

**UNIVERSIDAD DE PIURA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO**



**La secularización del matrimonio y su influencia en la formación  
del consentimiento matrimonial canónico**

**Tesis para optar el título de Abogado**

**Betsy Alejandra Guerra Cárdenas**

**Asesor: Dra. Susana María Mosquera Monelos**

**Piura, abril 2019**



## Aprobación

Tesis titulada “*La secularización del matrimonio y su influencia en la formación del consentimiento matrimonial canónico*” presentada por la bachiller Betsy Alejandra Guerra Cárdenas en cumplimiento para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora Dra. Susana María Mosquera Monelos.

---

Directora de tesis



## RESUMEN ANALÍTICO – INFORMATIVO

Título de la tesis: **La secularización del matrimonio y su influencia en la formación del consentimiento matrimonial canónico.**

Autor de la tesis: **Betsy Alejandra Guerra Cárdenas.**

Asesor o director de la tesis: **Dra. Susana María Mosquera Monelos.**

Tipo de tesis: **Tesis de título.**

Título que opta: **Licenciado en Derecho.**

Institución. Facultad: **Universidad de Piura. Facultad de Derecho.**

Fecha de sustentación: **Piura, abril de 2019.**

**Palabras clave:** Secularización, matrimonio civil, matrimonio canónico, consentimiento, error, simulación, indisolubilidad.

**Descripción:** Tesis de grado en Derecho perteneciente a la línea de investigación del Derecho Canónico Matrimonial. La autora presenta los resultados del análisis del proceso de secularización del matrimonio y su actual regulación en el ordenamiento jurídico peruano, para contrastarlo con el matrimonio canónico y sus rasgos esenciales, a fin de determinar los principales aspectos en los que se diferencian ambas regulaciones. A partir de estas disparidades, se identifica cómo tal fenómeno puede influir en la válida constitución del consentimiento en el matrimonio canónico por rechazo de la indisolubilidad, presentándose como vicios de error o simulación. Finalmente, se proponen opciones para enfrentar y procurar la validez del consentimiento en el matrimonio canónico.

**Contenido:** El texto de la tesis está dividido en tres partes. En el primer capítulo se explica el proceso de secularización del matrimonio, principalmente cómo se produjo en Perú, hasta la actual regulación matrimonial civil. En el segundo capítulo se presenta el matrimonio canónico y sus principales características, comparándolo con el vigente matrimonio civil peruano. En el tercer capítulo se analiza cómo la influencia de la secularización puede ocasionar un consentimiento matrimonial canónico inválido, específicamente por los vicios de error y simulación.

**Metodología:** Se realiza un análisis cualitativo, histórico jurídico, comparativo, legislativo y jurisprudencial.

**Conclusiones:** Se concluye que la secularización del matrimonio, con la regulación civil y tendencias ideológicas que trae consigo, es capaz de ocasionar un consentimiento inválido para el matrimonio canónico, especialmente por rechazo a la indisolubilidad. Además, que el óptimo y apropiado camino para hacer frente a esta problemática es mediante la preparación del matrimonio canónico.

**Fuentes:** Libros, artículos, legislación nacional, legislación canónica, instrumentos pastorales de la Iglesia católica, jurisprudencia civil, jurisprudencia canónica.

**Fecha de elaboración resumen:** 15 de abril de 2019.



## Tabla de Contenidos

<b>Introducción</b> .....	1
<b>Capítulo 1 La secularización del matrimonio</b> .....	3
1.1. La secularización del matrimonio canónico .....	3
1.2. La secularización del matrimonio en el Perú.....	5
1.2.1. Matrimonio religioso con efectos jurídicos civiles.....	6
1.2.1.1. Exclusividad del matrimonio católico .....	7
1.2.1.2. Ley del Matrimonio Civil de 1897 .....	10
1.2.2. Matrimonio civil obligatorio.....	13
1.2.2.1. Decretos Leyes N° 6889 y 6890 de 1930 .....	13
1.2.2.2. Decreto Ley N° 7282 de 1931 .....	15
1.2.2.3. Leyes N° 7893 y 7894 de 1934.....	16
1.2.2.4. Código Civil de 1936.....	17
1.2.2.5. Código Civil de 1984.....	18
<b>Capítulo 2 El matrimonio canónico y su comparación con el matrimonio civil peruano</b> .....	23
2.1. ¿Qué es el matrimonio canónico? Definición, elementos y propiedades esenciales .....	23
2.2. Capacidad.....	30
2.2.1. Sobre el <i>ius connubii</i> .....	30
2.2.2. Impedimentos.....	31
2.2.2.1. Impedimentos de incapacidad física .....	32
2.2.2.2. Impedimentos de parentesco.....	33
2.2.2.3. Impedimentos de delito.....	35
2.2.2.4. Impedimentos de incompatibilidad jurídica .....	37
2.3. Preparación del matrimonio.....	39
2.3.1. Del matrimonio canónico.....	39
2.3.2. Del matrimonio civil peruano .....	42
2.4. Consentimiento .....	43
2.4.1. Cuestiones generales sobre el consentimiento válido.....	43
2.4.2. Características y correspondientes vicios .....	46

<b>Capítulo 3 Influencia de la secularización del matrimonio en la válida constitución del consentimiento matrimonial: sobre los vicios de error y simulación .....</b>	<b>53</b>
3.1. Del error determinante sobre las propiedades del matrimonio (canon 1099).....	54
3.2. De la simulación parcial por exclusión del <i>bonum sacramenti</i> (canon 1101 §2).....	60
3.3. Cuestiones jurisprudenciales en torno al error y la simulación relativos al divorcio civil .....	70
3.4. Consideraciones para contrarrestar los efectos de la visión secular del matrimonio.....	74
<b>Conclusiones .....</b>	<b>83</b>
<b>Referencias bibliográficas.....</b>	<b>87</b>



## Introducción

El matrimonio es un elemento fundamental de toda sociedad. Siempre ha estado presente como el núcleo en el que se desarrolla la persona. El ser humano tiende a la familia, a crecer en una hasta alcanzar cierto desarrollo que le permita formar otra. El matrimonio es una manifestación de la naturaleza del hombre. Y, aunque por tal importancia, varias sociedades lo han considerado sagrado, no se debe confundir su origen, pues “el matrimonio no solamente es un sacramento, sino también una función de la naturaleza”<sup>1</sup>.

Es innegable entonces la necesidad de protegerlo, de descubrir su esencia y resguardarla. Lo ha hecho la mayoría de civilizaciones a lo largo de la historia y es una labor que se sigue perfeccionando hoy. En esta tarea ha sido de vital importancia el aporte del cristianismo a esta institución. Si bien antes de él hubo ciertos desarrollos, ningún otro con tal profundidad. Aunque, ciertamente, el cristianismo también ha recogido elementos del derecho romano, germánico y judío, la reforma ha sido de tal magnitud que no se puede sostener que es evolución de alguno de estos sino una noción totalmente distinta. El matrimonio canónico tiene una doctrina propia, con una profunda fundamentación en la naturaleza humana, en la antropología y en la sociología, de la cual la dimensión jurídica no se puede desprender, pues la unión conyugal es una realidad social precedente.

La institución matrimonial desarrollada por el Derecho Canónico es aquella de la que parte la noción del matrimonio tal como es entendido hoy, principalmente en el mundo occidental. Incluso, pese al proceso de secularización y laicismo que ha originado múltiples regulaciones de la misma institución, el matrimonio canónico sigue siendo la base de la visión que actualmente se tiene de esta institución, aunque muchas veces las regulaciones seculares suelen dejar de lado elementos esenciales de esta.

Hoy esta situación tiene la aptitud de distorsionar la idea de matrimonio que perciben muchas personas, pudiendo afectar la formación de un consentimiento válido para contraer matrimonio en sede canónica. La finalidad de esta tesis es presentar cómo incide el fenómeno de la secularización en el origen de un consentimiento viciado, específicamente por error o simulación<sup>2</sup>. Esto se hará a través de un estudio de los principales aspectos de la regulación del matrimonio civil peruano que se han diferenciado de la regulación canónica, pues esta

---

<sup>1</sup> Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, III, q. 65, a. 1.

<sup>2</sup> La investigación se ha ceñido a los vicios de error y simulación, sin pretender ser exhaustivos en todos los vicios que pueda originar el fenómeno de la secularización del matrimonio.

institución civil solo se entiende como producto del proceso de secularización del matrimonio de la Iglesia católica.

A estos efectos, en el primer capítulo de este trabajo se explicará el proceso por el que se produjo la secularización del matrimonio en el Perú, a fin de entender el influjo que puede alcanzar tal fenómeno en la mentalidad de la población, hasta la presentación de la regulación vigente del matrimonio civil peruano. A continuación, en el segundo capítulo se analizará este modelo matrimonial en contraste con el canónico, desde la definición de estos y sus principales elementos, hasta su regulación en distintos aspectos como la capacidad, la preparación matrimonial y el consentimiento necesarios para su constitución. Esto se distinguirá con la intención de encontrar en qué puntos específicamente se diferencian actualmente ambas regulaciones.

En el tercer capítulo se presentará la influencia de la secularización en el matrimonio, concretamente, cómo incide en los vicios de error determinante de la voluntad y simulación parcial por exclusión de la indisolubilidad. Para tal fin, se recurrirá a la doctrina canónica y a la jurisprudencia, para, finalmente, arribar a proponer algunas consideraciones para hacer frente a las tendencias actuales relativas a la secularización que pueden provocar matrimonios nulos.

Todo este estudio se realiza con el objetivo de identificar los principales aspectos en que el contexto actual del matrimonio secular puede influenciar al punto de poder ocasionar matrimonios inválidos en sede canónica; con la finalidad de prestarles mayor atención y asegurar una preparación sólida que garantice la celebración nupcial válida, resguardando y defendiendo la indisolubilidad, que es parte de la realidad natural del matrimonio.

## Capítulo 1

### La secularización del matrimonio

#### 1.1. La secularización del matrimonio canónico

En el siglo XXI, es frecuente que en la mayoría de países se encuentre regulado el matrimonio por la legislación civil de su propio ordenamiento, paralelamente a la regulación que pueda tener de cada confesión religiosa, pero ¿esto siempre ha sido así? De hecho, no; esto era inconcebible unos siglos atrás. Hasta mediados del siglo XIX, en la mayoría de países confesionalmente católicos de Europa Continental y Latinoamérica, la Iglesia Católica gozaba de jurisdicción exclusiva en esta materia, y la tuvo por varios siglos. Sin embargo, es a través de un proceso de secularización y laicismo que se separan las competencias entre el Estado y la Iglesia, ocasionando que muchas instituciones que eran regidas históricamente por esta, pasen a manos de aquella. Esto sucedió en muchos aspectos de la vida civil, entre los cuales está uno de los más importantes: el matrimonio. Para entender esto es necesario remontarnos a las bases de las ideas y sucesos que dieron pie a este importante cambio.

El concepto de secularización no es unívoco. Se suele utilizar la palabra “seglar” o “secular” en contraposición a lo religioso, refiriendo a algo que está alejado de dicha connotación o que tenía tal carácter y lo perdió. Históricamente, la secularización es un proceso que inicia en Europa en el siglo XVI. Mariano Fazio indica dos formas de entenderlo: como la autonomía relativa de lo temporal, que coincide con la desclericalización del mundo medieval, o como la autonomía absoluta de las realidades temporales frente a cualquier elemento trascendente, lo que se identifica más con lo que en el siglo XIX se denominó laicismo<sup>3</sup>.

En lo relativo al matrimonio, la secularización se inicia en Europa como consecuencia de la Reforma Protestante<sup>4</sup>, iniciada en 1577 tras la influencia de las ideas de Martín Lutero y Juan Calvino principalmente, y que, junto con la Contrarreforma, marcan la transición hacia la Edad Moderna. Es a partir de este momento que los Estados empiezan a tomar parte en la regulación del matrimonio.

La doctrina protestante niega el carácter sacramental del matrimonio, que es esencial para los católicos. Y a partir de esta idea, la entienden como “una cuestión profana, de

---

<sup>3</sup> Cfr. FAZIO, M. *Historia de las ideas contemporáneas*. 4º ed. Madrid: RIALP, 2015; pp. 21-23.

<sup>4</sup> Cfr. CRESPO, L. *La secularización del matrimonio*. Pamplona: EUNSA, 1992; p. 7.

negocio puramente civil”<sup>5</sup>, se reduce a solo un contrato y, consecuentemente, dejan toda su regulación en poder del Estado, y nada reservado al poder eclesiástico. El protestantismo fue progresivamente ganando más fieles y generando varios cuestionamientos sobre la fe católica. Para aclarar estos puntos se celebra el Concilio de Trento entre 1545 y 1563, dando lugar a lo que históricamente se denomina Contrarreforma.

La oposición sustancial de la doctrina protestante a la católica sobre el matrimonio y los problemas que habían causado las uniones celebradas de forma clandestina, fueron motivo para que el matrimonio sea un tema importante en el Concilio<sup>6</sup>. Como consecuencia, no solo se confirma la doctrina matrimonial canónica, sino que también se emite el Decreto Tametsi y, con él, las primeras normas acerca de la forma del matrimonio católico. Este decreto fue adoptado por los Estados, incluido el español<sup>7</sup> y, por ende, fue también aplicado en todas sus colonias. Sin embargo, en los países en los que triunfó el protestantismo, los Estados tomaban cada vez mayor injerencia en la regulación del matrimonio para sus ciudadanos, hasta lograr la primera regulación de la forma de celebración civil del matrimonio en Holanda en 1580.

Así se dio inicio a la secularización del matrimonio, que fue un fenómeno progresivo y que no se agotó con la Reforma Protestante, pues hubo más factores que posteriormente siguieron influyendo en la separación de esta institución de su carácter religioso. Entre estos podemos encontrar el regalismo y el ambiente doctrinal de la Ilustración, que desenlaza en la Revolución Francesa<sup>8</sup>. Este último suceso, con la ideología liberal que traía consigo, dio como fruto la Constitución de 1791 y el Código Napoleónico, modelo de los códigos decimonónicos, que consagraban la total secularización del matrimonio y su exclusiva regulación estatal.

Posteriormente, el laicismo y las ideologías del siglo XIX contribuyeron a que la mayoría de Estados busquen una regulación propiamente civil sobre el matrimonio. Sin embargo, esto no significaba un abandono de toda la doctrina que había operado en estos países, ni de las categorías que se habían desarrollado. Seguía siendo palpable su influencia, pues había servido de fundamento, pero ahora era regulada por los Estados, restándole

---

<sup>5</sup> LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*. 6º ed. Madrid: Tecnos, 2001; p. 25.

<sup>6</sup> Cfr. GHIRARDI, M. e IRIGOYEN, A. El matrimonio, el Concilio de Trento e Hispanoamérica. En *Revista de Indias*. 2009, vol. LXIX, núm. 246, pp. 241-272; pp. 242-243.

<sup>7</sup> La normativa tridentina fue mandada a observar en territorio español, incluyendo el virreinato en tierras americanas por el Rey Felipe II en la Real Cédula del 12 de julio de 1564 y por la ley 13 tit. 1 lib.1. Cfr. S.A. Novísima recopilación de las leyes de España. [https://play.google.com/books/reader?id=prA-AQAAMAAJ&hl=es\\_419&pg=GBS.PP1](https://play.google.com/books/reader?id=prA-AQAAMAAJ&hl=es_419&pg=GBS.PP1) [consulta: 10 de marzo de 2019].

<sup>8</sup> Cfr. LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de...*, *op.cit.*; p. 25.

elementos esenciales como el carácter sacramental y asimilando la voluntad que se requiere a la de cualquier negocio jurídico.

Por su parte, la Iglesia Católica, a través de la Santa Sede, firmó concordatos con diversos Estados por los cuales se protegió este sacramento en sus territorios. Todos estos sucesos dieron lugar a que, posteriormente, cada Estado opte por un determinado sistema matrimonial que establezca la relación de ambas regulaciones, civil y religiosa, y sus efectos; entre los que se encuentran el sistema de matrimonio civil obligatorio, matrimonio civil facultativo, matrimonio civil subsidiario, entre otros, ocasionando la convivencia paralela de distintos regímenes matrimoniales a los que se puede acoger una unión matrimonial.

## 1.2. La secularización del matrimonio en el Perú

La secularización del matrimonio en el Perú responde a un fenómeno histórico distinto, tuvo un proceso propio aunque comparten las mismas raíces. No se puede afirmar que este fenómeno fue la importación de las reformas que se dieron en Europa, pero sí se encuentran factores comunes que asemejan ambos procesos.

El Perú que se gestaba en el siglo XIX era una forma republicana diferente a las que se habían dado en Europa<sup>9</sup>, se construyó sobre la base de fuertes elementos tradicionales, siendo uno de los principales la religión católica. La relación entre el Estado y la Iglesia era cercana<sup>10</sup>, y la población manifestaba un profundo sentimiento católico, lo que se vio reflejado en los primeros textos constitucionales<sup>11</sup>. Por tanto, no era de extrañar que desde la primera Constitución del Estado peruano se incluya la confesionalidad católica.

Consecuentemente, establecida esta confesionalidad, estuvo prohibido el ejercicio de cualquier otra religión<sup>12</sup> desde incluso antes de la República hasta la modificación de la constitución de 1860, que era la entonces vigente, por parte de la Ley N° 2193 del año 1915,

---

<sup>9</sup> Cfr. PORTOCARRERO, R. y CASTRO, A. Entre la república Aristocrática y la Patria Nueva. Lima: Coedición de Sur Casa de Estudios del Socialismo y Derrama Magisterial, 1996; p. 10.

<sup>10</sup> De hecho, los gobernantes peruanos, desde la Independencia, ejercieron *de facto* el patronato hasta que se formalizó mediante la Bula "*Praeclara Inter Beneficia*" en 1875, que le reconocía al Perú el ejercicio de este derecho. Desde los inicios de la República, Perú buscó la suscripción de un concordato con la Santa Sede, con quien además mantenía buenas relaciones diplomáticas. Cfr. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DEL PERÚ. Página web de la embajada peruana en la Santa Sede. <http://www.rree.gob.pe/SantaSede/SitePages/bilateral.aspx> Consultado 11/01/2019.

<sup>11</sup> Inclusive el modelo constitucional peruano se había adecuado a la ulterior celebración de un concordato entre Perú y la Santa Sede, previsto en todas las constituciones peruanas hasta la de 1933. Cfr. CARPIO, L. *La libertad religiosa en el Perú; Derecho eclesiástico del Estado*. Piura: UDEP, 1999; pp. 291-297.

<sup>12</sup> Estuvo prohibido el ejercicio público de cualquier otra religión que no fuese la católica en las constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, y 1867.

que suprimió esta prohibición derogando la parte final del artículo 4<sup>o</sup><sup>13</sup>, instaurando así la libertad de culto en el ordenamiento peruano, aunque manteniendo su carácter confesional. Esta alusión de los textos constitucionales a la religión católica no ha sido más que el reflejo del sentir de la sociedad peruana, de cómo estaba configurada en esos tiempos. No se trataba en lo absoluto de la imposición de un credo, sino de una muestra de lo importante que fue la fe durante todos esos años.

