viciado por el error que fue causado en la persona engañada.

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 para obtener el consentimiento que de conocerse el objeto que es motivo del engaño no se obtendría el consentimiento. Por todo lo anterior, tenemos que considerar que un engaño no puede generar un derecho.

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.

Serrano resume su análisis exhaustivo sobre la doctrina tradicional en cuanto a la condición, el error y el dolo en la siguiente forma:⁷⁷

“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 prerrequisito 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”.

“Por otra parte, el que padece un error grave (aunque tal error no corresponda al previsto en el canon 1083, o aunque no provenga necesariamente del dolo) pretende en la otra persona algo que en realidad está ausente; y él mismo, de igual manera que cuando se entrega lo falso, al aceptar lo falso puede tener un defecto substancial en el consentimiento matrimonial”.

“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

⁷⁷ C. SERRANO RUIZ, JOSE M. 28 DE MAYO DE 1982. S.R.R.

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”⁷⁸

Por último debemos de hacer mención a lo que los comentaristas del código hacen respecto a este canon:

Canon 1098:

“El presente c., que contempla el matrimonio contraído mediante el error doloso, es una de las novedades del derecho matrimonial canónico, habiéndose pedido su inclusión ya a partir de la década de los sesenta. El dolo, que consiste en el engaño del otro deliberado y fraudulentamente cometido y por el que se le induce a realizar un determinado acto jurídico, no tiene relevancia jurídica a no ser que el derecho establezca otra cosa (c. 125, 2). Su influjo sobre el acto del consentimiento matrimonial es causado directa e inmediatamente por el error motivado y sólo indirectamente por el dolo.

Su inclusión entre los defectos del consentimiento es de derecho eclesiástico y viene motivado por las graves consecuencias e injusticias que, en un asunto tan importante cual es el matrimonio, produciría un consentimiento matrimonial prestado en tales circunstancias (Comm. 5 (1973) 77; 9 (1977) 372). Los rasgos que configuran este defecto de consentimiento son los siguientes: el dolo debe ser preparado para conseguir el consentimiento matrimonial; en segundo lugar, debe versar sobre una cualidad del que así actúa; en tercer lugar, en el texto legal no se dice cual deba ser esta cualidad: únicamente se afirma que por su naturaleza

⁷⁸ C. SERRANORUIZ, JOSEM. 28 DE MAYO DE 1982. S.R.R. (N. 17, P. 319)

puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, dichas cualidades serán, a nuestro entender, todas aquellas que se oponen o pueden impedir el desarrollo o dificultar el cumplimiento del c. 1055: v. gr., la esterilidad, determinados deberes espirituales y sociales, o cualidades físicas o morales, etc. Hay que tener en cuenta que, para determinar la gravedad de la circunstancia o cualidad sobre la que puede versar el dolo hay que atender no sólo a la gravedad objetiva de la cualidad en sí misma considerada, sino también la gravedad subjetiva, a la importancia concedida por la parte engañada a dicha cualidad.

Como se ha dicho anteriormente, se trata de una positivación del derecho eclesiástico que, atendida la importancia del matrimonio, exige que el consentimiento matrimonial sea lo más consciente posible y, en consecuencia, concede estos efectos al dolo.”⁷⁹

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.

De donde es necesario que el juez conozca en forma minuciosa si el contrayente exigía en forma primordial, la cualidad por la que contrajo matrimonio, ya que esto puede ser causa de desavenencia permanente entre los cónyuges si uno de ellos es engañado por que el otro no tiene la cualidad que exigía en forma *sine qua nom* para contraer matrimonio.

En segundo lugar debe ponderar la importancia de la cualidad que realmente cambie la imagen del cónyuge, así mismo la gravedad del engaño que afecte verdaderamente la vida conyugal por la falsedad provocada por el dolo; debe apreciar también si realmente la libertad del cónyuge engañado fue menoscabada por el engaño y la estimación subjetiva de la cualidad que se

⁷⁹ COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

suponía existir o bien el defecto presente que fue ocultado y que fue el motivo y causa de que el consentimiento fuera inducido en el error, y por último que tan grave fue el engaño que sea capaz de perturbar o hacer imposible la vida conyugal. Y es natural que se produzca la invalidez del matrimonio cuando se oculte un defecto o se aparente tener una cualidad que no se tiene en forma dolosa, es decir, teniendo mala intención a fin de engañar al otro contrayente sobre algo que no se tiene, o bien ocultando algo que definitivamente traería como consecuencia que el otro contrayente se negara a contraer matrimonio, en otras palabras que no se hubiera realizado el matrimonio si se hubiera conocido la creencia de la cualidad que se pretende como algo esencial y pretendida en forma importante y definitiva por la voluntad.

Debemos entonces tener claro que sino se tienen la cualidad exigida no se puede dar el consentimiento matrimonial ya que la condición que se exige con respecto a la cualidad pretendida no se realiza si no se tiene la cualidad que viene a ser en última instancia la causa o motivo para que se realice el contrato matrimonial.

3.2. 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.

A ese 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 perversax*.”⁸⁰

Insistimos en que para la validez del matrimonio no es necesario que se conozcan todas y cada una de las propiedades y elementos esenciales del mismo se quiera en una forma positiva, sino que únicamente se requiere que no se excluyan positivamente y que basta con tener la intención general de contraer verdadero matrimonio, por lo cual es menester hacer análisis del canon, ya que en su segunda parte está señalando la excepción “con tal de que no determine la voluntad”, ya que si el error de derecho “*error iuris*” es el que viene a determinar la voluntad, lo podemos considerar como un error obstinado, firme, persistente, error

⁸⁰ COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

que está profundamente enraizado en la persona, la cual está tan firme y tan convencida en tal error; estamos ante el caso de excepción que establece el canon.

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.

El legislador no exige un conocimiento pleno acerca de la naturaleza jurídica del contrato matrimonial, sino que acepta que se genere el contrato con una noción elemental y prácticamente rudimentaria sobre el mismo aunque sea confusa e imprecisa, ya que nos indica que únicamente es necesario que los contrayentes no ignoren, al menos, que el matrimonio es un consorcio permanente entre varón y mujer ordenado a la procreación, de lo cual se desprende que no se requiere de la voluntad explícita de los contrayentes acerca de todo lo que pertenece a la esencia del contrato matrimonial, que quieran asumir todas las obligaciones conyugales sino que basta con su voluntad implícita con tal de que se tenga la adhesión, a la naturaleza elemental del matrimonio y no excluye positivamente todo lo demás que integra el contenido u objeto esencial del consentimiento, es decir de las obligaciones que se han establecido en el matrimonio, y que entrañan los deberes esenciales.