En cuanto a la regulación propiamente del matrimonio se puede decir que, desde la época del virreinato, solo existía el matrimonio religioso y, de hecho, la unión se ceñía exclusivamente a la doctrina de la Iglesia Católica, es decir, se regía por preceptos morales mas no legales. Lo que hacía el Gobierno no era más que reconocer estas uniones y tenerlas por las únicas válidas, pues en España y, por extensión, en sus colonias, el único matrimonio que era reconocido era el religioso, y solamente el propio de la Iglesia Católica. Por esto solamente era legítimo el matrimonio canónico, y este solo era válido si era constituido según se ajustaban a las normas establecidas en el Concilio de Trento.

### ***1.2.1. Matrimonio religioso con efectos jurídicos civiles***

Se sabe que en Perú, durante la época virreinal, esto es hasta 1821, también hubo matrimonios y no solamente entre españoles o entre indígenas, sino, además de estos, matrimonios mestizos. Y en cualquiera de estas uniones se había de aplicar, como en todo, las normas jurídicas ordenadas desde España, esto es, se debían seguir las normas canónicas<sup>14</sup> en cuanto a la forma de celebración.

Posteriormente, los primeros años de Perú como República coinciden con la tendencia codificadora que había iniciado el Código de Napoleón y que ya empezaba a tener incidencia en Latinoamérica. Se sentía, además, la necesidad de recoger las principales normas de manera concreta y unificada, pues el virreinato había dejado una legislación muy dispersa. En este contexto, Manuel Lorenzo de Vidaurre, notable jurista y político de entonces, propuso un texto que fue conocido como el Proyecto de Vidaurre, el cual fue desarrollado entre 1834 y 1836 y era de corte liberal y secular, era muy poco conservador. Contenía sustanciales reformas en materia de familia y matrimonio, entre las principales se puede destacar que “considera el matrimonio como contrato natural y civil”<sup>15</sup> y le otorga preferencia a este por

---

<sup>13</sup> Artículo 4 de la Constitución de 1860.- La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana: el Estado la protege, y no permite el ejercicio público de otra alguna.

<sup>14</sup> Cfr. CASTAÑEDA, P. *El mestizaje en Indias: problemas canónicos*. Madrid: Deimos, 2008; pp. 312 -313.

<sup>15</sup> VALVERDE, E. F. *El Derecho de Familia en el Código Civil peruano*. Lima: Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942; I, p. 38.

encima del religioso, debiéndose celebrar obligatoriamente antes y dotando de facultades a funcionarios del Estado para intervenir en esta ceremonia.

Esta propuesta no fue bien recibida por la mayoría de los peruanos. En medio de una población en la que predominaba la religión católica y se le confería principal importancia a la fe, entendieron que se mezclaba en estos cambios una “doctrina anti religiosa”<sup>16</sup>. Por estos motivos no pudo contar con la aprobación necesaria para formar parte del ordenamiento jurídico peruano y adquirir fuerza vinculante. El Proyecto de Vidaurre fue, para ese entonces, extremadamente radical y anti clericalista.

#### *1.2.1.1. Exclusividad del matrimonio católico*

Posterior a este intento, se conforma la Confederación Perú-Boliviana, liderada por el general Andrés de Santa Cruz. Este nuevo régimen duró solamente dos años, de 1836 a 1838. Sin embargo, es importante señalar que durante este periodo estuvo vigente el Código Civil de 1836, texto que tenía origen boliviano pero que se adoptó a fin de unificar las normas en toda la confederación. El Código Civil de Santa Cruz sí recogía el matrimonio e indicaba que su “celebración se sujeta a las formalidades del Concilio de Trento”<sup>17</sup>. Esto indicaba que la regulación del matrimonio debía ser enteramente proveniente de la Iglesia y que se le confería el reconocimiento a tal unión siempre que se ajustara a la forma tridentina.

Así estuvo normado en el primer Código Civil que fue aplicable en territorio peruano. Sin embargo, tras la disolución de la Confederación en 1838 se regresó a la legislación colonial que había regido hasta entonces. El Perú se encontraba nuevamente en la necesidad de aprobar un código en materia civil que sea propio de su ordenamiento. Fue entonces que se conformó una Comisión para que prepare la redacción de un cuerpo legislativo que recoja las normas civiles. Con este fin se presentó a la legislatura en 1847 el Proyecto de Código Civil. Tal texto legislativo recogía la reforma que Vidaurre había propuesto en su Proyecto, esto es, que, respetando la indisolubilidad del matrimonio, este también sea realizado obligatoriamente en una ceremonia civil que preceda a la religiosa.

No obstante, el sentir de la población no estaba preparado para tal reforma. De hecho, dos miembros de la Comisión, Tudela y López Lisson, “se retractaron públicamente, por considerar que el proyecto se oponía a las disposiciones del Concilio de Trento, cuyas normas

---

<sup>16</sup> *Ibídem.*

<sup>17</sup> ALZAMORA, R. *Curso de Historia del Derecho Peruano*. Lima: Imprenta del Estado, 1876; p. 263.

habían regido y rigen la constitución del matrimonio en el Perú”<sup>18</sup>. Tras este hecho, la comisión se separa y se deja inconclusa la obra.

Esto es muestra de lo importante que era para el pueblo que las normas civiles armonicen en la mayor medida posible con su fe, lo cual se ponía en evidencia por lo sensible que era la ciudadanía ante modificaciones sobre el régimen del matrimonio y también por los intensos debates entre los legisladores y la doctrina ante las posibles reformas en esta materia.

La preparación de un código tardó, por lo tanto, más años de los previstos. Fue recién en 1852 que se promulgó el primer Código Civil peruano. El régimen matrimonial que finalmente este regula hace notar la clara contraposición y rechazo a la propuesta liberal que había hecho Vidaurre en su proyecto. “La organización del matrimonio estableció muchas disposiciones nuevas constituyendo una manifestación contraria a las posturas de Manuel Lorenzo de Vidaurre en su famoso *Proyecto de Código Civil* y a un grupo de codificadores que empezaron a preparar el Código Civil de 1852”<sup>19</sup>.

Este código mantenía el aspecto conservador, aunque introdujo algunas reformas en materia de familia. Aun así, se conservó como exclusiva la forma de celebración canónica, tal como lo establecía su artículo 156º: “El matrimonio se celebra en la República con las formalidades establecidas por la Iglesia en el Concilio de Trento”. Se mantuvo entonces esta forma de celebración que regía desde la colonia. Por tanto, la única manera de constituir una familia y que esta sea reconocida por el Estado era constituyéndola bajo los preceptos de la Iglesia Católica. Tanto es así que aquellos que no los observaran, sin conocimiento del sacerdote, merecían una sanción penal<sup>20</sup>. Aunque esto parezca exagerado o quizás algo radical ahora, no lo parecía en tales circunstancias. Como bien señala Cornejo Chávez, “aquello se justifica por el hecho de que la abrumadora mayoría de la población peruana profesa la religión católica”<sup>21</sup>.

Este código civil, además, recogía características del matrimonio que lo identificaban plenamente con el canónico: se indicaba que era una unión perpetua entre hombre y mujer<sup>22</sup>, indisoluble<sup>23</sup> y requería una manifestación externa, libre y de mutuo consentimiento<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> VALVERDE, E. F. *El Derecho...*, *op.cit.*; p. 41.

<sup>19</sup> BASADRE, J. *La historia de las codificaciones en el Perú*. Lima: Cultural Cuzco, 2003; p. 42.

<sup>20</sup> Artículo 157: “Los que sin observar las solemnidades de la Iglesia, sorprenden al sacerdote para celebrar matrimonio, y los que favorezcan o autoricen este acto, serán castigadas conforme al Código Penal”.

<sup>21</sup> CORNEJO, H. La familia en la Constitución de 1979. En: *Revista Derecho PUCP*. 1981, n° 35, pp. 23-52; p. 25.

<sup>22</sup> Artículo 132: Por el matrimonio se unen perpetuamente el hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo a la conservación de la especie humana.

<sup>23</sup> Artículo 134: El matrimonio legalmente contraído es indisoluble; acábase solo por la muerte de alguno de los cónyuges. Todo lo que se pacte en contrario es nulo, y se tiene por no puesto.



Además, se indicaba que respetaba plenamente los deberes que la religión le impone sin poder la ley tener la mínima injerencia en estos asuntos<sup>25</sup>.

Sin embargo, este código añade un requisito para que pueda reconocérsele plenos efectos: debía ser inscrito en el registro civil. Esto estaba regulado en el Título III de la Sección VI, en lo referente al Registro de matrimonios. Se prescribía entonces que dentro de los ocho días de celebrado el matrimonio, los cónyuges debían acudir al gobernador del distrito para manifestarle, en presencia de dos testigos, todos los datos de los contrayentes y el hecho del matrimonio con la finalidad de que se extienda la partida correspondiente. El certificado de este documento era necesario para reclamar los derechos civiles anexos al matrimonio.

Una singularidad más recogía este código. Reconocía expresamente la competencia de los tribunales eclesiásticos para las causas relativas al matrimonio y al divorcio. Todo lo demás, esto es, en general, todo lo relativo a los efectos civiles del régimen matrimonial, debía ser conocido por los tribunales del Estado, en el fuero ordinario<sup>26</sup>.

Es preciso anotar aquí que, cuando el texto del código habla de divorcio hace referencia al divorcio relativo, que es una mera separación de cuerpos<sup>27</sup>. El vínculo matrimonial, por tanto, subsiste, pues, como ya se ha mencionado, esta unión era indisoluble. El divorcio tal cual está regulado ahora, es decir el absoluto, no estaba contemplado en el ordenamiento. Al notar todos estos rasgos, García Calderón Rey afirma, con justos motivos, que “en el Perú no llegamos a la secularización del derecho. (...) el carácter civil está disminuido en la organización del matrimonio y regido por la ley eclesiástica, las costumbres y el respeto del legislador. (...) Es así como la doctrina católica domina a la ley civil en la formación de la familia”<sup>28</sup>.

Hasta este momento de la historia del Derecho peruano, “la tendencia laica apenas tiene la expresión de una declaración teórica del Código porque, en realidad, domina la doctrina sacramentalista”<sup>29</sup>. El régimen matrimonial era totalmente conforme a las normas canónicas, pese a que en otros países del mundo la secularización iba calando y modificando

---

<sup>24</sup> Artículo 133º: “No hay matrimonio, si los contrayentes no manifiestan, de un modo externo, su libre y mutuo consentimiento”.

<sup>25</sup> Artículo 139º: “Las disposiciones de la ley en lo concerniente al matrimonio, no se extienden más allá de sus efectos civiles, dejando íntegros los deberes que la religión impone”.

<sup>26</sup> Artículo 138º: “Los tribunales eclesiásticos conocerán de las causas relativas al matrimonio y al divorcio; y los jueces seculares, de las de esponsales, alimentos, cuidado de los hijos, litis expensas, liquidación y devolución de bienes, criminales sobre adulterio, y en general, de todas las causas sobre los efectos civiles del matrimonio y del divorcio”.

<sup>27</sup> Artículo 191º: “Divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial”.

<sup>28</sup> GARCÍA CALDERÓN, F. *El Perú Contemporáneo*. Lima: Interbanc, 1981; p. 107.

<sup>29</sup> VALVERDE, E. F. *El Derecho...*, *op.cit.*; p. 42.

las leyes e instituciones de sus ordenamientos jurídicos. Frente a este contexto, Perú se muestra entonces como un país conservador y respetuoso de los preceptos de la religión que el propio Estado profesaba.

#### *1.2.1.2. Ley del Matrimonio Civil de 1897*

Era innegable que por esos años la notable mayoría de peruanos profesaban la fe católica. La Reforma Protestante y las religiones que fueron surgiendo en el Viejo Mundo no habían tenido en territorio peruano el efecto que tuvieron en Europa, los peruanos no habían abandonado su fe, ni era significativa la cantidad de peruanos de otra religión. Sin embargo, a fines del siglo XIX empieza en la sociedad un proceso de industrialización que trajo consigo la llegada de extranjeros y, con estos, varios que no profesaban el mismo credo que amparaba el Estado. Como es natural, se genera controversia puesto que, hasta el momento, solo el matrimonio católico era reconocido por el Estado y solo a este se le otorgaban efectos civiles.

Singular controversia ocasionó la anulación del registro de matrimonios no católicos de extranjeros en el Perú por parte del gobierno pierolista en 1895. Esto generó que el matrimonio de Amy Wood, hija del influyente metodista y masón Thomas Wood, sea anulado y no tenga mayor valor en el ordenamiento peruano<sup>30</sup>. A raíz de esto se presentaron propuestas legislativas, tanto en la cámara de diputados como en la de senadores. En esta última, destacaba el proyecto presentado por Guillermo Billinghamurst, entonces presidente del Senado, por el cual se proponía que se permita la inscripción registral a los matrimonios no católicos<sup>31</sup>.

Se sustentaba esta propuesta en la necesidad que había de favorecer la permanencia de extranjeros que querían radicar en el país y no lo podían hacer por la falta de un régimen matrimonial que los ampare, pues no podían constituir aquí una familia contrayendo matrimonio según su religión y ser a la vez reconocidos por el ordenamiento peruano. El mismo legislador argumentaba que “«es indispensable conceder a los inmigrantes facilidades para la realización de los actos de la vida civil» (...); y que «es necesario que los que no

---

<sup>30</sup> Cfr. FONSECA, J. *Misioneros y civilizadores: protestantismo y modernización en el Perú, 1915-1930*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002; p. 95. Cfr. También en ARMAS ASÍN, F. *Liberales, protestantes y masones: modernidad y tolerancia religiosa: Perú siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998; p.132.

<sup>31</sup> Cfr. DE RÁVAGO, E. *Antecedentes y sucesos en la fundación de la República Peruana*. Lima: Edición privada, 2007; p. 148.

profesan la religión del Estado, no se retraigan, por esta causa, de radicarse en la República»<sup>32</sup>.

En el Congreso se debatían diversos proyectos legislativos que generaban controversia, hubo unos más radicales que otros. Parte de la doctrina ya consideraba necesaria la introducción del matrimonio civil en el ordenamiento peruano, que también fue defendido en numerosas tesis, la mayoría de postura liberal<sup>33</sup>. En este contexto, no faltaron pronunciamientos del clero. Hubo notable oposición por parte de la Iglesia Católica ante los intentos de legislar el matrimonio civil, que se manifestó en cartas pastorales, recolección de firmas contra la ley del matrimonio civil y folletos.

Pese a la coyuntura, se promulgó finalmente el 23 de diciembre de 1897, bajo el régimen de Nicolás de Piérola, la Ley de matrimonio civil. Como era de esperar, aunque muchos aplaudían esta importante reforma, hubo también quienes la condenaban. De hecho, el ministro Romaña, presidente del Gabinete, presentó su renuncia ese mismo día, motivado por la dación de esta ley. Incluso el Papa León XIII emitió una carta dirigida al clero peruano, mostrando su preocupación y recordándoles la naturaleza del matrimonio canónico.

La Ley del 23 de diciembre tuvo una redacción somera y dejó importantes vacíos. Un aspecto trascendental, sobre el que nada había dicho, era cómo debían acreditar los contrayentes que no eran católicos. Para subsanar este impase, el Presidente Piérola emitió un Decreto Supremo el 9 de mayo de 1899 que indicaba que, quienes quieran contraer matrimonio según la Ley de 1897, deberán acompañar su petición de un documento que acredite la religión a la que pertenecen o, en su defecto, de una declaración jurada escrita y la de dos residentes del lugar que den testimonio de que los contrayentes no han sido bautizados en la Iglesia Católica<sup>34</sup>.

Esta prueba dificultaba mucho que los no católicos puedan contraer matrimonio civil. Por este motivo, el Parlamento puso en vigencia el 23 de noviembre de 1903 una ley complementaria por la que ya no sería exigible la prueba documental sino que bastaba con la declaración de cualquiera de los contrayentes ante el alcalde de no haber pertenecido a la Iglesia Católica o de haberse separado de esta.

Ante estas reformas, el clero no dejó de alzar su voz y condenar el matrimonio civil recientemente instaurado. Advertían a los fieles que según su religión no existe matrimonio válido que no sea sacramento y que lo demás no es más que un concubinato encubierto de

---

<sup>32</sup> RAMOS, C. *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX*. Tomo V, vol. 2 Las instituciones. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006; p. 299.

<sup>33</sup> Ídem; pp. 278-287.

<sup>34</sup> Artículos 1° y 2° del Decreto Supremo del 9 de mayo de 1899. Cfr. *Ibíd.*, p. 311.

legalidad<sup>35</sup>. Estas aclaraciones eran justificadas, pues las nuevas normas y los continuos debates podían causar confusión acerca de cuál es la verdadera naturaleza del matrimonio y su esencia.

Es preciso recalcar que en el país aún no existía libertad de culto y que cualquier ejercicio público de otra religión que no sea la que profesaba el Estado estaba prohibido por la Constitución. En ningún momento se le otorgó efectos al matrimonio celebrado según otra religión, el único matrimonio religioso con efectos civiles era el católico.

Lo que creó la Ley de 1897 fue un régimen paralelo al matrimonio sacramental que regía desde siglos atrás. Instituyó un matrimonio civil, que ni siquiera era para todos, sino que era aplicable solamente a quienes no profesaban la fe católica. No era, pues, facultativo para los peruanos optar por uno u otro régimen, sino que estaba directamente relacionado con la religión que profesaban, pues no se le permitió a los católicos eximirse de los preceptos religiosos por los que debían regirse. Era un sistema matrimonial civil subsidiario. Además, al haber estado motivado en hacer viable la residencia de los no católicos extranjeros que venían a aportar económicamente al país, este matrimonio fue acogido principalmente por ellos y no por ciudadanos peruanos.

En este sentido opina Paulino Fuentes Castro quien, al comentar la ley de 1897, concluye que, por la aplicación que tuvo la norma, se legisló solo para extranjeros y no para peruanos. En efecto, los peruanos que solicitaron contraer matrimonio civil ante el alcalde fueron rechazados, no solo en este nivel sino también por los jueces cuando tras la denegatoria recurrían a ellos. “Ha quedado, pues, establecido que la ley de matrimonio para las personas que no profesan la religión católica solo comprende a los disidentes extranjeros o a sus hijos que siguen su religión, desde que los peruanos tienen la católica”. Por esto concluye que entonces “no hay matrimonio civil para los peruanos”<sup>36</sup>.

Es innegable que ya en estos años existían corrientes liberales, principalmente provenientes de otros países, pero que se hacían sentir cada vez más en la población peruana. A pesar de esto, la creación de un matrimonio civil en Perú no se debió principalmente a estas corrientes, sino a la conveniencia económica del país.

Aun así, este nuevo régimen dio respuesta a una exigencia que cada vez se hacía más evidente. Afirmaba Cornejo Chávez que “se solucionó de ese modo el delicado problema social que creaba para la población extranjera de distintos cultos, cada día más numerosa, la

---

<sup>35</sup> Cfr. OLIVAS, F. *Carta pastoral con motivo de la ley sobre matrimonio de los no católicos*; pp. 214-215. Citado en RAMOS, C. *Historia del...*, *op.cit.*; p. 313.