“No estoy de acuerdo en que, para la celebración del contrato matrimonial se tenga una noción elemental y prácticamente rudimentaria sobre el mismo ya que este contrato implica obligaciones que son trascendentales por que los sujetos se están obligando en forma perpetua, es decir para toda la vida, y si es tan grave la obligación se debe tener no un conocimiento vago sino un conocimiento real y

objetivo de lo que es el matrimonio y cuales son sus obligaciones las cuales se tendrá que cumplir en forma definitiva”⁸¹. Nos dice el Dr. En su obra citada.

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.

“Volvemos a confirmar nuestra opinión considerando que los deberes y obligaciones que emanan del contrato matrimonial por tener un carácter de tanta trascendencia los contrayentes, no pueden tener un conocimiento superficial de los mismos, sino que deben tener conciencia de lo que se están obligando ya que dichos deberes y obligaciones tiene el carácter de perpetuidad, por lo cual volvemos a insistir nuestra posición de los canonistas que consideran que lo contrayentes aun que tengan un conocimiento superficial de sus deberes pueden contraer válidamente”⁸².

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.

En relación a lo que establece el canon 1100 sobre la certeza acerca de la nulidad del matrimonio que pueda tener el contrayente, encontramos que dentro del canon se establece una presunción ya que nos indica textualmente:

Canon 1100:

⁸¹ Huber Olea y Reynoso, Francisco. *Derecho Canónico Matrimonial*. México 2006. Porrúa.

⁸² Ob. Cit

La certeza o la opinión acerca de la nulidad del matrimonio no excluye necesariamente el consentimiento matrimonial.

Este texto legal contiene una presunción acerca de la exclusión del consentimiento matrimonial, esta presunción, considero que debe inclinarse claramente hacia la exclusión del consentimiento matrimonial por que es lógico suponer que aquel que tiene la certeza respecto a la nulidad de su matrimonio, su consentimiento esta viciado ya que no podemos convalidar un acto cuando nuestro consentimiento tiene la certeza de que es nulo el acto jurídico que vamos a realizar o que estamos realizando, o mejor dicho estando consiente de que se está aparentando el acto.

De donde tenemos que cuando el sujeto tiene la certeza de que el acto jurídico esta viciado y sancionado con la nulidad, y sin embargo lo realiza, estamos ante un mero simulacro de un acto jurídico ya que este viene a ser un acto informe carente de sentido ineficaz jurídicamente e incapaz de producir consecuencias de derecho, toda vez que se aparenta realizar un matrimonio cuando tan solo se esta haciendo una simulación del mismo.

“El presente c. contempla la posibilidad de la presentación de un consentimiento matrimonial naturalmente válido junto con la coexistencia de un estado subjetivo ya sea opinión o certeza por parte de la inteligencia de que el matrimonio que se va a celebrar es nulo. Cuando se trata de impedimentos que no pueden cesar por sí mismos o pueden ser dispensables o del requisito de la forma canónica, puede haber consentimiento naturalmente suficiente aunque jurídicamente ineficaz. Es decir, que en tal caso tendría aplicación el presente c., ya que los estados de certeza o de opinión no afectan por necesidad a los actos de la voluntad. El principio aquí establecido tiene una abundante aplicación práctica en la sanación de matrimonios jurídicamente ineficaces conociéndolo los contrayentes, pero no un consentimiento matrimonial naturalmente valido. Para apreciar en cada caso concreto si se emitió un consentimiento naturalmente valido de cara al matrimonio hay establecidas varias reglas, que, prácticamente, pueden

resumirse en que hay consentimiento natural cuando el contrayente ha querido, en cuanto de él dependía, contraer verdadero matrimonio”.⁸³

No obstante lo anterior debemos insistir en que cuando existe certeza en el contrayente sobre la nulidad del matrimonio que se va a contraer o que se está contrayendo, consideramos que no se puede generar un consentimiento matrimonial que pueda generar el acto jurídico válido, ya que el consentimiento está viciado y por lo mismo es ineficaz, atendiendo a que el consentimiento es constitutivo del contrato matrimonial y un consentimiento viciado no puede generar un contrato válido.

De lo anterior podemos inferir que no puede haber un consentimiento eficaz para producir un acto jurídico válido toda vez que el consentimiento, constitutivo del contrato está dirigido sino para hacer una mera apariencia del contrato matrimonial.

⁸³ COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

3.3. VICIOS DE LA VOLUNTAD

En este aspecto tenemos que considerar todas las causas que pueden influir en el consentimiento para que este no tenga la plenitud que se requiere para la producción de un acto jurídico que tenga la validez que exige la norma y que por lo mismo pueda generar todas las consecuencias que están previstas en la propia norma.

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 así mismo 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.

El texto del canon, trata de supuestos que tienen un elemento común, el temor como una vivencia psicológica del contrayente empleándose la violencia como instrumento de coacción o sea como fuerza física que se proyecta sobre lo

que el contrayente hace en su declaración externa y que se dice que lo que persigue quién ejerce la violencia no es una mera apariencia de matrimonio, ya que si no se ejerciera la violencia no se obtendría lo que quiere el que ejerce la violencia y ciertamente no quiere una mera apariencia, por que si así fuera no actuaría en esa forma, es decir violentamente, en tanto que en el miedo la amenaza es el medio utilizado y este se proyecta sobre la voluntad interna y lo que persigue quien es víctima del miedo es el matrimonio mismo, en ambos casos tenemos que se da una discordancia entre lo querido y lo que se manifiesta y esta discordancia es conocida, pero en tanto que en la violencia la discordancia no es querida en el miedo si se quiere aunque sea como un mero instrumento para evadir el mal con que se le amenaza: en la violencia no se quiere el matrimonio por la victima 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.