<sup>36</sup> FUENTES, P. *Nueva Legislación peruana. Leyes y resoluciones de los Congresos de 1902*. Tomo 11, p. 40. Nota 177. Citado por RAMOS, C. *Historia del...* *op.cit.*; p. 312.

imposibilidad de contraer matrimonio, por ser tan solo válido el católico. Reforma que es el punto de partida, en nuestro derecho de familia, del régimen del matrimonio civil<sup>37</sup>. La ley del 23 de diciembre de 1897 supuso de esta manera el paso inicial en la secularización del matrimonio en el Perú.

### ***1.2.2. Matrimonio civil obligatorio***

En el Derecho peruano convivieron por algunas décadas los dos regímenes de matrimonio, el religioso para los católicos y el civil para los no católicos. Aunque es importante recalcar que, en medio de este periodo, en 1915 se introdujo la libertad de culto mediante la reforma del artículo 4° de la Constitución de 1860, que eliminaba la prohibición del ejercicio público de otra religión que no sea la católica.

Aunque no se podría hablar aún de un ejercicio pleno del derecho de libertad religiosa, tras este reconocimiento constitucional se abrían las puertas hacia la tolerancia de manifestaciones religiosas de otros credos en el país<sup>38</sup>, aunque no se les otorgó ningún valor jurídico, como sí gozaba hasta entonces el matrimonio canónico. De hecho, las reformas al régimen matrimonial que siguen en los años posteriores solo podrían ser admitidas en un contexto mínimo de tolerancia pues hubiese sido ilógico que se den si únicamente era admitido un solo culto.

#### *1.2.2.1. Decretos Leyes N° 6889 y 6890 de 1930*

La reforma que modificó más intensamente el sistema matrimonial peruano fue la introducción del matrimonio civil obligatorio. Este fue aprobado por el Congreso el 9 de noviembre de 1920, sin embargo solamente estuvo vigente durante diez días, pues el día 19 del mismo mes el Poder Ejecutivo formuló observaciones sobre ella, suspendiendo sus efectos.

El entonces Presidente de la República, Augusto B. Leguía, quien era católico y allegado a la Iglesia, no permitió la aplicación de esta norma durante el oncenio de su mandato, pero apenas después de ser derrocado volvieron las reformas al matrimonio en el ordenamiento peruano. Es así que en 1930, el General y Presidente de la Junta Militar de Gobierno, Luis Miguel Sánchez Cerro emite el Decreto Ley N° 6889 por el cual ordena que

---

<sup>37</sup> VALVERDE, E.F. *El Derecho...*, op.cit.; p. 46.

<sup>38</sup> Periodo que ha sido denominado como Constitucionalismo tolerante. Cfr. MOSQUERA, S. La libertad religiosa en el constitucionalismo peruano. En: *Derecho y Religión*. 2012, n° 7, pp.149-188; p. 159.

se retiren las observaciones realizadas durante el gobierno de Leguía, otorgándole plenos efectos jurídicos a la ley de 1920.

Desde este momento se instaura el matrimonio civil obligatorio en el Perú. Esto supone un importante cambio puesto que el Estado dejó de reconocerle efectos jurídicos civiles al matrimonio canónico para ser reconocido únicamente el civil, el cual debía ser celebrado obligatoriamente antes de cualquier otra ceremonia religiosa. Así, el Estado ya no tendría ningún interés en que la forma se ajuste a las normas canónicas, ni que armonice con la doctrina propia de esta fe, sino que se creaba un orden que era igual para todos, independientemente de su nacionalidad y religión.

El Estado pasó a ocuparse exclusivamente de este régimen alejándolo de cualquier connotación religiosa. A partir de este momento, y pese a la confesionalidad del Estado, el régimen matrimonial en el Perú alcanza la secularización, esto significa que “independiza del casamiento su contenido religioso y lo convierte en una institución social reglada por el Estado”<sup>39</sup>.

La reforma del Decreto Ley N° 6889 también sancionaba con pena privativa de libertad a aquellos sacerdotes que no respetaran el nuevo sistema matrimonial que le otorgaba prelación a la celebración civil. En el segundo párrafo del artículo se decretaba: “Los párrocos, pastores y sacerdotes que hagan sus veces exigirán antes de celebrar el matrimonio religioso el certificado de matrimonio civil. Sufrirán pena de prisión de uno a seis meses los sacerdotes o pastores que casen sin este requisito”. Con esto no se hacía más que alinear el orden matrimonial a lo ya normado por el Código Civil de 1924, que había quedado sin aplicación al suspender la vigencia de esta ley en 1920. Sin embargo, no deja de llamar la atención el paradójico cambio que dio la legislación: en el Código Civil de 1852 se sancionaba penalmente a los civiles por no respetar la forma religiosa y ahora se sanciona a los religiosos por no seguir la forma civil.

Tras haber sido retiradas las observaciones del anterior gobierno, cuatro días más tarde se emitió el Decreto Ley N° 6890 que reglamentó el matrimonio civil obligatorio, disponiendo que los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio pasen a competencia del fuero civil ordinario, y reguló también ciertos aspectos procesales respecto a estas causas. Así mismo, por su artículo 3° se introduce en el ordenamiento civil el divorcio vincular, que implica la ruptura del vínculo matrimonial. Esto lo contempla únicamente para los incisos 1°, 2°, 3°, 4°, 10°, 11°, 12° y 13° del artículo 192° del Código Civil entonces vigente, a los que

---

<sup>39</sup> VALVERDE, E.F. *El Derecho...*, op.cit. p. 50.

les da los mismos efectos de la nulidad; conservando para el resto de causas el divorcio relativo, pues aunque legitimaban la separación, no disolvían el vínculo. No era de extrañar pues que, ahora que el matrimonio no se fundamenta en una doctrina religiosa sino en convenciones, el divorcio absoluto sea admitido sin mayor controversia.

De esta manera, todo lo concerniente al único matrimonio con efectos jurídicos quedó en manos del Estado. Esto era lo más coherente pues si ya no se reconoce el matrimonio religioso, no había motivo para confiar las causas de nulidad y divorcio a otros tribunales que no sean los seculares.

#### *1.2.2.2. Decreto Ley N° 7282 de 1931*

Al año siguiente, en 1931, se promulga el Decreto Ley N° 7282 mediante el cual se amplían las disposiciones relativas al matrimonio civil obligatorio que había sido incorporado mediante el Decreto Ley N° 6889. En el considerando del decreto de 1931 se alegaba la necesidad de regular más aspectos del matrimonio<sup>40</sup>, advirtiendo que la poca legislación que se tenía sobre el único régimen matrimonial en el ordenamiento no era suficiente para sustentarlo totalmente.

Y este preámbulo es acertado, pues la institución matrimonial es *per se* compleja, abarca muchos e importantes aspectos que influyen de manera directa en la vida de las personas. Es fundamental para el desarrollo de la vida social que las familias se encuentren debidamente amparadas. Si antes se tenía toda una doctrina prevista y desarrollada a través de siglos, ahora solo se contaba con una construcción civil reciente, manifestada en pocas y breves leyes. Naturalmente, podía haber deficiencias y era preciso seguir construyendo un orden que responda a las principales necesidades de las familias. Y a esto atendió este decreto, el cual, en su articulado, determina requisitos más específicos para contraer matrimonio, como también recoge normas sobre la capacidad y la forma de celebración necesarias para constituir válidamente el vínculo civil.

Una novedad incorpora el artículo 13° del decreto: la facultad del alcalde de delegar en un párroco o misionero la celebración civil del matrimonio. Esto sería posible solo si la ceremonia era celebrada en un lugar apartado, donde no hubiese agentes municipales que puedan hacerse cargo de esta función. Esta facultad ha sido recogida en los siguientes textos

---

<sup>40</sup> Textualmente, el Considerando del Decreto Ley N° 7282 indicaba: “Que la implantación del matrimonio civil obligatorio estatuido por el Decreto Ley N° 6889 ha creado una situación jurídica de carácter general, no comprendida plenamente en la ley de 23 de diciembre de 1897 a la que hace referencia; Que es indispensable rodear ese acto de la vida civil de las garantías que le son necesarias, dictando a la vez las reglas y ampliaciones sugeridas por la experiencia y solicitadas por la opinión pública”.

legislativos hasta la regulación vigente, como una norma singular del ordenamiento matrimonial peruano.

Finalmente, este decreto ley ordena, en su último artículo<sup>41</sup>, la derogación de cualquier otra norma anterior de rango legal en la medida en que su contenido se oponga a lo establecido en el nuevo decreto. De esta manera se evitan mayores conflictos de interpretación, dejando claro a los operadores jurídicos qué norma ha sido preferida por el legislador para seguir construyendo el régimen matrimonial peruano.

### *1.2.2.3. Leyes N° 7893 y 7894 de 1934*

Uno de los últimos actos a destacar del gobierno de Sánchez Cerro fue la Constitución de 1933. La nueva carta magna introducía una importante reforma liberal. Por primera vez, no se declaraba a la religión católica como la que profesaba el Estado, por lo que el Perú pasó a ser un país aconfesional. Además, consagraba explícitamente la libertad de culto, aunque no dejó de proteger a la religión católica, por ser a la que pertenecían aun la mayoría de peruanos.

En este contexto, y ya en el régimen de Benavides, se sigue reformando el régimen matrimonial del Código Civil, continuando la inclinación secular que había empezado en 1930. Así, el 22 de mayo de 1934 se promulgan las leyes N° 7893 y 7894. Por la primera, ante todo, se ratifican los decretos 6889 y 6890, haciendo notar la aprobación del nuevo gobierno del matrimonio secular.

La ley N° 7893 da un paso más al introducir el divorcio por mutuo disenso. A este, como había hecho el Decreto Ley N° 6890 al introducir el divorcio vincular, le da efectos de una nulidad, los mismos que también le otorga a los incisos 5° y 9° del artículo 192 del Código Civil. Por último, deroga los incisos 6°, 7° y 8° del mencionado artículo. De esta manera, no sobrevive el divorcio relativo sino que se conserva solamente aquel que consigo disuelve el vínculo matrimonial.

A su vez, la ley N° 7894 en su artículo único establece dos límites para ejercer el derecho de solicitar el divorcio por mutuo disenso. El primero es relativo a los cónyuges: solamente podrá ser solicitado si estos son mayores de edad, es decir tener como mínimo 21 años según se prescribía en el Código de 1852. El segundo límite es temporal: tendrá que haber transcurrido como mínimo tres años de la celebración del matrimonio civil.

---

<sup>41</sup> Artículo 28°: “Quedan derogadas las disposiciones legales en la parte en que se hallen en oposición a las prescripciones del presente decreto ley”.



Con todas estas normas, la primera mitad de la década de 1930 quedó marcada por las reformas más importantes al sistema matrimonial, que son la base del orden que se encuentra hoy vigente.

#### *1.2.2.4. Código Civil de 1936*

Pocos años después de instauradas estas reformas, se promulgó el Código Civil de 1936. Y pese a que se siguió adoptando el matrimonio civil obligatorio, no era unánime aún su conveniencia. Los debates que giraban en torno a la redacción de este cuerpo legal fueron especialmente sensibles cuando se trataba el tema del matrimonio. Y no era para menos, dado que su regulación constituye un pilar del Derecho Civil peruano.

La elaboración de un nuevo código era una oportunidad adecuada para reformar el sistema matrimonial si se estimaba adecuado. De hecho, Basadre Ayulo califica como paradójico<sup>42</sup> el hecho de que estos cambios tan sustanciales, como la introducción del matrimonio civil obligatorio y del divorcio, se hayan dado antes de la redacción del Código del 36, y utilizando para estos fines decretos leyes.

Así, en este nuevo código no hubo cambios sustanciales pero al menos se recogieron de manera sistematizada todas las normas que habían reformado el régimen matrimonial. En efecto, por la Ley N° 8305 el Congreso autorizaba al Poder Ejecutivo para promulgar el proyecto de código que se había preparado, pudiendo reformar, de acuerdo con la Comisión, sobre cualquier materia salvo las disposiciones sobre el matrimonio civil obligatorio y el divorcio contenidas en las leyes N° 7893 y 7894 y demás normas legales<sup>43</sup>. Por tanto, dichas normas fueron recogidas en esencia. Aun así, esto causó confusión sobre qué disposiciones regían el sistema matrimonial, si las de esas leyes o las del nuevo código. Ante las consultas elevadas, el Poder Ejecutivo aclara mediante la Ley N° 8559 que las disposiciones del Código Civil de 1936 son las únicas que rigen a partir de la entrada en vigencia del mismo por ser ley posterior.

También se mantiene la singular disposición que faculta a los sacerdotes para celebrar el matrimonio civil, aunque se dejó de exigir la delegación previa por parte del alcalde. Esto se reguló en el artículo 124°, el cual no establece mayor requisito que la inmediata inscripción de este acto en el registro civil<sup>44</sup>. También estaba contemplado en el artículo 120° que sea un

---

<sup>42</sup> Cfr. BASADRE, J. *La historia...*, *op.cit.*; p. 171.

<sup>43</sup> Artículo 1° de la Ley N° 8305.

<sup>44</sup> Para tal fin debía asistir un funcionario del registro civil que verifique que el matrimonio se inscriba inmediatamente pero, de no existir tal funcionario, el mismo celebrante podía emitir el certificado de matrimonio a la oficina del registro civil más próxima.

sacerdote quien celebre el matrimonio en peligro de muerte, aunque en ambos casos se condicionan los efectos civiles hasta el momento de su inscripción en el registro civil<sup>45</sup>. Esta autorización encuentra su motivación en el “predominante sentimiento católico”<sup>46</sup> que persistía en la sociedad, pues, aunque el Perú había dejado de ser un Estado confesional, la mayoría de peruanos seguían siendo católicos.

De igual manera, esta sociedad también se caracterizaba por ser conservadora, aun pese a todos estos cambios. Esto se demuestra en el hecho de que las personas divorciadas fueron objeto de rechazo social y no tuvieron mayor aceptación sino hasta la década de 1960<sup>47</sup>. Esto significa que no todos estos cambios estuvieron alineados al sentir de la población. Es más, muchas de estas reformas, como ocurrió con el matrimonio civil obligatorio, se llevaron a cabo contra la doctrina mayoritaria de la época y el sentir de los ciudadanos, y respondieron más bien a intereses políticos<sup>48</sup>. Y, aunque en aquella sociedad en la que lo normado no necesariamente era lo correcto, pues este carácter no se le atribuía por estar prescrito por la ley; como es natural, con el pasar de los años se llegó a aceptar el régimen que ya llevaba décadas vigente.

#### 1.2.2.5. Código Civil de 1984

Los sucesos políticos y sociales de la segunda mitad del siglo XX hicieron que el Derecho tome la dirección de reconocer y proteger con mayor intensidad derechos y libertades. En el Perú se recibió esta tendencia y se decidió reformar los principales cuerpos legislativos para responder a estas exigencias. A nivel legislativo, en 1965 se creó la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936<sup>49</sup>, pues, en palabras de Fernández Sessarego, este texto “tenía como sustento una ideología individualista y patrimonialista”<sup>50</sup>, lo que hacía sentir la necesidad de una profunda revisión para sustituir las normas hacia una visión “humanista-personalista”<sup>51</sup>. Los trabajos de esta Comisión dieron como fruto el vigente Código Civil de 1984.

<sup>45</sup> Artículo 126° del Código Civil de 1936.

<sup>46</sup> VALVERDE, E. F. *El Derecho...*, *op.cit.*; p. 50.

<sup>47</sup> Cfr. BASADRE, J. *La historia...*, *op.cit.*; p. 180.

<sup>48</sup> Cfr. QUIROGA, A. Matrimonio y divorcio en el Perú: una aproximación histórica. En DE TRAZEGNIES, F., RODRÍGUEZ, R., CÁRDENAS, C. y GARIBALDI F., J. (ed.) *La familia en el Derecho peruano*. Lima: PUCP, 1990, pp. 81-100; pp. 87-88.

<sup>49</sup> Mediante Decreto Supremo N° 95 del 01 de marzo de 1965.

<sup>50</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. El Código Civil peruano, treinta años después. En: TORRES, M. (coord.) *Estudios críticos sobre el Derecho Civil: análisis crítico y actual de sus bases dogmáticas y de su aplicación práctica*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, pp. 9-45; p. 13.

<sup>51</sup> *Ibidem*; p. 18.

A nivel constitucional, se sentía la necesidad de reformar por entero la Constitución de 1933, pues se habían producido cambios radicales en la ideología política y en la organización de la sociedad<sup>52</sup>. Así, en 1979 se promulgó una nueva Carta Magna que se caracterizó por estar alineada con esta protección de los derechos humanos y resguardo de libertades. En ella también se protegió la regulación del matrimonio por la ley secular. En el segundo párrafo del artículo 5° se indicaba: “Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley”. De esta manera, por una norma de rango constitucional, no podían ser regulados estos aspectos por otra ley que no sea la civil, excluyendo la posibilidad de que alguna norma de carácter religioso tenga valor jurídico en el ordenamiento peruano.

La redacción de este artículo pudo haber dado lugar a confusión, al expresar “las formas de matrimonio” en plural. En este sentido, sostiene el presbítero Huapaya Quispe<sup>53</sup> que el Constituyente quiso referir con esto a distintas clases de matrimonio, por lo que tal artículo permitiría en el ordenamiento jurídico peruano la coexistencia del matrimonio civil con el matrimonio religioso, y no solo el propio de la Iglesia Católica sino de cuantas religiones tengan un orden matrimonial. Esto fue refutado por Cornejo Chávez<sup>54</sup> quien, mediante la hermenéutica jurídica, el íter legislativo del artículo 5 y la argumentación *ab absurdo*, da varias razones para sostener que el Constituyente al redactar “las formas de matrimonio” no se quiso referir a las clases de matrimonio sino a las normas sobre la forma de celebración<sup>55</sup>.

De cualquier manera, esta discusión ya no tiene lugar, toda vez que la ahora vigente Constitución de 1993 corrigió este error de redacción, consagrando en el segundo párrafo de su artículo 4°: “La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”. Con este texto se elimina la ambigüedad que había producido la anterior carta magna, refiriéndose sin lugar a dudas a la forma de celebración del único matrimonio con efectos jurídicos en el ordenamiento peruano, que es el civil. Aun así, esta discusión hace notar que aún existían interpretaciones que reflejaban la voluntad de volver a reconocer el matrimonio religioso en el país.

<sup>52</sup> Cfr. PAREJA PAZ-SOLDÁN, J. *Historia de las constituciones nacionales (1812-1979)*. 2° ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005; p. 218.

<sup>53</sup> Cfr. HUAPAYA, V. Régimen matrimonial peruano. En *Revista Teológica Limense*, 1984: vol. XIX, N° 3; pp. 32-40.

<sup>54</sup> Se encuentra referencia de que fue este jurista quien estuvo a cargo de la redacción de lo relativo a Derecho de Familia en el Código Civil de 1984. “En lo concerniente a la preparación del Anteproyecto de Familia fue encargado exclusivamente al distinguido e inteligente jurista Dr. Héctor Cornejo Chávez, el más notable especialista en esta materia. Este Anteproyecto no ha sido modificado por la Comisión revisora; o sea, que el Libro de Familia es exclusiva obra del mencionado profesor”. Cfr. PALACIO, G., *Manual de Derecho Civil Tomo II*. Vol. 2. Lima: Huallaga, 1987.

<sup>55</sup> Cfr. CORNEJO, H. Régimen matrimonial peruano. En: *Revista Derecho PUCP*. 1985, n° 39, pp. 87-126.

Es también interesante recalcar que mediante la Constitución de 1979 se introduce en el Derecho Civil peruano la figura de la unión de hecho<sup>56</sup>. Aunque su artículo 9º<sup>57</sup> solo la reconoció a fin de proteger los intereses patrimoniales<sup>58</sup> de los concubinos libres de impedimento matrimonial<sup>59</sup>, se le permite a esta unión acogerse al régimen de sociedad de gananciales, otorgándole un efecto que era propio del régimen familiar y que solo era conseguido a través del matrimonio. Luego, progresivamente se le ha ido otorgando más derechos en materia sucesoria, alimentaria, entre otras. Así, el ordenamiento dejó de unir el concepto de familia únicamente con el de matrimonio, pues actualmente entiende que para constituir una familia es tan válido el matrimonio como la unión *de facto*<sup>60</sup>, y ya no hace falta la celebración de una forma específica<sup>61</sup>.

Sin embargo, al remitir a la ley las condiciones que la configuran, no pudo tener aplicación en nuestro ordenamiento sino hasta la entrada en vigencia del Código Civil de 1984, que las regula a partir del artículo 326º. Estas uniones extramatrimoniales han encontrado nuevamente amparo constitucional por la Carta de 1993 a través de su artículo 5º<sup>62</sup>. Y es que, aunque no resulte muy lógico que el Estado que “promueve el matrimonio” en el artículo 4º de su Constitución, consagre en el artículo 5º una institución que lo debilita<sup>63</sup>, lo cierto es que es una realidad innegable y creciente, y sus miembros merecen protección.

Por su parte, la comisión reformadora del Código Civil preparaba el texto de 1984. En este contexto se propuso la fórmula: "El matrimonio religioso, celebrado con sujeción a los

<sup>56</sup> Aunque anteriormente había sido tratado de manera indirecta por algunas leyes para, tras el fallecimiento de un trabajador o campesino, otorgarle protección patrimonial a su concubina. Cfr. CORNEJO, H. *Derecho Familiar Peruano*. Tomo I: sociedad conyugal. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998; p. 79.

<sup>57</sup> Artículo 9º.- “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.”

<sup>58</sup> Al respecto, en el debate de este artículo en la Asamblea Constituyente, Cornejo Chávez señalaba: “(...) queda claro que no estamos estableciendo una segunda clase de matrimonio, ni un matrimonio de segunda clase; estamos hablando de los efectos patrimoniales de esa unión y además no estamos hablando de efectos personales”. Cfr. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Diario de los debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979. Tomo I; p. 329.

<sup>59</sup> En el ordenamiento jurídico peruano solo se ampara lo que la doctrina denomina concubinato *stricto sensu*, es decir aquella en la que necesariamente los concubinos se encuentran libres de impedimento matrimonial.

<sup>60</sup> Cfr. MELLA, A. La unión de hecho en el Perú y su desarrollo normativo. En TORRES, M. (coord.) *Estudios críticos sobre el Código Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, pp. 701-717; p.702.

<sup>61</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 9332-2006-TC señala en el fundamento 7 que “la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. (...) Consecuencia de ello es que se hayan generado familias distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho”.

<sup>62</sup> Artículo 5.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

<sup>63</sup> Al respecto, Cornejo Chávez sostiene la inconveniencia de reforzar el concubinato, lo que considera sería perjudicial al matrimonio, siendo partidario de que la ley debería procurar su paulatina disminución y eventual desaparición. Cfr. CORNEJO, H, 1998. *Derecho Familiar Peruano. Tomo I: sociedad conyugal*. 9º ed. Lima: Gaceta Jurídica Editores; pp. 75-77.

cánones de la Iglesia Católica, produce efectos civiles siempre que se inscriba en el Registro del Estado Civil". Esta reforma habría significado cambiar nuevamente el sistema matrimonial en el ordenamiento peruano, de manera que el matrimonio canónico recuperaría los efectos civiles que alguna vez tuvo. Sin embargo, fue la misma Iglesia Católica la que requirió que dicho texto no sea incluido en el nuevo código. Lo hizo el Episcopado peruano dirigiéndose a la Asamblea Constituyente y posteriormente, hasta en tres oportunidades, a la Comisión Reformadora<sup>64</sup>. Consecuentemente, la reforma no fue adoptada.

Posteriormente, en el texto del Código Civil de 1984 no se encontró mayor novedad sobre el régimen matrimonial, pues recogía sustancialmente el mismo que su predecesor. No generó esto mayor controversia y los debates en el congreso sobre el matrimonio civil, en cuanto a su relación con el canónico, ya no eran tan sensibles. El matrimonio civil era el único con efectos jurídicos en el ordenamiento por más de cinco décadas y la doctrina y la población parecían ya haberlo aceptado<sup>65</sup>.

Actualmente, la Constitución no da una definición de matrimonio pero sí señala que “protege la familia y promueve el matrimonio” y los reconoce como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”<sup>66</sup>. Sin embargo, el Código Civil ahora vigente sí lo define como “la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común”<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 108.

<sup>65</sup> Cfr. QUIROGA, A. Matrimonio y divorcio en el Perú: una aproximación histórica. En DE TRAZEGNIES, F., RODRÍGUEZ, R., CÁRDENAS, C. y GARIBALDI F., J. (ed.) *La familia en el Derecho peruano*. Lima: PUCP, 1990, pp. 81-100; p. 88.

<sup>66</sup> Artículo 4 de la Constitución de 1993.

<sup>67</sup> Artículo 234 del Código Civil.



## Capítulo 2

### El matrimonio canónico y su comparación con el matrimonio civil peruano

Teniendo ya un panorama de lo que se entiende por matrimonio actualmente en la regulación civil peruana, es preciso analizar qué es el matrimonio católico, cuál es su esencia y cuál es la regulación vigente de este modelo, que es origen del matrimonio tal como es conocido en estos días.

En las siguientes líneas se presentarán los principales elementos y características del matrimonio canónico y, en cada una de ellos, se contrastará con su correspondiente regulación en el ordenamiento civil peruano. Tal comparación tendrá por finalidad descubrir qué aspectos del matrimonio católico se conservan en el matrimonio civil y en qué otros este último se ha distanciado como consecuencia del proceso de secularización, pues es a partir de tales rasgos que se puede generar una distorsión en los contrayentes que, posiblemente, afectará la constitución de un vínculo matrimonial canónico.

#### 2.1. ¿Qué es el matrimonio canónico? Definición, elementos y propiedades esenciales

La definición de matrimonio según el Derecho Canónico es dada por el Código de 1983. Se indica en el canon 1055 §1: “la alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”.

Esta definición indica ciertos elementos que configuran parte esencial del matrimonio, y es preciso analizarlos. En primer lugar, indica que es una ‘alianza’<sup>68</sup>, lo que en latín el *Codex* llama ‘*foedus*’ y que hace referencia al pacto o acuerdo por el que nace el matrimonio. Pero no es una alianza sin más, sino una mediante la cual se constituye un ‘consorcio de toda la vida’. Es decir, que este consorcio es el objeto del pacto o alianza, y ambos son matrimonio. Es así que este término no es unívoco: se refiere tanto a la alianza como al consorcio.

En efecto, para entender el matrimonio canónico es preciso saber que se compone de dos fases: de la fase *in fieri* y de la fase *in facto esse*. La primera refiere al momento preciso en que el vínculo está constituyéndose, al acto mismo por el cual se crea la comunidad, a la

---

<sup>68</sup> Esta alianza es el consentimiento de los cónyuges, personal e irrevocable. *Gaudium et Spes*, 48.

alianza fundacional. La segunda fase refiere a la comunidad ya constituida por los cónyuges a consecuencia de este pacto, a la relación que perdura en el tiempo, al *consortium totius vitae*. Por lo tanto, el término ‘matrimonio’ es utilizado indistintamente para tratar estas dos fases.

Además, ya desde la definición que ofrece el Código, se indica que el matrimonio, por su misma naturaleza, se ordena hacia dos fines. Estos son el bien de los cónyuges y la generación y educación de la prole, que serán “lo que en la alianza conyugal viene después de la entrega y aceptación mutua de los contrayentes ya que es para esto para lo que ellos se entregan y aceptan mutuamente”<sup>69</sup>. Según la redacción del Código de Derecho Canónico, no existe ninguna relación de jerarquía entre ambos<sup>70</sup>, toda vez que un matrimonio válido se debe orientar a la consecución total de ambos y no a uno en detrimento del otro<sup>71</sup>.

En contraste, el matrimonio civil peruano tiene, según su regulación en el Código Civil, un solo fin: “hacer vida en común”. Pero, ¿a qué vida en común se refiere? ¿A una vida temporal? ¿A una común con separación de bienes? ¿Se unen con ese fin pero si resulta “imposible la vida en común” se puede disolver? Estas contradicciones hacen parecer que tal fin fuese solamente enunciativo, puesto que el resto de la regulación matrimonial civil no es coherente con la búsqueda de este.

Para esclarecer qué quiso dar a entender el legislador con el enunciado “hacer vida en común”, mediante una interpretación sistemática, a la luz del artículo 289 del mismo Código<sup>72</sup>, se entiende que este fin se identifica con el deber de cohabitar, aunque en esta misma disposición se enuncia la facultad del juez para suspenderla. Por tanto, se puede concluir que este fin no es esencial, puesto que es posible que deje de ser perseguido aun subsistiendo el vínculo. Además, será posible demandar el divorcio si esta vida en común se torna “imposible”<sup>73</sup> para alguno de los cónyuges, pese a que no esté determinado qué ocasiona tal calificativo<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> GUTIÉRREZ, L. *Voluntad y declaración en el matrimonio*. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, 1990; p. 132.

<sup>70</sup> Esto no siempre fue entendido así, pues en el Código de 1917 (c. 1013, 3) sí se indicaba el fin de la prole como fin primario. Sin embargo, “la reflexión teológica y canónica fue incorporando progresivamente las reflexiones personalísticas sobre los fines del matrimonio”, visión que fue confirmada en el Concilio Vaticano II y manifestada en la constitución pastoral *Gaudium et Spes*. Finalmente, el Código de 1983 da a entender la igualdad con la que se deben perseguir ambos fines. Cfr. AZNAR, F. *Derecho matrimonial canónico, I: cánones 1055-1094*. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 2001; p.57.

<sup>71</sup> No obstante, en la doctrina de la Iglesia Católica, sin entrar en terminología propiamente jurídica, sí indica el carácter primordial que ocupa la procreación y educación de la prole en el matrimonio. Cfr. LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de...*, op.cit.; p. 82. También en *Acta Synodalia*, vol. IV, pars VII, pp. 477-478.

<sup>72</sup> Artículo 289°.- Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia.

<sup>73</sup> Artículo 333° del Código Civil: “Son causas de separación de cuerpos: 11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.”



Cornejo Chávez<sup>75</sup> indica que el ordenamiento civil garantiza el deber conyugal de cohabitación, y por tanto el fin de hacer vida en común, mediante los artículos 291, 324, 333 inciso 5 y 349 del Código Civil<sup>76</sup>; sin embargo lo que realmente hace es proteger los intereses patrimoniales ante el eventual perjuicio de una parte como consecuencia del cese de la cohabitación. No es tanto garantía de cumplimiento como remedio ante el fracaso.

Por otra parte, al final de la definición dada por el Código de Derecho Canónico se indica que el matrimonio, institución natural, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados. Esto quiere decir que el matrimonio, que es por esencia de derecho natural, es a su vez sacramento. Para los católicos, el sacramento no es un elemento del matrimonio, ni parte de él, sino que se identifican ambos para todos los miembros de la Iglesia Católica. Esto se expresa también en el canon 1055 §2: “Por tanto, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento”. Así, sacramento y matrimonio son dos conceptos inseparables en la doctrina católica.

Esta sacramentalidad, que no es una propiedad del vínculo sino una dimensión de toda la estructura del matrimonio canónico<sup>77</sup>, justifica la intervención de la Iglesia en la regulación de esta materia, puesto que para los católicos no existe otro matrimonio válido más allá del religioso, sobre el cual, naturalmente, la Iglesia Católica tiene exclusiva jurisdicción, con total independencia del poder secular. Consecuentemente, todos los fieles católicos deben ceñirse, con prioridad, a las normas canónicas sobre el matrimonio, sin detrimento del cumplimiento de los deberes civiles. Y los habrá, pues el matrimonio, al ser una figura compleja y que

Artículo 349° del Código Civil: “Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Artículo 333, incisos del 1 al 12.”

<sup>74</sup> Al respecto, la Corte Suprema indica en el considerando 14 de la Casación N° 2871-2005-LIMA que “la variedad de circunstancias que puede presentar la vida real hace imposible enumerar los hechos que puedan configurar esta causal”.

<sup>75</sup> CORNEJO, H. *Derecho Familiar Peruano*. Tomo I: sociedad conyugal. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998; p. 283.

<sup>76</sup> Artículo 291° del Código Civil: “Si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo. Cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro cuando éste abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella. En este caso el juez puede, según las circunstancias, ordenar el embargo parcial de las rentas del abandonante en beneficio del cónyuge inocente y de los hijos. El mandamiento de embargo queda sin efecto cuando lo soliciten ambos cónyuges”.

Artículo 324° del Código Civil: “En caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación”.

Artículo 333° del Código Civil: “Son causas de separación de cuerpos: 5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo”.

Artículo 349° del Código Civil: “Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Artículo 333, incisos del 1 al 12”.

<sup>77</sup> VILADRICH, P-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998; p. 170.

incide en varios ámbitos de la vida social, da lugar también a efectos que son accidentales, separables de la sustancia del matrimonio. Es por esto que, sin perjuicio de lo anterior, la norma canónica remite los efectos civiles, a la regulación estatal en el canon 1059<sup>78</sup>. Por tanto, podrán algunas normas diferir en un ordenamiento u otro y no por el hecho de no estar regulados por la Iglesia los católicos podrían eximir su cumplimiento, todo lo contrario, pues se atienen a estos como cualquier ciudadano.

Ahora bien, el matrimonio católico no puede ser estudiado dejando de lado los elementos que son esenciales a él. Estos se encuentran recogidos en el canon 1056: “Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento”. En efecto, estos dos elementos son propios del matrimonio y conforman su esencia, forman parte de ese núcleo que hace que el matrimonio sea matrimonio y no otra cosa. En palabras de Aznar Gil, “las propiedades esenciales, aun no constituyendo la esencia de la cosa y distinguiéndose de esta última, están necesariamente conexas con la esencia misma, no formándola en lo que es, pero identificándola en relación a cualquier otra entidad”<sup>79</sup>.

Como bien señala la redacción del *Codex*, el carácter sacramental de esta unión hace que estos elementos alcancen una particular firmeza, los refuerza, mas no es origen de ellos. Estos son propios del matrimonio como institución natural. Y es que el matrimonio es, por naturaleza, una unión tan íntima que implica la total entrega al cónyuge, y esto solo se puede dar en una unión monogámica y perpetua. Así, tanto la unidad como la indisolubilidad del matrimonio encuentran su fundamento, no solo en elementos bíblicos<sup>80</sup>, sino también, y muy intensamente, en la propia naturaleza, en el sentido de que cualquier forma que los excluya hará muy difícil, y sino imposible, lograr plenamente los fines del matrimonio. Se puede afirmar todo esto teniendo en cuenta que ambos elementos son lo más acorde al respeto que se le debe tanto al hombre como a la mujer por su igual dignidad.

Por su parte, la unidad del matrimonio indica que esta unión solamente se puede dar entre un hombre y una mujer, excluyendo cualquier clase de poligamia. “Significa, por tanto, la imposibilidad de que una persona pueda compartir simultáneamente el vínculo matrimonial

---

<sup>78</sup> El matrimonio de los católicos, aunque sea católico uno solo de los contrayentes, se rige no sólo por el derecho divino sino también por el canónico, sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del mismo matrimonio.

<sup>79</sup> AZNAR, F. *Derecho matrimonial canónico, I: cánones. 1055-1094*. Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca: Salamanca, 2001; p. 49.

<sup>80</sup> La unidad se encuentra tanto en el Antiguo (Gén 2,24) como en el Nuevo Testamento (Mt 19, 4-6; Ef 5, 31).

con varias personas”<sup>81</sup>, se trata exclusivamente de una con uno. Naturalmente, esto solo se puede dar en una unión heterosexual, “pues la unión no es entre personas humanas en cuanto solo personas, sino en tanto y por cuanto son varón y mujer, y se dan y aceptan como varón de esta mujer y mujer de este varón”<sup>82</sup>.

Actualmente, se puede decir que esta propiedad permanece aún en cierta forma en el ordenamiento jurídico peruano. El Código Civil habla del matrimonio como una ‘unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer’ (artículo 234 del Código Civil), utiliza el singular y también deja en claro la heterosexualidad de esta unión<sup>83</sup>. No es posible contraer matrimonio con una persona mientras mantenga un vínculo matrimonial, aun estando separados<sup>84</sup>. Incluso la bigamia es sancionada penalmente<sup>85</sup>, castigando tanto al bígamo, a quien contrae con este y al funcionario que celebra el matrimonio ilegal.

En cuanto a la indisolubilidad, se entiende que esta se desarrolla de la mano de la unidad, añadiéndole a esta unión su carácter temporal. Así, el matrimonio canónico es de uno con una y para toda la vida. En este sentido, los efectos de esta propiedad se dan a notar sobre todo en la fase *in facto esse*, en el *consortium totius vitae*. Pero la indisolubilidad no se agota en el aspecto temporal sino que le añade algo más al vínculo, esto es la fortaleza de que ningún poder ni intrínseco ni extrínseco podrá disolverlo. Además, “por derecho natural el matrimonio es, según la doctrina común, indisoluble en razón de los fines del matrimonio, y de modo especial, aunque no único, por razón del fin de la mutua ayuda”<sup>86</sup>.

Sin embargo, es preciso indicar que este elemento tiene límites. La indisolubilidad absoluta es propiedad esencial de todo matrimonio rato y consumado, el cual no puede ser disuelto por ningún poder humano, ni por ninguna causa (canon 1141). De esta manera,

---

<sup>81</sup> AZNAR, F. *Derecho matrimonial canónico, I: cánones. 1055-1094*. Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca: Salamanca, 2001; p. 61.

<sup>82</sup> VILADRICH, P-J. *El modelo antropológico del matrimonio*. Madrid, Ediciones RIALP, 2001; p. 61.

<sup>83</sup> Incluso cuando no ha sido contemplado expresamente en la Constitución. Al respecto señala Cornejo Chávez que “en otras épocas, la posibilidad de la unión sexual entre personas del mismo sexo no fue considerada a nivel de las leyes civiles, como una eventualidad digna de ser tomada en serio, sino que, sin que el legislador creyera preciso decirlo, era considerada indigna de ser tenida en cuenta o, en el campo de la especulación teórica, tomada como una hipótesis que solo cabría *animus jocandi*”. CORNEJO, H. *Derecho Familiar Peruano*. Tomo I: sociedad conyugal. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998; p.97.