De todo lo anterior debemos considerar varios aspectos que influyen en el sujeto para tomar las decisiones y en el caso del miedo aunque no se quiera el matrimonio por una parte, por la otra si se quiere realizar ya que el sujeto opta por el matrimonio al cual se ve obligado a fin de librarse de los males que le amenazan y ciertamente esto implica una contradicción dentro del acto de voluntad ya que por una parte se quiere el matrimonio pero por otra se rechaza y viene a ser el miedo infringido en el sujeto el que determina la decisión del sujeto, pero esta situación es protegida por la norma canónica toda vez que lo que persigue como el elemento esencial es la libertad plena al ejecutarse el acto sin que medie ninguna coacción, hecho violento o amenaza para que este se verifique.

3.4. VIOLENCIA FÍSICA

El canon 125 en su texto viene a proteger la libertad que debe existir en todo acto jurídico, y el afecto al examinar el texto encontramos que

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 cual 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 el 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.

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 por que siempre repugnará a la voluntad interna de la persona violentada, porque el agente es sólo el violentado 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.

En este aspecto se ratifica la ausencia y por lo tanto la ineficacia del acto de voluntad ya que no puede operar debidamente la voluntad cuando este acto viene a ser consecuencia de violencia que se ejerce en contra del sujeto para arrancarle una decisión que tiene que ser totalmente inoperante.

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.

3.5. EL MIEDO

VIS ET METUS.

Es abundante la literatura canónica en cuanto a los efectos que el miedo produce en el sujeto y es claro el precepto canónico a este respecto que en forma expresa nos dice el canon 1103

“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”

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 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 animo 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.

El Dr. Francisco Huber nos dice en su obra Derecho Canónico Matrimonial con respecto al miedo que el mismo se puede clasificar en la siguiente forma:

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 del consentimiento 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.

El miedo tanto en derecho romano como en el derecho canónico determina la rescindibilidad del acto jurídico.

“El canon 125 establece: que el acto realizado por miedo grave injustamente infundido, o por dolo, es válido, a no ser que el derecho determine otra cosa; pero puede ser rescindido por sentencia del juez tanto a instancia de la

parte lesionada o de quienes la suceden en su derecho, como de oficio. Por eso el derecho romano admitía la rescisión del matrimonio coaccionado, pero de conformidad con la concepción cristiana de las nupcias indisolubles se tienen por descartadas las posibilidades de rescindir el contrato matrimonial. El derecho canónico ha establecido, que el matrimonio contraído por violencia o por miedo grave proveniente de una causa externa es inválido.

El Dr. Huber en su obra citada manifiesta que la naturaleza de esta norma ciertamente procede del derecho natural ya que la acción de nulidad constituye el único medio de evitar la injuria de las nupcias coaccionadas y de reparar esta injuria inferida al paciente del miedo, ya que no se puede ejercer la acción rescisoria, aunque el miedo obsta a la libertad externa no suprime la libertad interna, de modo que no falta en forma absoluta la voluntad, sino que por el miedo se reduce o limita alterando el curso normal del proceso psicológico que lleva a la abolición de modo que esta en lugar de conducirse a todas las oportunidades u opciones actúa en forma limitada quedando la libertad de elección reducida a la alternativa de contraer matrimonio exigido, o bien de sufrir el mal con el que se le amenaza. De forma que si opta por el matrimonio esto no quiere decir que no quiere contraerlo sino al contrario, quiere el matrimonio pero no como fin sino como un medio de eludir el mal que le amenaza. Como se lee en las Pandectas, “*quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus, volui*; o mas brevemente, según reza el aforismo, *voluntas etiamsi coacta, est semper voluntas*.⁸⁴

Este ha sido el criterio aceptado por muchas sentencias *rotales* entre ellas la del 2 de julio de 1918 que se expresa en los siguientes términos “el miedo, recayente en nuestro ánimo, aunque debilita la libertad, sin embargo no la anula; pues aquel que en evitación de un mal hace algo, es que prefiere esto.⁸⁵

“Al igual que si el marinero, ante la furia del mar, echa la mercancía por la borda; es decir, que si lo hace, voluntariamente lo hace. Por lo cual, una vez

⁸⁴ (PAULO, 1. 21, 5, D., *QUOD METUS CAUSA*, 4, 2”.

⁸⁵ SANTO TOMAS SUMMA THEOL, II-II, Q. 6, A. 6;

inferido el miedo el matrimonio, en verdad, es simplemente voluntario, pero también es involuntario *secundum quid* o bajo algún aspecto; pues el que es impelido a él tan sólo por el miedo, actúa de tal modo que, no habiendo miedo se abstendría de él; y, por ende, el matrimonio, contraído solamente por miedo, lleva aparejada cierta tristeza y repugnancia de la voluntad, bien que ineficaz. Y esto es lo que reprueban los sagrados cánones”. Por lo cual existiendo aunque disminuida la voluntad del contrayente no podemos hablar del defecto del consentimiento y si de su ineficacia para producir nupcias validas, por lo cual podemos admitir que la norma por la cual se establece la nulidad del matrimonio por *metus causa*, en forma específica es de derecho positivo aunque genéricamente se funda en derecho natural”.

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.*”⁸⁶

Por lo cual 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.

“2° Matrimonio contraído por miedo, que es una perturbación del ánimo causada por un mal que amenaza al que lo padece. Para que jurídicamente sea

⁸⁶ (ID., IBID, DE IUDICIS, II, 1;)

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 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.

El Dr. Huber en su obra citada sigue analizando el miedo y al respecto nos dice:

“Por otra parte debemos considerar que los males que se tienen como absolutamente graves, también tenemos que estimarlos y apreciarlos con relación a las personas sobre los cuales recaen, y así tenemos como ejemplo que la amenaza de la cárcel que constituye un mal grave para la generalidad de las personas no lo constituye para un maleante que reincide en la cárcel, de modo que la amenaza de tales males graves engendra solo una presunción de que puede producir un miedo grave a no ser que atendiendo a la condición de las personas el juez llegase a tener la certeza de lo contrario. Por lo mismo la expresión *metus cadens in constantem virum* tenemos que entenderla en la siguiente forma: el miedo que respecto de uno podía reputarse como grave, en un hombre débil no sería tal con respecto de otro que fuese más fuerte que aquel, de aquí que un miedo menor que puede conmover a una mujer no lo hace con un hombre fuerte y pleno en todas sus facultades”⁸⁷.

De la misma forma si es viejo o niño o frágil y pusilánime el paciente del miedo, la amenaza será más efectiva y determinante para arrancar el consentimiento.

Los elementos de la coacción que invalida el matrimonio son:

1.- En primer lugar la acción violenta y el temor que esta acción produce en el contrayente, los cuales se unen para producir la alteración de la voluntad, por eso no se aprecia la violencia cuando el sujeto no considera esta acción violenta como suficiente para privarse de su autonomía, por lo cual el requisito de la gravedad implica que la acción violenta sea lo suficientemente grave para causar tal impresión en el ánimo de un hombre normal que le produce una turbación tal que lo constriñe a elegir el matrimonio como único medio para evitar el mal con el que ha sido amenazado.

La jurisprudencia que la Sacra romana rota ha emitido en sus sentencias con respecto al miedo es muy abundante y muchas sentencias rotales indican que la gravedad del miedo tiene que estimarse atendiendo no solo a la naturaleza de la amenaza, es decir, que el mal sea grave en sí, y para la persona que lo padece la

⁸⁷ Huber, Francisco. *Derecho Canónico Matrimonial*. Porrúa. Mexico, 2006. P.213

probabilidad de su realización y la dificultad para evitarlo, así mismo se debe tomar en cuenta la condición de quién infunde el temor como la del intimidado, por lo mismo que el miedo es una afección de nuestro ánimo que depende de la aprehensión con que percibimos las cosas que nos rodean, tenemos que considerar la persuasión respecto de la inminencia del mal por parte del que padece el miedo. La apreciación de la gravedad del miedo procesalmente se debe de remitir a la prudencia del juez.

De lo anterior podemos deducir que la jurisprudencia rotal ha tenido mucho cuidado en considerar en forma elocuente lo que puede influir en forma directa en la presencia del miedo en los sujetos ya que se ha puesto mucho cuidado en ver la condición o condiciones que debe tener el que infunde el miedo así como, las características y circunstancias en que se encuentra la víctima que es el sujeto pasivo del miedo, y que no se puede pensar en que un niño pueda infundir miedo a un hombre fuerte y pleno de todas sus capacidades y que por lo mismo pueda sucumbir por el miedo para ser o ejecutar el acto que el miedo le está obligando a hacer.

3.5.1. MIEDO REVERENCIAL

Esta clase de miedo es sumamente especial ya que no requieren grave amenaza sobre un mal que se pudiese causar al sujeto pasivo del miedo pero que sin embargo tiene efectos dentro del consentimiento que provoca la exclusión de varias de las opciones que puede tener el sujeto pasivo para elegir con toda libertad cualquiera de las opciones disponibles por lo cual se está menoscabando la libertad del sujeto.

El miedo además de ser grave requiere que sea inferido ab-extrínseco y se ponga al contrayente en la alternativa del peligro de sufrir el mal con que se le amenaza o de contraer matrimonio, para que si opta por librarse del miedo no tenga otra alternativa que elegir el matrimonio, es decir, que por la amenaza del mal en que la coacción moral consiste se obligue a la víctima del miedo a contraer matrimonio.

Con respecto al llamado miedo reverencial que tiene ciertas particularidades que le vienen a distinguir del miedo común. El miedo reverencial es aquel, se nos dice que proviene de las personas bajo cuya potestad estamos y en virtud de la cual les debemos sumisión, obsequio y respeto (reverencia). No obstante que es considerable el número de causas matrimoniales por miedo reverencial, el Código de Derecho Canónico no hace mención expresa de esta clase de miedo, por lo cual la norma que establece el miedo in genere es de igual aplicación no sólo al miedo simple o común, sino también al miedo reverencial, por lo cual al referirse a esta última clase de miedo dicho canon, se habrá de tener en cuenta las particularidades que la jurisprudencia y la doctrina le atribuyen y por las cuales se distingue del miedo común. Las características que atañen a dicho miedo son en primer lugar, las que se refieren a las personas que infunden y padecen el temor, y en segundo lugar se refieren al modo, como los requisitos que la ley establece en el miedo se presentan en el miedo reverencial haciendo que se pueda considerar dentro de la norma relativa al miedo en general.

Tenemos que tomar en consideración a las personas que infunden y a las que padecen el temor, se dice que el miedo reverencial se distingue del miedo común,

en que el miedo reverencial no pueden inferirlo sino aquellas personas a quienes por cierta relación dominativa o de potestad está sujeto el que lo sufre y así mismo que no pueden padecerlo sino las personas que por cierta relación de sujeción están sometidas a la potestad de aquel que lo infunde, por lo cual tenemos que ver cual es el alcance de la autoridad o potestad del superior sobre el subordinado, así como cual es el alcance de la sumisión o sujeción del subordinado con el superior, ya sea por derecho estricto o bien por razones morales o sociales. Al reproducir una decisión rotal “cierta relación de sujeción” hemos de entender que no se requiere una sujeción *stricto iure* sino que se puede fundar en aspectos éticos sociales y este ha sido el criterio constante de la jurisprudencia de la Sacra Rota Romana.

El miedo reverencial como causa eficiente del matrimonio tendrá que apreciarse no sólo en cuanto la reverencia sea prestada y la potestad que la reclama se ejerza, en virtud de una norma de derecho, como es la piedad filial debida por la patria potestad o el respeto debido al tutor por el pupilo, sino también cuando la reverencia esté fundada o sustentada en ciertas circunstancias morales o sociales como son el parentesco, la gratitud, la dependencia, etc. ya que la razón de reverencia se dará en forma indistinta entre padres e hijos, tutores y pupilos, tíos, sobrinos, amos y criados, etc.

La jurisprudencia rotal y la doctrina no sólo reconocen que el miedo reverencial puede ser infundido por los padres a los hijos, sino que considera la posibilidad de que se pueda inferir por la madre aún viviendo el padre y sin su intervención, y por los padres a hijos mayores de edad, con lo cual se nos da a entender que la determinación de la potestad o autoridad del superior y la sujeción del inferior no se atiende a un criterio rígido ya sea de justicia o de costumbres, sino que por norma tiene que atemperarse a principios que sean equitativamente más flexibles y que en última instancia deberá resolverse por el prudente arbitrio del juez que será resultante del análisis que se haga en cada caso.

De donde tenemos que dicho miedo puede ejercerlo cualquiera de los que tienen potestad sobre el sujeto pasivo del miedo, dando como resultado que este

miedo sin ser gravísimo puede ocasionar la ineficacia del acto jurídico y por lo mismo la invalidez del contrato matrimonial.