<sup>84</sup> Artículo 241 del Código Civil: “No pueden contraer matrimonio: (...) 5. Los casados”.

<sup>85</sup> Artículo 139 del Código Penal: “El casado que contrae matrimonio será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si, respecto a su estado civil, induce a error a la persona con quien contrae el nuevo matrimonio la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años”.

Artículo 140 del Código Penal: “El no casado que, a sabiendas, contrae matrimonio con persona casada será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años”.

Artículo 141 del Código Penal: “El funcionario público que, a sabiendas, celebra un matrimonio ilegal será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años e inhabilitación de dos a tres años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 3. Si el funcionario público obra por culpa, la pena será de inhabilitación no mayor de un año, conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 3”.

<sup>86</sup> HERVADA, J. *Una caro: Escritos sobre el matrimonio*. Pamplona: EUNSA, 2000; p.74.

excepcionalmente, es posible la disolución del vínculo solo si el matrimonio no es rato, es decir no es sacramento y siempre que con su disolución se favorezca la fe; o siendo rato no es consumado, porque no ha alcanzado la plenitud integradora<sup>87</sup>.

Respecto a esta propiedad se separa principalmente la gran mayoría de regulaciones civiles y la peruana no es la excepción. De hecho, la disolución del matrimonio ha sido una bandera del liberalismo<sup>88</sup> y una de las principales características del matrimonio civil. En definitiva, es uno de los principales rasgos que ha dejado la secularización del matrimonio, pues al reconocer la visión “secular” del matrimonio, inmediatamente se niega el carácter indisoluble de este. Extraña, sin embargo, que la otra propiedad, la unidad, no sea negada con tanta facilidad en la tradición jurídica occidental.

En esta situación se encuadra el matrimonio civil peruano. Aunque permanece la unidad, la indisolubilidad no. El divorcio, entendido como aquel que disuelve el vínculo (artículo 348 del Código Civil), está vigente en Perú desde 1930 y actualmente es posible conseguirlo incluso mediante un procedimiento no contencioso vía notarial o municipal. Aun así, el mismo ordenamiento reconoce que tanto el divorcio como la separación de cuerpos afectan solamente al vínculo civil, y que en nada afectan a los deberes que impone la religión<sup>89</sup>.

Finalmente, aparte de la definición del Código, es preciso presentar el clásico postulado desarrollado por San Agustín de los *bona matrimonii*, que identifica tres bienes del matrimonio: el *bonum fiedi*, el *bonum prolis* y el *bonum sacramenti*. “En la fidelidad se atiende a que fuera del vínculo conyugal no se unan con otro o con otra; en la prole, a que esta se reciba con amor, se críe con benignidad y se eduque religiosamente; en el sacramento, a que el matrimonio no se disuelva y a que el repudiado o repudiada no se una a otro ni aun por razón de la prole”<sup>90</sup>.

En un inicio, estos bienes fueron ideados para justificar la bondad del matrimonio que, ordenando la concupiscencia hacia estos, la tornaba una situación moralmente legítima<sup>91</sup>. Progresivamente, fueron adquiriendo mayor relevancia en cuanto su relación con la válida constitución del vínculo matrimonial, siendo recurridos hasta la actualidad en la práctica

<sup>87</sup> Cfr. LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de...*, *op.cit.*; p. 82. También en *Acta Synodalia*, vol. IV, pars VII, p. 384.

<sup>88</sup> Ya lo indicaba el artículo 7 de la Constitución francesa de 1791: «*La loine considère le mariage que comme contrat civil*».

<sup>89</sup> Artículo 360º.- Las disposiciones de la ley sobre el divorcio y la separación de cuerpos no se extienden más allá de sus efectos civiles y dejan íntegros los deberes que la religión impone.

<sup>90</sup> SAN AGUSTÍN, *De nuptiis et concupiscentia*, 1, 11.

<sup>91</sup> Cfr. LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de...*, *op.cit.*; p. 90.

jurisprudencial, principalmente para identificar el consentimiento parcialmente simulado<sup>92</sup>. Su valor no es solo moral, sino también jurídico.

Pese a que los *bona matrimonii* no han sido recogidos en el Código de Derecho Canónico como tales, no se pueden entender excluidos. En concreto, el *bonum prolis* se identifica con el fin de la procreación y educación de la prole; el *bonum sacramenti*, con la indisolubilidad; y el *bonum fiedi*, con la unidad y exclusividad<sup>93</sup>.

Esta es, en síntesis, la sustancia del matrimonio canónico, la misma que sigue siendo la base de la visión matrimonial que se tiene hasta la actualidad, principalmente en occidente. A través de la secularización, distintos ordenamientos jurídicos han ido, sobre todo, restando elementos o características para fundamentar su modelo matrimonial, desgajando algunos de sustancial importancia, sin los cuales en el matrimonio canónico no se podría constituir un vínculo válido.

Es el caso de Perú, que, como ya se ha tratado, aunque siga conservando en su regulación rasgos importantes de la noción canónica del matrimonio, ha eliminado otros de suma trascendencia como la indisolubilidad. Esto es así ahora, pero no se puede precisar por cuánto tiempo o si se seguirá apartando, puesto que la regulación civil es cambiante. Las regulaciones seculares son por definición modificables, pues encuentran su fundamento principalmente en aspectos contingentes como las tendencias ideológicas, la conveniencia política, y en resumen, los distintos cambios sociales.

No ocurre lo mismo en el ordenamiento canónico, en el que el plano jurídico es en sí una expresión de la doctrina católica sobre el matrimonio, basada principalmente en la revelación y en la antropología cristiana, cuestiones *per se* humanamente inmodificables. Esto explica una de sus principales oposiciones a los modelos seculares, pues, “a diferencia de cualquier otra, la concepción canónica del matrimonio es la que tiene, como «principio y voluntad constitucional del propio sistema jurídico», la obligación de ajustarse fielmente a las exigencias de su modelo antropológico”<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> A estos efectos es preciso añadir que se ha desarrollado otro bien denominado el *bonum coniugum*, que se identificaría con el fin del bien de los cónyuges. Este ha sido tratado jurisprudencialmente como un elemento cuya exclusión por un acto positivo de la voluntad al momento de la celebración hace inválido un matrimonio.

<sup>93</sup> Así lo entiende tanto la doctrina como la actual jurisprudencia. Cfr. MOLINA, A. y OLMOS, M. *Derecho matrimonial canónico sustantivo y procesal*. 5º ed. Madrid: Civitas, 1994; p. 235. Cfr. También en LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de...*, *op.cit.*; pp. 87-89.

<sup>94</sup> VILADRICH, P-J. *El modelo antropológico del matrimonio*. Madrid: Ediciones RIALP, 2001; p. 16.

## 2.2. Capacidad

### 2.2.1. Sobre el *ius connubii*

Como se señaló al inicio, el matrimonio es una figura de Derecho natural, entendiendo esto como “aquella cosa que está atribuida a un sujeto –y en consecuencia le es debida- por título de naturaleza y según una medida natural de igualdad”<sup>95</sup>. La propia naturaleza humana, que se expresa en la identidad sexual del varón y la mujer, es el fundamento por el que ellos pueden contraer matrimonio. En otras palabras, este es el título por el cual están legitimados para realizar el pacto conyugal y constituir la relación jurídica matrimonial.

El *ius connubii* es un término adoptado del Derecho romano que recogía el derecho a contraer justas nupcias, propio de los ciudadanos romanos<sup>96</sup> y algunos extranjeros privilegiados<sup>97</sup>. En la actualidad, este se utiliza para referir a la libertad fundamental del varón y la mujer al matrimonio, que comprende dos situaciones: la capacidad jurídica para contraer matrimonio y el *virtus contrahendi*, o poder de hacer surgir el vínculo matrimonial<sup>98</sup>.

Al ser un derecho fundamental, conviene ser resguardado por el Derecho, asegurando que toda persona, independientemente de la religión que profese, lo pueda ejercer correctamente y dentro de los límites intrínsecos de esta institución. Por este motivo, “puede decirse que la debida protección del *ius connubii* –derecho natural al matrimonio- es fundamento de la competencia de los poderes públicos en la regulación jurídica de la unión conyugal”<sup>99</sup>. Aquí radica el sustento de su regulación en tantos ordenamientos jurídicos.

Cabe precisar que la regulación secular no implica una intromisión del Estado a competencias de la Iglesia pero sí al Derecho natural, en tanto y cuanto la legislación no respete los límites naturales propios del matrimonio, como realidad natural que es. El legislador no debe olvidar que “no es el matrimonio un “producto” cultural o legal, ni depende de condicionamientos sociológicos y, en última instancia, subjetivos, pues al pertenecer a la naturaleza humana, no cabe hablar de libre disposición; porque la persona no tiene esa libre disposición respecto a lo que es natural, porque ni es dueña, ni puede disponer a título de dueño”<sup>100</sup>.

<sup>95</sup> HERVADA, J. *Introducción crítica al derecho natural*. Piura: Universidad de Piura, 1999; p. 99.

<sup>96</sup> Cfr. MOLINA, A. y OLMOS, M. *Derecho matrimonial canónico sustantivo y procesal*. 5° ed. Madrid: Civitas, 1994; p. 113.

<sup>97</sup> Cfr. D'ORS, Á. *Elementos de Derecho Privado Romano*. 5° ed. Pamplona: EUNSA, 2014; p. 146.

<sup>98</sup> Cfr. HERVADA, J. *Una caro: Escritos sobre el matrimonio*. Pamplona: EUNSA, 2000; p.253.

<sup>99</sup> VILADRICH, P-J. *El modelo antropológico del matrimonio*. Ediciones RIALP, Madrid, 2001, p. 31.

<sup>100</sup> BLANCO, M. *Complementariedad y vínculo conyugal*, en BAÑARES, J. I., y BOSCH, J. (ed.) *La formación de la voluntad matrimonial: anomalías, patologías y normalidad: actas del X Simposio Internacional del Instituto Martín de Azpilcueta (Pamplona noviembre del 2012)*. Pamplona: EUNSA, 2014, pp. 13-27; p. 21.

El *ius connubii* está reconocido por el Derecho canónico en el canon 1058: “Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe” y en el Derecho peruano se entiende implícita en la “promoción al matrimonio” que alude el artículo 4° de la Constitución, que la reconoce como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Así mismo, se encuentra recogido en los tratados internacionales de derechos humanos más importantes, de los cuales Perú es parte<sup>101</sup>.

Es precisa la regulación puesto que el matrimonio es una institución determinada por su propia naturaleza, no es ilimitada, ni absoluta. Para preservar su esencia, es necesario delimitar su contenido y protegerlo, a fin de que no se trasciendan sus límites, que serán de vital importancia en la protección de la institución matrimonial, la misma que solo se obtendrá mediante un correcto ejercicio de este derecho. Estos límites son los llamados impedimentos matrimoniales.

### **2.2.2. Impedimentos**

El matrimonio es una realidad natural que la Iglesia católica se ha preocupado por conocer y entenderla a profundidad a lo largo de toda su historia. Producto de esto y de su interés en preservar la naturaleza de esta unión, surge la necesidad de asegurarse de que quienes van a contraer matrimonio estén en las condiciones de hacerlo, a fin de que se constituya un verdadero vínculo y no se burle la institución.

Los contrayentes que, por su propia naturaleza, tienen libertad para contraer matrimonio no pueden encontrar mayores límites que los que ella misma impone. Lo que el Derecho hace es recoger estos límites como prohibiciones para el ejercicio del *ius connubii*.

Así mismo, es deber de todos los fieles, ante el conocimiento de un impedimento, comunicar al Ordinario del lugar antes de la celebración del matrimonio (canon 1069), pues debe constar, antes de este momento, que nada se opone a su validez y licitud (canon 1066).

A continuación se hará un repaso de los impedimentos dirimentes actualmente vigentes en la regulación canónica, contrastándolos con los recogidos en el ordenamiento civil peruano, que, dicho sea de paso, no se distancia mucho en este punto.

---

<sup>101</sup> V.gr. artículo 16 de La Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 10 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 17.2 del Pacto de San José de Costa Rica.

### 2.2.2.1. *Impedimentos de incapacidad física*

En primer lugar, es preciso indicar que se requiere una edad determinada que indique en cierta medida que el sujeto ha adquirido la madurez fisiológica necesaria para conseguir los fines del matrimonio, así como para emitir un consentimiento de esta naturaleza. A estos efectos, el impedimento de edad está recogido en el canon 1083 del Código de Derecho Canónico, fijando la edad mínima necesaria para contraer matrimonio en 16 años para el varón y 14 para la mujer. En el régimen civil peruano, se puede contraer matrimonio desde los 16 años<sup>102</sup>, indistintamente del sexo. Ambos ordenamientos fijan una edad mínima y ninguno una edad máxima.

No obstante, en atención a factores que pueden incidir en la madurez o costumbres respecto al matrimonio en una determinada sociedad, la Conferencia Episcopal de cada país está facultada para establecer una edad mayor a esta (canon 1083 §2). En tal caso el nuevo límite no afectaría la validez del matrimonio sino su licitud<sup>103</sup>. Esta norma resulta especialmente conveniente en aquellos ordenamientos en los que el matrimonio religioso tiene efectos civiles y su regulación pueda ocasionar un conflicto con la normativa civil.

En particular, la Conferencia Episcopal Peruana ha hecho uso de esta potestad indicando como norma complementaria que “no podrán contraer lícitamente matrimonio el varón y la mujer que no hayan cumplido 18 años”<sup>104</sup>, es decir equipara la edad mínima para la celebración del matrimonio del varón y de la mujer, retrasándola hasta la edad por la que se adquiere la mayoría de edad.

Otro impedimento relativo a la incapacidad física es el impedimento de impotencia, recogido en el canon 1084 §1. La impotencia para realizar el acto conyugal, cuando es antecedente y perpetua, sea absoluta o relativa, por parte del varón o de la mujer dirime el vínculo matrimonial canónico, pues no se ajusta a su propia naturaleza porque no permitirá que se oriente al fin de la prole. No sucede lo mismo con la esterilidad, y esto es coherente pues “para la validez del matrimonio el fin de la generación tiene que estar presente en el pacto conyugal *in suis principiis*, en su potencialidad. Dado que todo el proceso generativo no

---

<sup>102</sup> Para tal fin, es necesaria la dispensa del juez. Artículo 241 del Código Civil: “No pueden contraer matrimonio: 1. Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse”.

<sup>103</sup> Cfr. MOLINA, A. y OLMOS, M. *Derecho matrimonial canónico sustantivo y procesal*. 5º ed. Madrid: Civitas, 1994; p. 130.

<sup>104</sup> CONFERENCIA EPISCOPAL PERUANA, *Documentos de la Conferencia Episcopal Peruana 1979-1989*. Lima: VE, 1989; p. 294.



está al alcance de la voluntad de los cónyuges, solo es necesario que esté ordenado a la generación la parte de dicho proceso cuya actividad depende de los esposos”<sup>105</sup>.

Pese a que este fin no es propio del matrimonio civil, y aunque no esté regulado como un impedimento, la impotencia es causal de anulabilidad. Esta debe ser anterior al matrimonio, absoluta y de cualquiera de los cónyuges. Lo que se castiga es la impotencia misma y no el que el otro cónyuge la hubiere ignorado<sup>106</sup>. En este sentido, ambos ordenamientos, civil y canónico, se refieren a la impotencia *coeundi*, es decir a la que no permite el acto conyugal, dejando a salvo la impotencia *generandi* o, más comúnmente llamada, esterilidad.

Aparte de los impedimentos de edad e impotencia, conviene resaltar la reciente modificación al Código Civil mediante el Decreto Legislativo N° 1384<sup>107</sup>. Este dispositivo ha derogado dos impedimentos relativos a la aptitud física: el de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia o vicio que constituya peligro para la prole; y el de enfermedad mental crónica. Además, ha añadido un nuevo impedimento en el inciso 2 del artículo 241 para las personas que se encuentran en estado de coma, en tanto no exista manifestación de la voluntad expresa o tácita sobre esta materia.

#### 2.2.2.2. Impedimentos de parentesco

Los siguientes impedimentos tutelan, no solo la institución matrimonial, sino toda la familia. En este sentido, señala Fornés que “su objetivo es, precisamente, proteger la dignidad familiar”, cuidando que las relaciones más íntimas, que son las que nacen en el seno de la convivencia familiar, no se desnaturalicen<sup>108</sup>.

Si bien esta prohibición ya existía desde el Derecho romano, de donde fue adoptado por el Derecho canónico, es importante resaltar el aporte de la dignificación de la familia que logró el cristianismo, hasta el punto de poder afirmar que la familia moderna es tributaria de esta, y que esto fue posible, entre otros instrumentos, por la potenciación de estos impedimentos de parentesco<sup>109</sup>.

Un rasgo común entre la legislación canónica y la civil peruana es el cómputo de los grados de parentesco. Por línea recta se entienden todos los ascendientes y descendientes sin

<sup>105</sup> LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de..., op.cit.*; p. 125.

<sup>106</sup> Cfr. GUTIÉRREZ, W. (dir.) 2° ed. *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2007; p.137.

<sup>107</sup> Publicado el 04 de septiembre de 2018.

<sup>108</sup> Cfr. MANTECÓN, J. *El impedimento matrimonial canónico de parentesco legal*. Pamplona: EUNSA, 1993; p.17.

<sup>109</sup> Cfr. LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de..., op.cit.*; p. 142.

contar el tronco; mientras que por la línea colateral los grados están representados por cuantas personas haya en ambas líneas, sin contar el tronco.

En cuanto a los parientes en virtud del lazo de sangre, tanto el Derecho canónico como el civil peruano prohíben el matrimonio entre parientes en línea recta en todos sus grados (canon 1091 §1 y artículo 242 inciso 1 del Código Civil). En línea colateral el impedimento alcanza hasta el tercer grado en el matrimonio civil y hasta el cuarto en el canónico (canon 1091 §2 y artículo 242 inciso 2 del Código Civil). En la legislación canónica se añade además la prohibición de celebrar el matrimonio si queda alguna duda de que los contrayentes sean familiares consanguíneos en línea recta (canon 1091 §4).

En cuanto al parentesco por afinidad, en el Derecho canónico nace de un matrimonio válido, sin necesidad de que sea consumado, en virtud del cual el esposo o esposa es pariente por afinidad de los parientes consanguíneos de su cónyuge en el mismo grado (canon 109).

A semejanza de canon 1092, el Código Civil peruano, en su artículo 242 inciso 3, prohíbe el matrimonio entre parientes por afinidad en línea recta de manera indefinida. Sin embargo, se diferencian cuando se trata de la línea colateral, pues la Iglesia católica no contempla ningún impedimento para los parientes por afinidad en línea colateral; mientras que en el ordenamiento civil peruano, el parentesco de afinidad dirime el matrimonio hasta el segundo grado, aunque para esto es necesario que se haya disuelto por divorcio el matrimonio que produjo la afinidad y que el ex-cónyuge viva.