En cuanto a la gravedad, la doctrina y la jurisprudencia nos dice que el miedo reverencial es de suyo leve y que sólo deviene grave y por ende irrita el matrimonio cuando se hace cualificado.⁸⁸

Si los padres y superiores en el uso del derecho y cumplimiento del deber que tienen de asistir con su consejo a los hijos en un negocio de tanta importancia como lo es el matrimonio y tratan con sinceridad de persuadirles de la conveniencia de que se celebre el matrimonio con determinada persona, aunque sea haciendo una presión moderada, el temor de los hijos de contrariarles, de causarles molestias u ofenderles por negarse a contraer el matrimonio que les proponen constituyen tan sólo miedo leve y no deviene en grave ni considerando la función que ejerce la reverencia, es decir la sumisión y el obsequio que los hijos deben a sus padres. Pero cuando el contrayente obra coaccionado por que los padres no sólo se limitan a aconsejar y aún se dice a presionar suavemente a los hijos para la aceptación del matrimonio, sino que además tratan de doblegar el ánimo del hijo ya sea con pleitos, vejaciones, aspereza de semblante o ruegos o suplicas insistentes e importunas, aunque no medien sevicias o malos tratos, ni amenazas de males graves de tal forma que el hijo debe temer razonablemente la indignación profunda y duradera del padre o de la madre.⁸⁹

Este temor que tampoco por sí constituiría un miedo grave, unido a la reverencia debido a los progenitores, se convierte en grave, esto es, el miedo reverencial, de suyo leve se hace cualificado, es decir si la aprehensión de desagradar, o contrariar a los padres añadida a la reverencia que merecen se constituye con una circunstancia agravante la cual es la que provoca en los hijos el temor de la indignación profunda y duradera de aquellos, el miedo reverencial se transforma en cualificado y por lo cual se equipara al miedo grave para los efectos de invalidar ese matrimonio. Y es natural que así sea ya que en cierta

⁸⁸ (SENTS, ROTALES DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1936, CORAM JULLIEN, N.2)

⁸⁹ (SENT. ROTAL DE 31 DE JULIO DE 1935, CORAM JULLIEN, NÚM. 3).

forma se está coartando la libertad por limitar las opciones que pudiera tener quién es víctima de este miedo.

Por último si los padres ejercen sevicias o maltratan a los hijos o les amenazan con males que de suyo son graves como la expulsión del hogar, las desheredación, etc. en tales circunstancias el miedo es de suyo grave prescindiendo aún del elemento reverencial.

Es sumamente importante que para que tenga lugar el miedo reverencial cualificado, es decir, que para que jurídicamente pueda considerarse como grave, no es necesario que la indignación paterna sea presente o actual, ya que bastará que sea probable con tal de que por las circunstancias hagan temer razonablemente dicha indignación paterna, porque si bien el miedo es la turbación del ánimo que se tiene por el peligro de un mal no sólo presente sino futuro y que este temor verse sobre la indignación duradera de los padres. La indignación aún breve podría alguna vez estimarse como causa de miedo si considerando las circunstancias el atemorizado pudiese presentir esa indignación razonablemente como duradera. Atendidas las circunstancias que se presenten en cada caso puede ocurrir que aún con indicios contrarios que pueden dar lugar a presunciones tiene que estimarse la existencia del miedo reverencial cualificado si de lo actuado y probado de la causa se formase en el ánimo del juez certeza moral de un consentimiento coaccionado y por lo mismo incapaz de producir un contrato matrimonial válido.

Aquí tenemos que la sola probabilidad de que se pueda causar un daño hace eficaz la presencia de este miedo en el sujeto pasivo del mismo.

Tenemos que considerar también que el temor reverencial debe ser infundido ab extrínseco, es decir que debe provenir de una causa externa y además esta causa ha de ser libre o humana por lo cual se nos indica en varias sentencias rotales que el miedo reverencial no podría concebirse si el mal temido dependiese no de los padres o de los superiores sino de otra causa, ya libre o natural, de forma que no esté en su potestad poner en obra el mal o bien abstenerse de ejecutarlo aunque el mal dependiente de otra causa sea invocado

para obtener el consentimiento matrimonial como un medio para evitarlo. Si en ocasiones el mal depende de una causa natural o de persona extraña, esto podría servir a los padres para tratar de inclinar la voluntad del hijo al matrimonio con una persona determinada y entonces se tendría que examinar si los hijos eligen el matrimonio como un medio de evitar al mal o para eludir la indignación de los padres que en forma prudente y con certeza se pudiera temer; se podría dar el miedo reverencial en este último caso si estuvieran presentes los elementos que el derecho y la jurisprudencia establecen para tener como efectivo el miedo reverencial.

En cuanto a la injusticia, considerando que los padres no solamente tienen el derecho, sino también el deber de aconsejar y orientar a los hijos en la elección de estado respetando su vocación y libertad, al igual tienen la facultad de disuadirlos de un mal matrimonio como también pueden persuadirles sobre la conveniencia de otro matrimonio exponiéndoles los argumentos en que se fundan y aun empleando una paternal y suave presión. Si los padres limitan su intervención a una mera persuasión y usando de su derecho para tal efecto a nadie le pueden inferir injuria y en el caso de que los hijos por razón de la reverencia abrigasen un miedo, consideramos que este sería un miedo justo, más si los padres o superiores se extralimitasen en el ejercicio de sus facultades y potestades mediante medios coactivos, entonces surgiría la injusticia, la cual unida a los otros elementos legales del miedo sería causa suficiente para que se produjera un consentimiento viciado y por ende la nulidad del matrimonio, ya que no se daría el uso legítimo del derecho que es inherente a la patria potestad, sino el abuso de autoridad que constituye la modalidad con que la injusticia se manifiesta en lo que es el miedo reverencial, son varios los elementos que el juez tiene que considerar para concluir sobre el abuso de autoridad y la injusticia.

Es determinante la extralimitación en el ejercicio de sus facultades y potestades que tienen los padres sobre los hijos, y en este caso es claro que surge injusticia, que puede producir para que el consentimiento quede viciado y sea inoperante el acto jurídico que se produce dentro de estas características.

Debemos de tener en cuenta lo que a este respecto nos dice el comentario al Código de Derecho Canónico, canon 1103:

“A esta clase de mal pertenece el miedo reverencial, en cuanto que es el causado por la autoridad de aquel a quien se halla sometido y debe honor y reverencia. Lógicamente, si el miedo es leve, no tiene relevancia jurídica alguna: si es tan grave que quita el uso completo de la razón, el matrimonio sería nulo por falta absoluta de consentimiento;

b) debe proceder ab extrínseco, es decir, de una causa externa, producido por un agente exterior a la persona que padece el miedo;

c) miedo indirecto; es decir, no se requiere que el miedo vaya dirigido directamente a arrancar el consentimiento matrimonial; es suficiente que el paciente elija el matrimonio para librarse del mal amenazado, aunque en la intención del amenazante no esté directamente tal propósito. En una palabra: debe influir decisivamente en el consentimiento matrimonial (Relatio 1981, 258). Ha desaparecido de la actual codificación el requisito de que el miedo debía ser injusto por parte de la persona que intimida o amenaza (c. 1087, 1*), porque no se concibe que haya un miedo justo por el que se pueda obligar a contraer matrimonio. Este c. se puede aplicar a matrimonios de no católicos” canon 1103.⁹⁰

Es claro el comentario que se hace al canon 1103, pues se nos va indicando los diversos supuesto que hacen presente esta clase de miedo.

La Sacra Romana Rota en incontables sentencias se refiere a la forma en la cual se puede ejercer este miedo distinguiendo claramente cuando existe injusticia en la acción que provoca el miedo y es por eso que en varios casos el criterio de la doctrina y de las sentencias emitidas por la Sacra Rota Romana se ha estimado que si no existe abuso de autoridad por consiguiente no podía apreciarse la injusticia del miedo. El principio que informa estas decisiones rotales están conformes con la doctrina del Dr. Angélico “dándose en el matrimonio como cierta

⁹⁰(CPI, 23 DE ABRIL 1987: COMM. 19(1987) 149). COMENTARIOS AL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. B.A.C. MADRID MCMLXXXIX.

servidumbre perpetua, el padre no puede compeler preceptivamente al hijo al matrimonio, porque éste es de libre condición, pero puede inducirle a él en virtud de una causa racional; y entonces, del mismo modo como el hijo se ha con respecto de aquella causa, así se ha con el precepto paterno; de suerte que si aquella causa constriñe por razón de necesidad o de honestidad, de manera análoga constriñe también el precepto del padre, en otro caso no.”⁹¹

La injusticia no aparece en forma expresa en el canon 1103, pero se deduce de lo establecido en el canon 125.2, a diferencia de la redacción que tenía en el código de 1917, en el cual se expresa claramente. Debemos de considerar que si la inminencia del mal con el cual se amenaza, por su gravedad y su determinación afecta la libertad del acto de voluntad, prácticamente no importa que el mal objeto de la amenaza sea justo o injusto, ya que el consentimiento no opera con toda su libertad, por lo cual estamos ante un acto que no es un auténtico consentimiento matrimonial y por lo tanto no puede generar un acto jurídico válido; por lo cual debemos nosotros considerar que en todo momento el código y la jurisprudencia que se ha emitido en este aspecto lo que hacen es proteger la libertad del sujeto que emite su consentimiento.

El miedo indirecto es aquel que se dirige no a arrancar el consentimiento matrimonial, sin a otro fin, pero el paciente del miedo para librarse de otro mal ofrece el matrimonio.

Hasta antes de época del maestro en Derecho Canónico Graciano no existe documento eclesiástico que declare nulo el matrimonio por miedo, en concilios muy antiguos como el de Ancira (314) y el de Caledonia (451) hay textos en donde se castiga el raptó pero nada se establece sobre la nulidad de los matrimonios contraídos por miedo. En tiempo de Graciano se admitía comúnmente esta nulidad. La nulidad por miedo grave injusto se consigna en las decretales de Gregorio IX Lib. 4, Lib. 1 Cap. 6. El concilio de Trento no cambió substancialmente el impedimento de fuerza y miedo. Impuso pena de excomunión a los señores

⁹¹ (CFR. SUMMA THEOL. SUPPL., Q. XLVII, ART. 6:).

temporales y magistrados que forzasen a sus súbditos a contraer nupcias (Ses. 24, Cap. 2). El Santo Oficio y la S. Congr. De Propag. Fide dieron disposiciones sumamente severas para amparar la libertad de los esponsales y el matrimonio en las misiones.

Históricamente el miedo se ha tratado en diversas sentencias y con respecto a el miedo indirecto se menciona por primera vez en “Comentaría in Decretales Gregorio IX, ad Lib. 4, Tit. 1, Cap. 14”. En donde se dice que solo el miedo directo hace nulo el matrimonio, criterio sostenido en los siglos XVI y XVII.

Después del Código de 1917 las razones y opiniones según las cuales el miedo indirecto invalida el matrimonio, establecen en primer lugar que en el miedo indirecto hay violencia e injusticia, por lo cual esto basta para anular el matrimonio, ya que habiendo violencia al paciente le quedan tres opciones: Tolerar el mal con el que se le amenaza, resistir a el o bien elegir el matrimonio. Hay injusticia pues aunque el paciente del miedo elija el matrimonio como un mal menor pero no por eso cesa la injusticia por lo que, podemos concluir que únicamente considerando la injusticia, el matrimonio sería nulo, ya que se esta afectando la libertad del sujeto al emitir un consentimiento afectado por la injusticia que afecta la libertad.

4. Conclusiones.

1. El contrato matrimonial es un contrato de derecho natural ya que se funda en la naturaleza misma del hombre.
2. La institución del matrimonio es tan importante y tiene tanta relevancia en el orden social que trasciende al derecho público.
3. El consentimiento es generador y constitutivo del matrimonio, consentimiento que por ninguna potestad humana puede ser suplido, por lo cual debe operar en forma plena y auténtica.
4. Para que se pueda generar un contrato matrimonial, se requiere que el consentimiento que lo constituye tenga absoluta y plena libertad ya que si falta la libertad o esta es menoscabada por alguna circunstancia, estamos ante un contrato matrimonial inválido y por lo mismo no puede generar consecuencias de derecho.
5. El matrimonio que se contrae mediante violencia es invalido, ya que se da una divergencia entre lo querido y lo manifestado lo cual quiere decir que la voluntad del sujeto se dirige a no querer contraer el matrimonio pero sin embargo, externamente declara lo contrario por lo cual hay una diferencia entre lo que se quiere y lo que se manifiesta, de donde resulta la invalidez del contrato.
6. La jurisprudencia canónica establece que se tiene que hacer una valoración subjetiva en cuanto a la violencia que sufre el contrayente, considerando que para el mismo no tenga forma alguna de evadir la violencia que se ejerce en su contra.
7. Cuando se da el miedo en el consentimiento, en ocasiones no se aprecia exteriormente ningún signo del que pueda deducirse que el matrimonio se esté efectuando bajo la presión del miedo, ya que se supone que lo expresado al exterior es lo que se quiere en el fuero interno, sin embargo, en los casos en los que se ejerce el miedo lo expresado por la persona victima del miedo no se hace con libertad, es decir, el consentimiento que

se otorga en relación al matrimonio se hace con la finalidad de librarse de los males que le amenazan.