En ambas regulaciones, además del impedimento de parentesco por consanguinidad y afinidad, se añade también el impedimento de adopción. Al respecto, se debe indicar que el fundamento de este impedimento no es la adopción por sí sola sino el parentesco legal que este genera. Evidentemente, la adopción se debe llevar a cabo de acuerdo a las normas civiles. Así nos indica el canon 110: “Los hijos que han sido adoptados de conformidad con el derecho civil, se consideran hijos de aquel o aquellos que los adoptaron”.

Por lo tanto, no se debe equiparar ninguna otra figura, ni siquiera una adopción *de facto*, pues la única situación que es capaz de generar el parentesco legal que refiere este impedimento es la adopción tal cual la regula el ordenamiento civil. En este sentido, existe una canonización de las normas civiles, en cuanto tienen la potestad de regular la adopción que la norma canónica simplemente reconoce. En esta línea, “el Derecho civil aporta únicamente el elemento material –el concepto de adopción- que constituirá el hecho jurídico o

presupuesto que hará surgir el impedimento; mientras el Derecho canónico le atribuye el elemento formal –el régimen jurídico y fuerza de obligar en su propio ámbito-”<sup>110</sup>.

Al tener los adoptados el mismo parentesco legal que un hijo natural, estarán impedidos de contraer matrimonio en la misma medida, esto es, de manera indefinida en línea recta y hasta el segundo grado de la línea colateral. Igualmente, en la legislación civil estarán impedidos de contraer matrimonio por las mismas normas que han sido señaladas anteriormente (artículo 242.5 del Código Civil).

A diferencia de las situaciones recientemente estudiadas, el Derecho canónico añade otro impedimento en el que no existe parentesco legal entre las personas a las que se les prohíbe casarse. Este es el impedimento de pública honestidad, en el que tan solo se hará una aplicación análoga en atención a una relación de convivencia que mantienen los contrayentes, situación que da lugar a lo que la doctrina denomina ‘cuasi afinidad’. Por tanto, el impedimento no surge por la afinidad sino a raíz de una unión de hecho, aunque pudiera haber existido una apariencia de unión legal (matrimonio inválido)<sup>111</sup>.

El canon 1093 recoge esta prohibición que puede surgir o bien de un concubinato notorio o público, o bien de un matrimonio inválido después de instaurada la vida en común, y alcanzará a los parientes de primer grado en línea recta de la persona con la que se conforma esta unión. Este impedimento no está regulado por la ley civil, únicamente por la canónica.

### 2.2.2.3. *Impedimentos de delito*

El primer impedimento de delito es el denominado impedimento de crimen. Recibe este nombre puesto que se configura a partir de un delito, precisamente el de conyugicidio. Se entiende entonces que se regule para desincentivar la posibilidad de que una persona sea asesinada para que ya no exista un vínculo matrimonial que impida a su cónyuge contraer nuevas nupcias. En ese sentido, se afirma que el fundamento de este impedimento reside en la tutela del matrimonio, que se lograría a través de la sanción de quienes causan la muerte de su cónyuge con la intención de contraer otro matrimonio<sup>112</sup>.

El canon 1090 prohíbe contraer matrimonio a quien causa la muerte o de su propio cónyuge para poder casarse con otra persona, o del cónyuge de con quien pretende casarse. Ciertamente, no es necesario causar la muerte de manera directa, pues basta con la cooperación mutua, física o moral para ser incluido en este impedimento.

---

<sup>110</sup> MANTECÓN, J. *El impedimento matrimonial canónico de parentesco legal*. Pamplona: EUNSA, 1993; p.171.

<sup>111</sup> Cfr. SOUTO, J. *Derecho matrimonial*. 2º ed. Madrid: Marcial Pons, 2002; p.154.

<sup>112</sup> Ídem; p.159.

En el ordenamiento civil peruano también se recoge esta figura, aunque en este caso no importa la intención, se castiga el solo homicidio del cónyuge así no haya sido para favorecer una próxima unión. Para que se configure este impedimento es necesario que previamente exista un proceso judicial por homicidio o parricidio, pues el impedimento recae sobre el condenado por parricidio (artículo 107 del Código Penal) y sobre el procesado por homicidio con el cónyuge sobreviviente (artículo 242 inciso 6 del Código Civil). A estos fines es indistinto si es partícipe en calidad de autor, coautor, cómplice, instigador o cooperador necesario, igualmente recaerá el impedimento sobre él, siempre que el homicidio haya sido doloso y que el delito se haya consumado, pues no es suficiente la simple tentativa<sup>113</sup>.

El siguiente impedimento de delito es el recogido en el canon 1089, es decir, el impedimento de raptó, prohibiendo el matrimonio entre un hombre y una mujer raptada por él, o al menos retenida, con la intención de contraer matrimonio con ella. El mismo canon, además, faculta a la víctima para convalidar el matrimonio si libremente lo elige cuando se halle separada del raptor y en un lugar seguro y libre.

No se fundamenta este impedimento en el miedo que pueda ocasionar el raptor sobre la víctima, pues independientemente de sus sentimientos, basta que la mujer se encuentre en contra de su voluntad en un lugar objetivamente inseguro<sup>114</sup>.

Ahora, la redacción de este canon contempla únicamente el caso en el que el raptor es varón y la víctima una mujer, mas no viceversa. Para entender esto, hay que tener en cuenta tanto el origen histórico del impedimento –evitar la proliferación de raptos de mujeres–, como el espíritu de esta norma, que descansaba también en el dato estadístico que muestra que así se suelen dar la mayoría de estos casos<sup>115</sup>.

Esto no significa que cuando el raptó sea realizado al revés, es decir por una mujer y siendo la víctima un varón, el matrimonio tenga que ser válido. En este caso podría ser de aplicación el canon 1103 que invalida el matrimonio contraído por violencia o por miedo grave que proviene de una causa externa. Incluso, en este caso la nulidad se podría dar así el raptó no haya sido con miras a contraer matrimonio.

En la legislación civil peruana, este impedimento está recogido en el artículo 242 inciso 7 del Código Civil. Sin embargo, en esta norma sí se contemplan ambos casos, esto es tanto si el raptor es varón y la víctima es mujer como si se produce al contrario. Es preciso

---

<sup>113</sup> Cfr. TORRES, A. Impedimentos matrimoniales. En *Actualidad Jurídica* N° 228. Lima: Gaceta Jurídica, 2012; p.75.

<sup>114</sup> Cfr. MOLINA, A. y OLMOS, M. *Derecho matrimonial canónico sustantivo y procesal*. 5° ed. Madrid: Civitas, 1994; p. 147.

<sup>115</sup> Cfr. LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de..., op.cit.*; p. 138.

añadir que este impedimento subsistirá por el tiempo en que se prolongue el rapto o mientras dure la retención violenta.

#### 2.2.2.4. Impedimentos de incompatibilidad jurídica

Dentro de este tipo de impedimentos, aparece el impedimento de ligamen como el más resaltante y quizás uno de los más conocidos. Así, el canon 1085 prescribe el impedimento de contraer matrimonio para aquellos que tienen un vínculo matrimonial subsistente, así haya sido consumado o no. Además, no será lícito contraer nuevamente matrimonio sino hasta el momento en que conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución del anterior vínculo. En este sentido, es válido sostener que por este impedimento no se restringe el *ius connubii*, pues este ya se está ejerciendo, sino que, más bien, encuadra su correcto ejercicio. De esta manera se preserva la unidad del matrimonio, tanto del vínculo subsistente como del potencial.

Caso singular es el de los católicos que solo han contraído matrimonio en sede civil. Aunque este matrimonio no tenga validez para las normas canónicas y no sea aplicable este impedimento *stricto sensu*, sí sería de aplicación el canon 1071 §1.2° que indica que nadie debe asistir al matrimonio que no puede ser reconocido o celebrado según la ley civil sin licencia del Ordinario del lugar, salvo en caso de necesidad. Esto solo tendrá incidencia en la licitud, mas no en la validez del matrimonio canónico<sup>116</sup>.

Este mismo impedimento de vínculo está recogido en el artículo 241° inciso 5 del Código Civil, que prohíbe el matrimonio de los casados. Al ser el matrimonio civil el único con efectos jurídicos en el ordenamiento peruano, claro está que se refiere a los que mantienen un vínculo de tal naturaleza, independientemente de que estén casados por la Iglesia<sup>117</sup>. De la misma manera, es necesaria la certeza de la disolución del vínculo anterior, en tal sentido, si se ha recurrido a sede judicial, se requiere de sentencia firme que declare la nulidad o el divorcio del primer matrimonio. Así, mientras no tenga calidad de cosa juzgada, subsiste el impedimento absoluto para contraer matrimonio<sup>118</sup>. Esta misma lógica se extiende al acta notarial o municipal que declara el divorcio ulterior, en su caso.

Conviene resaltar los distintos efectos que tiene la declaración de muerte presunta del cónyuge en la regulación civil y en la canónica. En la primera, la sola declaración disuelve el

<sup>116</sup> Cfr. LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de..., op.cit.*; p. 128.

<sup>117</sup> Cfr. ARIAS-SCHREIBER, M. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Tomo VII: Derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica, 1997; p.92.

<sup>118</sup> Cfr. TORRES, A. *Impedimentos matrimoniales*. En *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, n° 228, pp. 63-81.

vínculo; en la segunda, solo se presume *iuris tantum* la disolución. Esto implicaría que, si se llega a conocer la supervivencia del cónyuge que se tenía por desaparecido, el vínculo canónico subsistirá, tal como lo prescribe el canon 1707.

En la regulación canónica existen, además, otros impedimentos relativos a estados de vida que son incompatibles con el matrimonio, que afectan a personas que son, en principio, capaces pero que por su propia voluntad han decidido adquirir un estatus jurídico incompatible con el de ser cónyuge. Estos son el impedimento de quien ha recibido las órdenes sagradas (canon 1087) y de quien haya profesado voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso (canon 1088).

Por el primero, el impedimento de orden, están comprendidos todos los que hayan recibido el orden sagrado, que el mismo Código delimita en el canon 1009 §1, refiriéndose al episcopado, presbiterado y diaconado (específicamente a los diáconos transitorios y a los permanentes no casados<sup>119</sup>). Este impedimento encuentra su fundamento en el celibato eclesiástico que tiene carácter de ley eclesiástica<sup>120</sup>. Es preciso señalar que, aunque no sea un impedimento originado en el derecho natural, es muy poco probable que deje de ser contemplado en un futuro, dada la especial firmeza con que la Iglesia católica ha reivindicado el celibato para los ordenados *in sacris*<sup>121</sup>.

El siguiente impedimento es el de quien haya profesado voto de castidad, siempre que esta profesión haya sido pública, perpetua y dentro de una institución religiosa. Así, no cualquier voto de castidad configura este impedimento, sino aquel que se atiene a las características recogidas por el Código. Es posible que este voto haya sido profesado también por el clérigo, quien terminaría estando doblemente impedido y, para el cese de estos requeriría de dos dispensas. Ambos impedimentos, el de orden sagrada y el de voto público de castidad, provienen del Derecho eclesiástico, por lo cual no es extraño que la legislación civil no los haya contemplado como una situación que no permita el matrimonio civil.

Otro impedimento propio del matrimonio canónico es el impedimento de disparidad de culto, recogido en el canon 1086, que dirime la unión conyugal de un bautizado con un no bautizado. Este es el llamado matrimonio dispar, en el que necesariamente una persona debe ser bautizada por la Iglesia católica o recibida en su seno y que no se haya apartado de ella por acto formal, en resumen tiene que ser contado como un fiel al momento en que pretenda contraer matrimonio; mientras que la otra persona no debe haber recibido el bautismo.

---

<sup>119</sup> Cfr. *Pontificale Romanum – De ordinatione Episcopi, Presbyterorum et Diaconorum*, n. 201. Ed. Typica altera, Typis Vaticanis, 1990; p.110. Cfr. También CIC c. 273.

<sup>120</sup> Cfr. SOUTO, J. *Derecho matrimonial*. 2º ed. Madrid: Marcial Pons, 2002; p.157.

<sup>121</sup> Cfr. LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de..., op.cit.*; p. 130.

Distinto es si el contrayente no católico estuviese bautizado en otra religión que no se encuentra en plena concordancia con la católica. En este caso no se configurará el impedimento pero sí será necesaria la licencia del ordinario del lugar para la lícita celebración del matrimonio mixto.

Los matrimonios dispares evidentemente son mucho más trascendentes en el plano religioso. Por este motivo, el impedimento de disparidad de culto no está contemplado en el Derecho civil peruano, aunque cierto es que, de alguna manera, se podría dar el caso en que la diferencia de religiones que profesan los contrayentes pueda imposibilitar la vida en común, permitiendo optar por el divorcio.

Tras este breve análisis es posible concluir que la regulación de los impedimentos en la ley canónica y en la civil peruana no dista mucho. Esto confirma el papel de base del matrimonio canónico en la visión, principalmente del mundo occidental, de esta unión; y esto se ha manifestado en el Perú, que es un país de larga tradición católica.

Es más, todos los impedimentos matrimoniales dirimentes regulados en el Código Civil<sup>122</sup>, salvo el recientemente agregado por el Decreto Legislativo N° 1384, tienen su equivalente en el Derecho canónico, aunque con diferentes matices y gradualidades. A pesar del tiempo transcurrido desde que rige el matrimonio civil obligatorio, la legislación peruana no se ha apartado mucho de la canónica en cuanto a los impedimentos matrimoniales, por lo que es mucho menos probable la incidencia de la secularización que ocasione una distorsión en esta materia.

## **2.3. Preparación del matrimonio**

### **2.3.1. Del matrimonio canónico**

La trascendencia que tiene el matrimonio, no solo en la vida de los cónyuges, sino incluso para la sociedad es invaluable. Es, por tanto, necesario asegurar que los matrimonios se celebren respetando su esencia y procurando que estas uniones sean válidas y, además, exitosas. Para lograr tal fin, la Iglesia católica realiza un esfuerzo multidisciplinario, que también incluirá el aspecto jurídico.

En efecto, esta preparación consta de varias fases y “tiene ciertamente finalidades que trascienden la dimensión jurídica, pues su horizonte está constituido por el bien integral,

---

<sup>122</sup> La legislación peruana también contempla otros supuestos de impedimentos impeditivos o prohibiciones especiales, regulados en el artículo 243 del Código Civil. Estos no han sido materia de estudio puesto que no son impedimentos *stricto sensu*, no dirimen el matrimonio, solo hacen ilícita la celebración e imponen una sanción sin restarle validez a la unión conyugal.

humano y cristiano, de los cónyuges y de sus futuros hijos”<sup>123</sup>. Sin embargo, aunque converjan distintas materias en esta etapa, es preciso añadir, como sostenía Juan Pablo II, que “las dimensiones jurídica y pastoral se unen inseparablemente en la Iglesia peregrina en esta tierra. Sobre todo, existe una armonía debida a su común finalidad: la salvación de almas”<sup>124</sup> y, según Benedicto XVI a su punto de encuentro fundamental: el amor a la verdad<sup>125</sup>.

El Magisterio de la Iglesia católica señala tres etapas de preparación al sacramento del matrimonio: la remota, la próxima y la inmediata. Señalan que la primera empieza con la formación que se recibe desde el inicio de la vida, siendo los padres los principales responsables. La etapa próxima se da durante el noviazgo y “consistirá en el conocimiento claro de las notas esenciales del matrimonio cristiano: unidad, fidelidad, indisolubilidad, fecundidad”<sup>126</sup>. La inmediata tiene como objetivo sintetizar todo lo anterior y asegurar que los contrayentes son capaces de constituir un vínculo válido. En esta última etapa se llevarán a cabo las prescripciones jurídicas.

En este periodo, se insta a los contrayentes a asistir a, por lo menos, un curso<sup>127</sup> en el que profundicen sobre el matrimonio que desean celebrar. Este curso no es una exigencia jurídica, por lo que la inasistencia a este no acarreará ninguna sanción. Por lo que, si bien “debe ser propuesta y actuada de manera que su eventual omisión no sea un impedimento para la celebración del matrimonio”<sup>128</sup>, se entiende que es un curso moralmente obligatorio<sup>129</sup>.

También en esta etapa se realizará la instructoria prematrimonial, este es “el instrumento establecido por el derecho universal de la Iglesia para conocer con certeza el estado de libertad de los contrayentes, además de su actitud ante las verdades esenciales sobre el matrimonio”<sup>130</sup>. A través de esta se tiene que llegar a dar cumplimiento al canon 1066 que prescribe que “antes de que se celebre el matrimonio debe constar que nada se opone a su celebración”.

Así, se deberá crear el expediente matrimonial, esto es, el instrumento formal en el que se deja constancia del examen hecho a los contrayentes y del resultado de las proclamas.

<sup>123</sup> BENEDICTO XVI. Alocución a la Rota Romana de Benedicto XVI de 22 de enero de 2011.

<sup>124</sup> JUAN PABLO II. Alocución a la Rota Romana de Juan Pablo II de 18 de enero de 1990.

<sup>125</sup> BENEDICTO XVI. Alocución a la Rota Romana de Benedicto XVI del 28 de enero de 2006.

<sup>126</sup> *Preparación al sacramento del matrimonio*, 45.

<sup>127</sup> *Familiaris consortio*, 66.

<sup>128</sup> *Ibidem*, 68.

<sup>129</sup> Cfr. ARZOBISPADO DE LIMA, *Normas particulares para la celebración del matrimonio canónico en la Arquidiócesis de Lima*, 7.

<sup>130</sup> FRANCESCHI, H. La preparación para el sacramento del matrimonio: problemas jurídicos y pastorales. En FRANCESCHI, H., DEL PRETTE, R., ZÁRRAGA, T. y ALBORNOZ, R. (ed.) *Cuestiones jurídicas y pastorales de actualización en Derecho matrimonial canónico*. Caracas: Centro Teológico Sacerdotal, 1999, pp. 15-64; p.48.



Además, señala el Episcopado peruano que la confección de este documento es de obligatoriedad indiscutible<sup>131</sup>. Este expediente inicia con el pliego matrimonial, un documento administrativo en donde los novios que tienen la intención de acceder al sacramento del matrimonio presentan una serie de testimonios<sup>132</sup> que avalan su soltería y su libertad, así como la ausencia de todo lo que pudiera impedir la celebración válida y lícita del matrimonio”<sup>133</sup>.

Posteriormente, es necesario que los novios se entrevisten con el párroco, aunque esta función puede ser realizada por el vicario parroquial, pero bajo responsabilidad de aquel. Los contrayentes deben declarar por separado y en este trato inmediato se debe investigar si se acercan a contraer matrimonio libremente, que se encuentren en un estado que no impida la válida constitución del vínculo y que tengan conocimiento de la naturaleza y de los elementos esenciales del pacto que van a realizar.

Otro instrumento que se utiliza para investigar acerca del estado de los contrayentes son las proclamas matrimoniales. Al respecto, el Código de Derecho Canónico<sup>134</sup> remite a las normas que deberá dar la Conferencia Episcopal de cada país, para indicar cómo se deben llevar a cabo estos medios que deben preceder al matrimonio. El Episcopado peruano ha indicado que las proclamas se deben publicar por edicto fijado en un lugar visible o que se lean en al menos dos días de fiesta<sup>135</sup>. Al leer estas proclamas, los párrocos deben tener en cuenta que están dirigidas a toda la comunidad, para que coopere a que la celebración sea válida<sup>136</sup>, pues es obligación de todos los fieles manifestar los impedimentos de que tengan noticia al párroco antes de la celebración del matrimonio (canon 1069).

En síntesis, en la preparación del matrimonio se da tanto la preparación de los cónyuges para recibir de la mejor manera posible el sacramento, como la labor de investigar que no exista ningún impedimento o situación irregular que pueda afectar la licitud o validez

---

<sup>131</sup> Cfr. CONFERENCIA EPISCOPAL PERUANA, *Derecho eclesial peruano: anotaciones a las normas complementarias de la Conferencia Episcopal Peruana*. Lima: Navarrete, 2004; p.49.

<sup>132</sup> Lo harán mediante declaraciones y ofreciendo testigos, quienes deben tener conocimiento de que “no sólo son garantes de un acto jurídico, sino también representantes de la comunidad cristiana” Cfr. PONTIFICIO CONSEJO PARA LA FAMILIA, *Preparación al sacramento del matrimonio*, 55.

<sup>133</sup> ARZOBISPADO DE LIMA, *Normas particulares para la celebración del matrimonio canónico en la Arquidiócesis de Lima*, 10.

<sup>134</sup> Canon 1067: “La Conferencia Episcopal establecerá normas sobre el examen de los contrayentes, así como sobre las proclamas matrimoniales u otros medios oportunos para realizar las investigaciones que deben necesariamente preceder al matrimonio, de manera que, diligentemente observadas, pueda el párroco asistir al matrimonio”.

<sup>135</sup> Excepcionalmente se admite obviar las proclamas en casos de peligro de muerte. Canon 1068: “En peligro de muerte, si no pueden conseguirse otras pruebas, basta, a no ser que haya indicios en contra, la declaración de los contrayentes, bajo juramento según los casos, de que están bautizados y libres de todo impedimento”.

<sup>136</sup> CONFERENCIA EPISCOPAL PERUANA, *Derecho eclesial peruano: anotaciones a las normas complementarias de la Conferencia Episcopal Peruana*. Lima: Navarrete, 2004, pp. 49-50.

del matrimonio, cuestiones que van intrínsecamente unidas. Aquí se debe demostrar que los contrayentes son hábiles, capaces, que no se encuentran afectados por ningún impedimento y que se encuentran en las condiciones de prestar un consentimiento auténtico y capaz de constituir un vínculo válido; en pocas palabras, que están listos para contraer el matrimonio. Y esto supondrá un esfuerzo tanto de los contrayentes como de la Iglesia. Solo mediante esa forma se estarán realmente cumpliendo las disposiciones de los cánones 1063 y 1064<sup>137</sup>.

### **2.3.2. *Del matrimonio civil peruano***

La legislación civil también regula la preparación del matrimonio pero ceñida a los trámites y formalidades que se deben seguir para la válida celebración. La Corte Suprema ha interpretado que el íter matrimonial, según lo regulado en el Código Civil, consta de cuatro momentos<sup>138</sup>. El primero de estos es la declaración del proyecto matrimonial de los contrayentes, quienes deberán acudir al alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos, donde se comprobará su aptitud nupcial ante el funcionario competente a través de la documentación requerida, de acuerdo al artículo 248 del Código Civil y demás normas especiales que dicte la municipalidad, que constituirá el expediente matrimonial.

El segundo momento es el de la publicación del proyecto, que se da cuando el alcalde anuncia el potencial matrimonio mediante un aviso que se fijará en la oficina de la municipalidad y su divulgación a través de periódico o radio, según lo señala el artículo 250 del Código Civil. Esto se realiza con la intención de que, de existir algún impedimento, sea advertido para evitar la celebración de un matrimonio inválido<sup>139</sup>.

El siguiente momento es el de la declaración de capacidad por parte del alcalde una vez comprobado, mediante las anteriores diligencias, que no consta ningún impedimento que afecte el matrimonio. De acuerdo al artículo 258 del Código Civil, esta declaración tendrá efectos por los cuatro meses siguientes, tiempo en el que se deberá celebrar el matrimonio. Por último, habiéndose cumplido con todo esto y ya obtenida la información necesaria para identificar a los contrayentes como sujetos capaces de unirse en matrimonio, se llevará a cabo la celebración siguiendo las formalidades prescritas por el artículo 259 del Código Civil y extendiéndoseles el acta de casamiento al finalizar el acto.

---

<sup>137</sup> Cfr. OLMOS, M. La preparación para el matrimonio en la exhortación apostólica “*amoris laetitia*”. En: RUANO, L. y SÁNCHEZ-GIRÓN, J. L., S.J. (coord.) *Novedades de Derecho Canónico y Derecho eclesiástico del Estado. A un año de la reforma del proceso matrimonial*. Madrid: Dykinson, 2017, pp. 55-77; pp. 76-77.

<sup>138</sup> Fundamento noveno de la Casación N°3561-2008-CUSCO.

<sup>139</sup> Cualquier persona con interés legítimo podrá oponerse a la celebración del matrimonio de existir algún impedimento que lo sustente. En caso de que exista alguna causa de nulidad, podrá ser denunciada por cualquier persona que conozca su existencia ante el Ministerio Público para que este formule oposición, o podrá hacerlo de oficio si tiene noticia de tal. Cfr. Artículos 253, 254 y 255 del Código Civil.

Como es notable, respecto a la preparación del matrimonio civil, en el ordenamiento peruano se ha adoptado una estructura similar a la ya tratada preparación canónica para el matrimonio: se elabora un expediente, se verifica la capacidad, se publican edictos y, una vez cumplido todo eso, se celebra el matrimonio. Inclusive, al igual que en la regulación canónica, se puede dispensar de las formalidades precedentes a la celebración del matrimonio si alguno de los contrayentes se encuentra en inminente peligro de muerte, es decir cuando se trata de un matrimonio *in extremis* (artículo 268 del Código Civil).

Sin embargo, hay diferencias esenciales y quizás la más resaltante es que en la preparación del matrimonio canónico es sustancialmente relevante la formación de los contrayentes, verificar, no solamente que son capaces de emitir su consentimiento, sino que lo hagan conscientes de todo lo que el pacto conyugal implica. No se trata de la sola verificación de ausencia de algún impedimento, cual fuese un trámite burocrático. Tiene un sentido más trascendente que implica asegurar que los contrayentes conocen los elementos esenciales del matrimonio y los deberes que asumen. Por su parte, en el matrimonio civil no existe una fase de instrucción más allá de la lectura de los artículos relativos al matrimonio y al divorcio que se leen en el momento de la celebración. La preparación en este caso se limita al trámite administrativo.

## **2.4. Consentimiento**

### ***2.4.1. Cuestiones generales sobre el consentimiento válido***

Si bien es importante la capacidad para contraer matrimonio, verificar que no exista ningún impedimento por parte de ambos contrayentes y la preparación para esta unión, ninguno de estos elementos es tan relevante como el consentimiento. De hecho, uno de los aportes más grandes de la Iglesia católica respecto al matrimonio ha sido resaltar la importancia del consentimiento<sup>140</sup>, elemento insustituible y absolutamente necesario para la constitución del matrimonio.

Esto lo declara el legislador en el canon 1057 § 1, cuando expresa que: “El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir”. Es decir, lo que da origen al matrimonio es el consentimiento, aquí halla su causa eficiente. Se trata del acto fundacional del matrimonio, que lo crea de una vez por todas en un momento

---

<sup>140</sup> Cfr. MARTÍ, J.M. Consentimiento, deliberación y libertad interna en el matrimonio. En: *Revista Ius Canonicum*, 1999, vol. 39, pp. 645-652; p. 645.

único e irrepitable. Se descarta, por tanto, la necesidad de que sea un consentimiento sostenido en el tiempo, como lo fue en el Derecho romano<sup>141</sup>, en el que el matrimonio duraba lo que duraba la voluntad de permanecer en él. En el matrimonio canónico, el consentimiento no es la sucesión de infinitos pactos o síes entre los esposos. No hay más que un único sí fundacional<sup>142</sup>, este es el consentimiento prestado en la celebración, es decir, en el matrimonio *in fieri*, que proyecta sus efectos en el matrimonio *in facto esse*.

El consentimiento como causa tiene entre sus características la de ser suficiente<sup>143</sup> para constituir el matrimonio, es decir que solo este elemento es idóneo y basta para crear la unión conyugal. Sin embargo, el legislador canónico ha optado por requerir otros elementos más, como se indica en el canon señalado. Es necesario que cada contrayente sea jurídicamente hábil, lo que asegura que el contrayente es apto para emitir tal consentimiento y todo lo que ello implica, como también es necesaria la forma, por la que ha de constar la manifestación de la voluntad de convertirse uno en el cónyuge del otro. Estas exigencias no restan el carácter de suficiente que tiene por naturaleza este consentimiento, pues el Derecho positivo los añade para hacerlo jurídicamente eficaz<sup>144</sup>.

Además de suficiente, el consentimiento es necesario, porque es la única forma de constituir el vínculo matrimonial, que se creará a partir de la celebración. De esta manera, el consentimiento es necesario para ambas fases del matrimonio, tanto para la *in fieri*, de la que es esencia, como de la *in facto esse*, de la que es causa eficiente<sup>145</sup>. Solo este pacto puede convertir a dos personas en cónyuges, haciendo nacer entre ellos el vínculo en virtud del cual adquieren derechos y obligaciones. Es por esto que solo puede ser manifestado por ellos, se trata de un acto personalísimo de los cónyuges, que ningún poder humano puede suplir. Es por esto que en el consentimiento radica la existencia y validez del matrimonio.

A su vez, el canon 1057 prescribe que es necesario que este consentimiento sea manifestado, esto es expresado de manera legítima. Esta expresión nos remite a la norma que regula la forma en que se debe prestar este consentimiento, por lo que se habrá de ajustar a lo indicado en el canon 1104<sup>146</sup>. Cuando al regular el consentimiento se hace referencia a la manifestación legítima como la manera de exteriorizar la voluntad de cada contrayente, ya nos da a entender que este es un acto interno de cada uno, pero que por esta manifestación,

---

<sup>141</sup> Cfr. D'ORS, Á. *Elementos de Derecho Privado Romano*. 5º ed. Pamplona: EUNSA, 2014; pp. 146-147.

<sup>142</sup> Cfr. VILADRICH, P-J. *El modelo antropológico del matrimonio*. Madrid: Ediciones RIALP, 2001; p.43

<sup>143</sup> Cfr. SOUTO, J. *Derecho matrimonial*. 2º ed. Madrid: Marcial Pons, 2002; p.170.

<sup>144</sup> Cfr. LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de...*, *op.cit.*; p. 162.

<sup>145</sup> *Ibidem*.

<sup>146</sup> Canon 1104 § 1. Para contraer válidamente matrimonio es necesario que ambos contrayentes se hallen presentes en un mismo lugar, o en persona o por medio de un procurador. § 2. Expresen los esposos con palabras el consentimiento matrimonial; o, si no pueden hablar, con signos equivalentes.

que se da en un mismo momento, ambas voluntades se encuentran y se complementan, conformando un solo pacto, con un objeto específico en común. De esta manera, el consentimiento o pacto conyugal es la concurrencia de ambas voluntades con el mismo objeto. Esto es lo decisivo para constituir el matrimonio.

¿Qué se debe entender entonces por el objeto de tal pacto? Esto lo resuelve el mismo canon en su segundo párrafo: § 2. “El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad, por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio”. Este es el contenido de lo que expresa cada uno de los contrayentes en el momento de la celebración, el compromiso de darse y aceptarse de manera recíproca para constituir la unión conyugal. Y, lógicamente, el efecto del pacto es aquello que es querido, es decir su objeto. Por tanto, una vez que se manifiesta el pacto, se crea su efecto: el matrimonio.

Ahora, entre causa y efecto debe haber una proporcionalidad. Es decir, un efecto de tal magnitud solo puede tener como causa una que se ajuste él, pues la consecuencia debe ser digna de su causa. Por eso no se trata de un consentimiento sin más, ni equiparable al que se exige en los demás contratos, debe ser proporcional al matrimonio mismo. De acuerdo a esto, tiene sentido que la capacidad que se exija para prestar este consentimiento sea mayor al simple cumplimiento de una edad, que se logra con el solo paso del tiempo. Tampoco se debe entender por eso mismo que se requiera una capacidad extraordinaria, “porque el matrimonio es una realidad natural primaria, a la que inclina la propia naturaleza humana de ser varón o mujer, y, por ser natural, la capacidad de fundar y vivir el matrimonio ha de estar al alcance de cualquier persona humana, simplemente por serlo”<sup>147</sup>.

Pero la capacidad de consentir no se limita a la ausencia de impedimentos, aunque es necesario que la persona sea jurídicamente hábil, esta es una esfera un tanto más superficial. Ya nos indica el canon 1057 que el consentimiento matrimonial es un acto de la voluntad y, por tanto, implicará “una suficiente dosis de gobierno racional y voluntario del orden racional, afectivo y somático –órdenes que conmueve la inclinación sexual-, como para poder comprometer en el pacto fundacional del matrimonio”<sup>148</sup>, pues un consentimiento válido presupone la capacidad consensual de la persona que lo manifestará.

---

<sup>147</sup> VILADRICH, P-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998; p. 25.

<sup>148</sup> VILADRICH, P-J. *El modelo antropológico del matrimonio*. Madrid: Ediciones RIALP, 2001; p. 73.

Esta capacidad viene determinada por tres dimensiones que se enumeran en el canon 1095<sup>149</sup>. El legislador ha optado por una redacción negativa, es decir, desde la perspectiva de los vicios que originan la incapacidad consensual. Sin embargo, es posible reconocer a partir de ellos los aspectos desde los que se analiza una adecuada capacidad. Esto es, se requiere que la persona tenga suficiente uso de razón, una adecuada discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio y una mente capaz de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio<sup>150</sup>.

Por tanto, el acto del consentimiento matrimonial, que es una actividad voluntaria puramente interior<sup>151</sup>, requerirá del uso de las potencias intelectivas y volitivas, propias del ser humano. Implicará tanto el entendimiento, en cuanto se ha de conocer el objeto del pacto en concreto y con quién se va a realizar, como la voluntad para querer obligarse a eso previamente conocido por el intelecto. Y esto, que la manifestación de la voluntad de la persona responda a un previo proceso interno de deliberación, que, en principio, toda persona es capaz de lograr es, además de necesario, lo normal.

#### **2.4.2. Características y correspondientes vicios**

Sin embargo, es posible que estas facultades se encuentren afectadas por algún trastorno o anomalía de naturaleza psíquica. Cuando esto sucede, podría existir alguna alteración en el proceso interno de la formación del consentimiento matrimonial que conduzca a la inválida constitución del consentimiento. Solo si esto se verifica, entonces, en virtud del canon 1095, se entendería que, debido a la incapacidad consensual del contrayente, el consentimiento es inválido y, por tanto, el matrimonio es nulo. Esto no significa que la presencia de cualquier anomalía psíquica anula la capacidad de una persona de contraer matrimonio, pues ninguna enfermedad es, en sí misma, la que ocasiona la nulidad del matrimonio. Es necesario que haya una relación causal entre el trastorno psíquico y el

---

<sup>149</sup> 1095 Son incapaces de contraer matrimonio:

1 quienes carecen de suficiente uso de razón;

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

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

<sup>150</sup> Al respecto, Viladrich desarrolla con profundidad la dimensión de la capacidad consensual a la que refiere cada párrafo del canon 1095, indicando como acepción positiva de cada supuesto contemplado: 1) la capacidad actual para el acto humano del signo nupcial, 2) la capacidad de posesión, en el entendimiento y en la voluntad, para darse y aceptarse recíprocamente como cónyuges en su masculinidad o en su feminidad, y 3) la capacidad de asumir la obligación jurídica de vivir de forma esencialmente idónea para la consecución de los fines matrimoniales. Cfr. VILADRICH, P-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998; pp. 33-63.

<sup>151</sup> Cfr. GONZÁLEZ, J. M. *Derecho canónico matrimonial: según el Código de 1983*. Pamplona: EUNSA, 1991; p. 99.

consentimiento inválido en el caso concreto y, además, que esta sea comprobada. En síntesis, no toda anomalía de naturaleza psíquica ocasiona la imposibilidad de consentir válidamente, pero la incapacidad consensual sí se sustenta siempre en un estado mental anómalo. No puede ser incapaz de consentir una persona que se encuentra en un estado normal, en pleno uso de sus facultades, pues, como ya se ha mencionado, el matrimonio es una inclinación natural del hombre.

Para prestar un válido consentimiento es necesario, además, que el proceso de deliberación interna se haya llevado a cabo independientemente de cualquier condicionamiento interno o externo, es decir, que la voluntad debe ser libre. Es, por tanto, muy importante que esta se ejerza de manera que la capacidad deliberativa no se vea perjudicada en el mínimo de libertad que requiere, pues, de no ser suficiente, no se podría prestar válidamente un consentimiento que tenga como objeto el consorcio de toda la vida.

Esto podría suceder en caso de miedo grave o violencia (canon 1103<sup>152</sup>), es decir, cuando, ante una amenaza física o moral, una persona, pese a su contraria voluntad de contraer matrimonio, lo realiza con la intención de evitar el mal que le causaría el cumplimiento de tal amenaza. Es preciso señalar que no se trata de un miedo a cualquier factor externo, no cualquiera es capaz de viciar la voluntad del contrayente. Esta amenaza tendría que ser extrínseca, en el sentido que no sea autogenerada; de origen antecedente al pacto conyugal y sostenido hasta tal momento; grave, tanto objetiva como subjetivamente; e indeclinable, es decir que no pueda ser evitada por otro medio razonable que no sea el de contraer matrimonio<sup>153</sup>. Por tanto, un consentimiento coaccionado no se tendrá por válido, pues si para que alguien pueda disponer de algo, debe ser dueño de esa cosa, de la misma manera, cuando el varón o la mujer deciden entregarse y aceptarse en cuanto tal como cónyuges, solo lo podrán hacer en la medida en que ellos sean dueños de sí mismos y dueños de esa decisión que han de formar y manifestar con total libertad<sup>154</sup>.

Así como la voluntad requiere su idoneidad en el consentimiento conyugal, es igual de importante que el entendimiento que le precede sea el adecuado, pues, se comprueba lo que indica el aforismo, *nihil volitum nisi praecognitum*, es decir nada es querido si antes no es conocido. Es necesario que conozca al menos lo mínimo indispensable sobre el matrimonio,

---

<sup>152</sup> 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.

<sup>153</sup> Cfr. SOUTO, J. *Derecho matrimonial*. 2º ed. Madrid: Marcial Pons, 2002; pp. 191-192.

<sup>154</sup> “Dicho con otras palabras: pertenece, como acto propio, a la soberanía personal de cada contrayente el proceso de génesis, maduración y perseverancia internas que preceden al momento de su unánime conjunción con la voluntad del otro contrayente, que acontece en el acto de contraer matrimonio”. Cfr. VILADRICH, P-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998; pp. 314-315.

no se le exige que sea un docto sobre la materia, pues “en modo alguno puede exigirse que los contrayentes deban saber y entender perfectamente, a la manera de los jurisconsultos o de los moralistas, todo cuanto pertenece a la naturaleza del matrimonio con arreglo a la definición del consentimiento propuesta, toda vez que quien consiente en el matrimonio tal como los otros lo contraen o según ha sido instituido por Dios, se entiende que quiere también implícitamente todo lo demás que necesariamente le acompaña”<sup>155</sup>.