8. Quien obra por miedo cede a la presión que se ejerce sobre su ánimo que es provocado por una causa externa, por lo cual siempre se debe tomar en cuenta la coacción, ya que la amenaza de un mal actual o futuro, repercute en el estado de ánimo que es un estado psíquico e interno y por lo tanto no se puede generar un acto jurídico valido ya que el sujeto del miedo no obra con la plenitud de su libertad.
9. La jurisprudencia rotal ha sido constante en sus sentencias con respecto al miedo y muchas de ellas indican que la gravedad del miedo tiene que estimarse atendiendo no solo a la naturaleza de la amenaza, es decir, que el mal sea grave en sí y para la persona que lo padece la probabilidad de su realización y la dificultad para evitarlo tomando en cuenta la condición de quien infunde el miedo como la del intimidado de donde tenemos que se ha considerado el analizar la condición o condiciones que debe tener el que infunde el miedo así como las características y circunstancias en que se encuentra la víctima que es el sujeto pasivo.
10. El miedo reverencial es aquel que proviene de las personas bajo cuya potestad está el sujeto pasivo del miedo, de donde el miedo reverencial no pueden inferirlo sino aquellas personas a quienes por cierta relación dominativa o de cierta potestad está el sujeto que lo sufre y así mismo no pueden padecerlo sino las personas que por cierta relación de sujeción están sometidas a la potestad de aquel que lo infunde.
11. La doctrina y la jurisprudencia canónica nos indica que el miedo reverencial es de suyo leve y que solo deviene grave y cuando se hace cualificado, ya que la jurisprudencia Rotal ha salvaguardado la libertad absoluta en el consentimiento y ha considerado que no puede generar contrato valido un consentimiento que esta menoscabado y afectado en su libertad.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO MUÑOYERRO, Código de Deontología Médica, 4.^a edic. Madrid, 1956.

Alcubilla Martínez M., Codigos antiguos, ARQUER – SEMIR, Derecho Matrimonial, Barcelona, 1949.

AZNAR GIL, FEDERICO R., El Nuevo Derecho Matrimonial Canónico, Biblioteca Salmanticensis, Estudios 60, Universidad Pontificia de Salamanca 1983.

Bullarium Benedicti XIV, ed. Melch.

BERNÁRDEZ, Las causas canónicas de separación conyugal, Madrid, 1961.

BERNE ERIC MD, A Layman's Guide To Psychiatry and Psychoanalysis, Pinquin Books 1970.

BEUCHER MAX, Cara y Cruy del Psicoanálisis, Edit. Broquera S., Barcelona, Bogotá, Buenos Aires, Caracas, México 1970.

BIDAGOR RAYMUNDO, S.J., De Interpretatione Canonis 209 en Monitor Ecclesiasticus 1952, 411-417.

Bullarium Benedicti XIV, ed. Melch

BURKE RAYMOND L., Canon 1095, Canonical Doctrine and Jurisprudence, Part I: Canon 1095, 1^o and 2^o, en Canon Law Society of America Proceeding of the Forty-Eighth Annual Convention. Denver, Col. 1986.

BOFARULL, El Procedimiento en las causas canónicas de nulidad del matrimonio canónico, Madrid, 1946.

CAPPELLO FELIX MA., S.J., Tractatus Canonico-Moralis de Sacramentis. Vol. V De matrimonio, Domus Editoriales Marietti 1947 (ed. 5^a).

CASTAÑEDA, La Locura y el Matrimonio, Madrid, 1955.

CHELODI – CIPROTTI, El Derecho Matrimonial. Versión española de FERNANDEZ ARRUTY, Barcelona, 1959.

DEL AMO, Los Matrimonios civiles durante la República, Madrid. 1954.

DEL GIUDICE VINCENZO, Nociones de Derecho Canónico, Publicación del Estudio General de Navarra. Pamplona 1955.

DOYLE JERALD A., The Formal Act of Leaving The Catholic Church, en Canon Law Society of America Proceedings of the fiftysecond Annual Convention, Cleveland oh. 1990.

ENZO BONAVENTURA, Introducción al Psicoanálisis, Editora Nacional, México, 1992.

FERNANDEZ, PLÁCIDO, La Impotencia en el Matrimonio, Salamanca, 1960.

FALTIN DANIEL, L'Esclusione Della Sacramentalità del Matrimonio, con particolare riferimento al Matrimonio dei Battezzati non Credenti, en Studio Rotali, 1989.

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.

FINOCHIARO F., Matrimonio civile, Formazione, Validità, Divorzio, Milano 1982.

FROMM ERICH, The Crisi of Psicoanálisis, Fawcett Publications Inc., Greenwich, Conn. 1970.

GASPARRI. Tractatus canonicus de Matrimonio, Parisiis. 1904.

GASPARRI PETRUS CARD., Tractatus Canonicus de matrimonio, 2 vols., Romae 1932.

GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, La Institución matrimonial según el derecho de la Iglesia Católica, 3.^a ed. Madrid, 1954.

GUTIERREZ JOSE, El Método Psicoanalítico de Erich Fromm, Bogotá 1961.

HOLBOECK CAROLUS, Tractatus de Iurisprudentia Sacrae Romanae Rotae, Graetiae, Vindobonae, Coloniae 1957.

HUBER OLEA CONTRO, FRANCISCO JOSÉ, La Condición en el Contrato Matrimonial Canónico (tesis de Pregrado, Licenciatura) Facultad de Derecho UNAN México, 1991.

HUBER OLEA Y REYNOSO, FRANCISCO, Análisis del Régimen de los Príncipes, México, 2004, Ed. Porrúa.

HUBER OLEA Y REYNOSO, FRANCISCO, Derecho Canónico Matrimonial, México, 2006, Ed. Porrúa.

HUBER OLEA Y REYNOSO, FRANCISCO, Teoría Tomista del Bien Común, México, 2002, Ed. Lourdes.

INSTITUTO DE SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT, Las causas matrimoniales, Salamanca 1953.

KREMPEL B.A., Die Zweckfrage der Ehe in neuer Beleuchtung, Einsiedeln- Köln 1941.

LECLERQ, Le Mariage chretien. Versión castellana, 4.^a ed. Madrid, 1954.

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.

Magallon Ibarra, Jorge mario, El matrimnio. Sacramento, contrato, institución, Porrúa UNAM, Mexico, 2006.

MANS, Derecho matrimonial canónico, tomo I, Barcelona, 1954; Tomo II, 1956.

MARTI SANCHEZ J. M. La relevancia jurídica del Amor Conyugal en el Matrimonio, en Revista Española de Derecho Canónico, 48 (1991).

MENDONCA AGUSTINE, The Effects of Personality Disorders on Matrimonial Consent, en Studia Canonica 21 (1987) Ottawa.

MONTERO, El Matrimonio y las causas matrimoniales, 6.^a ed. Madrid, 1954.

MONTSERRAT, El Derecho matrimonial canónico, Barcelona, 1962.

MORENO, Derecho matrimonial canónico, Madrid, 1956.

MOLINA MELIA – OLMOS ORTEGA, Derecho Matrimonial Canónico, Substantivo y Procesal, ed. 5ª. Madrid 1992.

MUÑIZ, Procedimientos eclesiásticos, Sevilla, 1926.

NAVARRETE URBANO, S. J., Schema Iuris recogniti De Matrimonio: Textus et Observationes, en Periodica de Re Morali, Canonica, Liturgica, Romae, Pontificia Universitas Gregoriana, 1936.

OCHOA JAVIER, Index Verborum ac Locutionum Codicis Iuris Canonici, ed. 2ª., Librería Edictrice Lateranense 1984.

ORZY LADISLAZ S. J. Marriage in Canon Law, Michael Glazier Inc., Wilmington, Delaware 1986.

PAYEN, De Matrimonio in Missionibus, Zi-Ka-Wei, 1928-9.

POMPEDA MARIO F., L' Amore Coniugale e il Consenso Matrimoniale, en: Quaderni Studio Rotale, VII, dic. 1994, Librería Leoniana, Roma.

REGATILLO F., Ius Sacramentarium. De Matrimonio, 3.ª ed. Santander, 1960.

SAN ALFONSO M.ª DE LIGORIO. Teología Moralis, Edic. Gaudé. Romae, 1909.

SCHMALZGRUEBER, Ius Ecclesiasticum Universum. Lib. IV: Sponsalia et Matrimonium, Romae, 1843.

STAFFA DINO, De Conditione contra Matrimonii Substantiam, Romae 1952.

TOMAS DE AQUINO (Sto.Ç) Suma Teológica. Texto latino de la Edición crítica Leoniana. 16 vols. Biblioteca de Autores Cristianos Madrid 1959-1960.

TORRE, Processus matrimonialis, 2.ª ed. Nápoles, 1956.

VAN HOBE ALFONSO, De legibus Ecclesiasticis, Comentrium Lovaniense in Codicem Iuris Canonici, editum a Magistris et Doctoribus Universitatis Lovaniensis, vol. I, Tom. II, Mechlinae-Romae, H.

VAZQUEZ FLORES ALVADOR, El Dolo Como Causa de Nulidad Matrimonial en el Código de 1983, Tesis presentada en la Universidad Pontificia de México para obtener el grado de Licenciatura en Derecho Canónico, México 1994, inédita.

VLAMING – BENDER, Praelectiones Iuris Matrimonialis, 4.^a ed. Bussum, 1950.

VROMANT, Ius Missionariorum. De Matrimonio, 3.^a ed. París, 1952.

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.

WERNZ F. XAVERIUS S. J., Ius Decretalium, vol. IV, Ius Matrimoniale Ecclesiae Catholicae, Rima 1904.

WRENN LAWRENCE, Refining the Essence of Marriage, e Canon Law Society of America Proceedings of the Forty-eighth Annual Convention, Denver, Col. 1986.

FUENTES

Código de Derecho Canónico. Pii X Pontificis Maximi iussu digestus, Benedicti Annotatione et Indice Analytico-Alphabetico ab Em. Mo Petro Card. Gasparri Actus, Westminster, Maryland, The Newman Book Shop 1942.

Codex Iuris Canonici Auctoritate Joannis Pauli II promulgatus, Fontium Annotatione et Indice Analytico – Alphabetico auctus. Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Authentice Interpretando (ed.) Libreria Editrice Vaticana 1989.

Código de Derecho Canónico, Edición bilingüe comentada por los Profesores de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, 10^a ed, Biblioteca de Autores Cristianos, 1986.

Corpus Iuris Canonici Academicum, emendatum et notis P. Lancellotti illustratum, in duos Tomos Distributum, Usuique moderno ad Modum Christph. Henr. FREIESLEBEN, alias Ferromontani...accomodatam Coloniae Munatiana, 1783.

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.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Sista, México 1991. Comentado y concordado con Tesis de Jurisprudencia.

Código Civil Español.

Código Civil Italiano.

Corpus Iuris Civiles Romani, Berolini, 1868.

Biblia de Jerusalén, Edición Española dirigida por José Ángel Ubieta, 2ª ed., Editorial Española Desclee de Broker, Bilbao 1971.

SARTORI, Enchiridion canonicum seu Sanctae Sedis responsiones post editum Codicem I. C. datae iuxta canonum Codicis ordinem digestae notulisque ornatae (1917-1944), 7.ª ed., Romae, 1945.

CONTE A. CORONATA, Interpretatio authentica codicis iuris canonici, 2ª ed., Aug. Taurinorum-Romae, 1948.

BRUNO CARD. G., Codicis iuris canonici interpretaciones authenticae seu responsa a Pontificia Commissione ad codicis canones authentice interpretandos data et in unum collecta, atque Romanorum Pontificum actis et Romanae Curiae decisionibus aucta (vol I, 1917-1935; vol. II, 1936-1950), Typis Polygl. Vatic., 1935-1950.