Para la validez del consentimiento, solamente “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” (canon 1096). Como es de verse, es un contenido que, aunque recoge la esencia, es tan mínimo que resulta exigible, por lo que se presume *iuris tantum* que toda persona pasada de la pubertad ya tiene conocimiento de esta realidad. No es necesario entonces que se conozca a profundidad los demás elementos que constan en las definiciones de los cánones 1055, 1056 y 1057 sobre el matrimonio, porque se presume la *intentio faciendi id quod facit Ecclesia*, esto es la intención de hacer lo que hace la Iglesia. De ahí que el canon 1096 establezca lo que los contrayentes deben conocer y los cánones 1055 y 1057, lo que deben querer<sup>156</sup>. Es más, se puede desconocer, o incluso conocer erróneamente, las propiedades esenciales del matrimonio y su carácter sacramental. Sin embargo, si este error arrastra la voluntad, es decir, es determinante, sí viciará el consentimiento en virtud al canon 1099.

La ignorancia implica ausencia de conocimiento y si no hay conocimiento, la voluntad no podrá tener objeto alguno, no podrá operar. Por tanto, no se trataría de un consentimiento viciado sino, más precisamente de la carencia de este, de uno vacío, inexistente; en definitiva, no cabe consentimiento sobre la nada. Distinto es el caso en el que sí se tiene una noción sobre algo pero esta no es conforme a la realidad. Ya no se habla de una ausencia de conocimiento sino que este sí existe pero es erróneo. El error sobre las cualidades del matrimonio es causa de vicio del consentimiento solo y únicamente cuando se trata de un error acerca de la unidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio que determina la voluntad del contrayente, haciéndolo optar por la celebración. Esto es lo que la doctrina ha denominado *error iuris* o error de derecho<sup>157</sup>.

El conocimiento que requiere el pacto conyugal no se agota en simplemente conocer la institución matrimonial, pues uno se casa en concreto con una persona, cierta y determinada.

---

<sup>155</sup> MANS, J. *El consentimiento matrimonial: defecto y vicios del mismo como causas de nulidad de las nupcias*. Bosch, Barcelona, 1956

<sup>156</sup> Cfr. LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de..., op.cit.*; pp. 256-257.

<sup>157</sup> Cfr. DELGADO, G. *Error y matrimonio canónico*. Pamplona: EUNSA, 1975; p. 19.



Por el matrimonio, el esposo y la esposa se pertenecen en exclusividad y para siempre, y solo ocurre esto concretamente entre ellos dos. Es evidente que es de sustancial importancia saber con quién se contrae matrimonio, a quién el contrayente se entrega y acepta en el momento de la celebración. Por eso, el canon 1097 §1 indica que “el error acerca de la persona hace inválido el matrimonio”. Si el pacto conyugal es la concurrencia de la voluntad de darse y aceptarse como esposa de este varón y esposo de esta mujer, cuando no se trata de esta persona, es decir cuando la persona con quien se celebra el matrimonio no se identifica con la que la voluntad quiere casarse, el pacto ya no sería recíproco, no se compartiría el mismo objeto y la unión, por tanto, no sería válida. Sin la concurrencia de voluntades no hay consentimiento, y sin consentimiento no hay matrimonio.

Esto ocurre cuando se yerra en la identidad de la persona sobre quien se manifiesta la voluntad de conyugarse, lo que se denomina *error facti*<sup>158</sup>. Pero es posible que, aunque sí se trate de la misma persona, el error recaiga sobre una cualidad que se ha pretendido de manera tan esencial, que fue determinante para querer casarse con ella. Este supuesto también está contemplado en el mismo canon, que en su segundo párrafo prescribe: “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”. Esto es debido a que el proceso de deliberación previo al consentimiento matrimonial involucra valoraciones que se hace sobre la otra persona y terminan constituyendo el fundamento de su selección como esposo o esposa<sup>159</sup>, sin el cual no se podría sostener la voluntad de unirse conyugalmente con aquel sujeto.

Este error es ocasionado por el mismo sujeto que lo padece, es decir, él mismo es el responsable del falso juicio hecho. Distinto es cuando este es provocado por un tercero mediante cualquier tipo de engaño, con la finalidad de producir una percepción errónea en el sujeto que por esa misma creencia decide finalmente contraer matrimonio. En este caso, se trataría de la figura de dolo (canon 1098) y causaría la invalidez de ese consentimiento, siempre que el engaño haya sido intencionado, así se realice por acción u omisión, y sobre una cualidad que, por su propia naturaleza, es objetivamente grave para el consorcio de vida conyugal<sup>160</sup>. La *ratio* de este canon es proteger el consentimiento matrimonial de aquel que erró o ignoró, según las características descritas, sin ser responsable de ello. No se trata de castigar a quien engañó, como en otras regulaciones en las que el dolo sirve para exigirle la

---

<sup>158</sup> *Ibidem*.

<sup>159</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998; p. 139.

<sup>160</sup> Cfr. SOUTO PAZ, J. *Derecho matrimonial*. 2º ed. Madrid: Marcial Pons, 2002; pp. 189-190.

responsabilidad de los daños. En esta materia no importa esta sino la validez del matrimonio y, por lo tanto, lo que se busca es tutelar el consentimiento del contrayente que sufrió el engaño<sup>161</sup>.

De todos modos, si algún contrayente le atribuye tanta relevancia a un hecho, cualidad o situación acerca de la otra persona al punto que motiva su consentimiento y duda de si es cierta, podría hacerla constar, pues el consentimiento matrimonial canónico es susceptible de condición (canon 1102<sup>162</sup>). Pero esta condición no puede ser de futuro, como lo es en general en el Derecho. No se trata esta vez de un hecho futuro e incierto sino de un hecho pasado o presente pero incierto subjetivamente, o sea desconocida su verificación por parte del sujeto que condiciona.<sup>163</sup>

Como se ha mostrado, es de suma importancia la armonía entre el entendimiento y la voluntad para que se configure apropiadamente el consentimiento matrimonial. No obstante, estos no son los únicos elementos que deben concordar, sino que este consentimiento, al ser la exteriorización de la voluntad de conyugarse, requiere que también haya sintonía entre lo que se quiere y lo que se manifiesta.

En principio, se presume que la voluntad interna coincide con las palabras o signos expresados en el matrimonio *in fieri* (canon 1101 §1). Esta presunción, que está íntimamente conectada con el principio del *favor matrimonii*, tiene su fundamento en la experiencia y en la racionalidad y fiabilidad que se espera de los contrayentes<sup>164</sup>. Sin embargo, tal presunción es *iuris tantum*, debido a que, pese a un aparente válido consentimiento, es posible que, internamente, uno o ambos contrayentes excluyan, mediante un acto positivo de la voluntad, un elemento tan esencial del matrimonio (o incluso el matrimonio mismo) que terminan queriendo algo sustancialmente distinto a la institución conforme a la Iglesia católica. En suma, “el consentimiento simulado consiste esencialmente en la suplantación consciente y

---

<sup>161</sup> Cfr. GONZÁLEZ DEL VALLE, J. M. *Derecho canónico matrimonial*. 6° ed. Pamplona: EUNSA, 1991; pp. 52-53.

<sup>162</sup> 1102 § 1. No puede contraerse válidamente matrimonio bajo condición de futuro. § 2. El matrimonio contraído bajo condición de pasado o de presente es válido o no, según que se verifique o no aquello que es objeto de la condición.

<sup>163</sup> Al respecto, señalan López Alarcón y Navarro-Valls que “la subjetividad de la incertidumbre y la no intervención de la retroactividad, ha inducido a la doctrina, bien a negar naturaleza condicional a la que denominan «reserva de hecho pasado o presente» (V. Reina) o «suposición» (Rescigno), bien a calificarla de condición impropia, que es la denominación habitualmente empleada por la doctrina y por la jurisprudencia. Cfr. LÓPEZ ALARCÓN, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de...*, *op.cit.*; p. 321.

<sup>164</sup> Cfr. BERNÁRDEZ, A. *Compendio de Derecho matrimonial canónico*. 9° ed. Madrid: Tecnos, 1998; p. 168.

querida, de esta única voluntad de conyugarse por otra voluntad interna a la que le falta la verdad esencial íntegra del matrimonio”<sup>165</sup>.

Cuando un consentimiento es válido, existe coherencia entre lo que se quiere y lo que se dice en el momento de la celebración. Y esto implica querer el matrimonio, con todos los elementos y las propiedades que son parte de su esencia. Por esto el consentimiento simulado se puede dar de dos maneras: cuando el sujeto no pretende casarse, es decir, excluye el mismo matrimonio, entonces se da una simulación total; o cuando sí se desea contraer matrimonio pero internamente no pretende la esencia este, entonces se da una simulación parcial. En la primera hay *animus non contrahendi* mientras que en la segunda, *animus non se obligandi* a los deberes esenciales del matrimonio<sup>166</sup>. En ambas modalidades, el acto positivo de la voluntad es excluyente, ya sea cuando no quiere o cuando quiere otra cosa esencialmente distinta, la simulación existe<sup>167</sup> y cualquiera de las dos tiene el mismo efecto invalidante debido al mismo fundamento, y esto es que en el matrimonio canónico la voluntad interna siempre prevalecerá, pues esto es lo determinante cuando se trata de un verdadero consentimiento. He aquí una diferencia con la mayoría de legislaciones civiles, en las que predomina la manifestación externa<sup>168</sup>.

En resumen, se han expuesto algunas características del consentimiento matrimonial con el fin de comprender mejor el elemento constitutivo del consorcio de vida conyugal. Y se ha tenido que hacer también a partir de los vicios que pueden afectarlo porque es así como el legislador canónico ha optado por regular el consentimiento. Esto, a su vez, se debe a que la doctrina del consentimiento responde también al desarrollo jurisprudencial de esta materia a través de los diversos y complejos casos de nulidad matrimonial por vicios en él. Sin embargo, esta redacción ha sido criticada por la probable apariencia de dar más importancia a los vicios que al consentimiento en su forma sana. Esto podría ocasionar el problema de presentar como sumamente difícil constituir un vínculo válido y nada es más alejado de la verdad, pues esta es la situación normal y, de hecho, la más frecuente. El motivo de la regulación de tantos vicios no es que existan más situaciones anormales que normales, sino que la realidad es realmente rica y el matrimonio, realmente importante.

---

<sup>165</sup> VILADRICH, P-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998; p. 210.

<sup>166</sup> Cfr. LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de...*, *op.cit.*; p. 221.

<sup>167</sup> Cfr. ORTIZ, M. En torno al acto positivo de voluntad y la simulación total del consentimiento. En VILADRICH, P-J. (dir.) *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio: X Congreso Internacional de Derecho Canónico*. Pamplona: EUNSA, ICF, 2000, pp. 1159-1174; p.1164.

<sup>168</sup> Cfr. GIL, F. El concepto canónico de simulación. En: *Revista Ius Canonicum*, XXXIII, N° 65, 1993, pp. 229-257; p. 229.

Así, aunque pueda parecer compleja su estructura, no debe olvidarse que un consentimiento válido es la situación normal del matrimonio, mucho menos debe dejarse de lado la importancia de este para la constitución del vínculo, pues “el consentimiento prevalece, así, sobre otros elementos o aspectos aparentemente constitutivos del matrimonio y que, sin embargo, no solo ceden ante la preeminencia del consentimiento, sino que, incluso, se desvanecen y resultan jurídicamente irrelevantes”<sup>169</sup>.

En síntesis, después de todo lo que se ha analizado, se puede decir, en pocas palabras, que “el pacto matrimonial o consentimiento que funda el matrimonio es el acto de la voluntad por el que el varón y la mujer se dan y aceptan plena, perpetua y exclusivamente como tales, en todo cuanto concierne a esa unión de vida orientada al bien de los esposos y a la generación y educación integrales de los hijos”<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> SOUTO, J. *Derecho matrimonial*. 2º ed. Madrid: Marcial Pons, 2002; p. 164.

<sup>170</sup> VILADRICH, P-J. *El pacto conyugal*. 4º ed. Madrid: Ediciones RIALP, 2001; p. 48.

### Capítulo 3

#### **Influencia de la secularización del matrimonio en la válida constitución del consentimiento matrimonial: sobre los vicios de error y simulación**

El matrimonio secular, desprovisto de todo carácter trascendente de la institución, trae como consecuencia inmediata e ineludible la posibilidad de ruptura de tal unión. Así ha ocurrido en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos civiles y el peruano no es la excepción, pues como se ha señalado, desde la implementación del matrimonio civil obligatorio en 1930 el divorcio es una realidad y es tan aceptada que sería insensato pretender su extinción. Pese a tal aceptación, diversos problemas ha ocasionado la convivencia de esta figura, propia de un matrimonio civil, con la naturaleza indisoluble del matrimonio, según lo propone la Iglesia católica.

Los problemas que se han presentado no se deben tanto al desarrollo jurídico del divorcio, como a los efectos que ha causado este en el pensamiento de la sociedad, es decir, cómo ha influido en la actual visión del matrimonio, pues con mucha frecuencia se concibe el matrimonio como una unión temporal y el divorcio como un derecho en toda relación conyugal<sup>171</sup>. Esto ocurre con mayor frecuencia en quienes reducen el matrimonio al formalismo de una celebración legal, pero sucede incluso en quienes profesan la fe católica.

La legalización generalizada del divorcio, y la consiguiente "mentalización" de este en la sociedad, son fenómenos que se podrían calificar de recientes en la mayoría de las sociedades latinas si se comparan con otras en las que se legalizó desde hace muchísimo más tiempo, países anglosajones, como Estados Unidos e Inglaterra<sup>172</sup> y en la mayoría de países en los que triunfó el protestantismo. Sin embargo, aún en aquellos ordenamientos ya ha alcanzado tal madurez que ha originado una nueva tendencia a la que los tribunales eclesiásticos se enfrentan desde fines del siglo anterior, denominada con frecuencia por la doctrina como «mentalidad divorcista».

Como se ha concluido, en el matrimonio regulado por la legislación civil peruana se puede notar el influjo del modelo que le sirvió de base, es decir del matrimonio católico, aunque hay un aspecto en el que se han diferenciado radicalmente, y este es el carácter

---

<sup>171</sup> Al respecto, señala Juan Ignacio Bañares que la visión del divorcio como "derecho de libertad o derecho subjetivo, en exigencia de su dignidad y de la posibilidad de su realización personal" no deriva tanto del cambio en el concepto del matrimonio como en ideologías más profundamente arraigadas en la cultura posmoderna, como el rechazo al realismo metafísico. Cfr. BAÑARES, J. I. Mentalidad divorcista e indisolubilidad del matrimonio. En: *REDC*. 2007, n° 64, pp. 281-307; pp. 286-287.

<sup>172</sup> BURKE, C. *Conocimiento del matrimonio y errores relevantes: cc. 1096 y 1099* - Ponencia, Congreso de Derecho Canónico, Pamplona 1998 [consulta: 06 de febrero de 2019] Disponible en: <http://www.cormacburke.or.ke/node/548>

disoluble de la institución civil frente a la indisolubilidad del canónico, la misma propiedad a la que justamente esta visión laicista del matrimonio atenta directamente. Con esto no se quiere decir que esta propiedad deja de estar en la realidad de esta institución, pues en nada altera su esencia una norma civil. Donde incide es en el pensamiento de los contrayentes, en su entendimiento y voluntad, cuyo ejercicio es presupuesto del consentimiento válido que, como se ha dejado claro, es lo único que constituye el vínculo conyugal.

Precisamente en este consentimiento, que es esencial en la configuración del matrimonio canónico, por los motivos expuestos se pueden ocasionar vicios que podrían afectar su validez y, por tanto, acarrear la nulidad del vínculo. Los que se presentan de manera más frecuente en la jurisprudencia son el error determinante de la voluntad sobre la indisolubilidad del matrimonio, consagrado en el canon 1099 del Código de 1983, y la simulación parcial por exclusión del *bonum sacramenti*, de acuerdo al canon 1101 §2.

### **3.1. Del error determinante sobre las propiedades del matrimonio (canon 1099)**

En la doctrina canónica el error ha sido calificado de distintas maneras según cómo se presente, por ejemplo error de hecho o de derecho, sustancial o accidental, antecedente (*error causam dans*) o concomitante. En lo que respecta al objeto de este trabajo, se tratará específicamente el error de derecho (*error iuris*), que es aquel error acerca de la identidad del matrimonio mismo o acerca de sus cualidades<sup>173</sup>, como serían las propiedades de unidad e indisolubilidad como la dignidad sacramental del matrimonio, según detalla el Código del 83 en el canon 1099: “El error acerca de la unidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio, con tal que no determine a la voluntad, no vicia el consentimiento matrimonial”. De esta redacción se puede concluir que el aludido error puede recaer en tres propiedades o elementos, sin embargo en este trabajo se analizará específicamente lo relativo al que tiene como objeto la indisolubilidad, que, como afirma el past. Juez de la Rota Romana Cormac Burke, se propone y cada vez más, debido a la sociedad divorcista en la que hoy se vive, en la que, por regla general, no se acepta la indisolubilidad del matrimonio y hasta se toma por inconveniente<sup>174</sup>.

---

<sup>173</sup> Cfr. FORNÉS, J. Error y dolo: fundamentos y diferencias. En BAÑARES, J. I. (ed.) *Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial*. Pamplona: EUNSA, 1996, pp. 237-258; p. 240.

<sup>174</sup> BURKE, C. Conocimiento del matrimonio y errores relevantes: cc. 1096 y 1099 - Ponencia, Congreso de Derecho Canónico, Pamplona 1998 [consulta: 06 de febrero de 2019] Disponible en: <http://www.cormacburke.or.ke/node/548>

Todas las categorías de error antes mencionadas y otras más han tenido un largo desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia. No obstante, tal cual se presenta redactado el error en el canon 1099 es relativamente una innovación. Es una redacción nueva pero que es concreción de todo el desarrollo doctrinal y jurisprudencial, fruto del estudio de los diversos casos presentados principalmente en las últimas décadas anteriores del nuevo Código. En este, el error sobre las propiedades esenciales y la dignidad sacramental conforma un *caput nullitatis* autónomo, es una nueva causa de nulidad separada de otros errores o figuras afines (como la exclusión parcial). Este canon “tiene su antecedente en la jurisprudencia rotal que se orientó hacia la superación del estrecho marco que ofrecía el canon 1084 del Código de 1917 para resolver con criterios justos numerosos supuestos de personas, incluso católicas, dominadas por concepciones aberrantes sobre las propiedades del matrimonio, sobre todo por causa de la amplia difusión de una mentalidad divorcista, con tal fuerza que aparecía dominante el proyecto matrimonial erróneo, fuertemente arraigado en la voluntad del sujeto, sobre la intención general y prevalente de obrar conforme a la doctrina de la Iglesia”<sup>175</sup>.

En efecto, el canon 1099 habla de un error determinante de la voluntad<sup>176</sup>, que es necesario para que el consentimiento se encuentre afectado por este vicio. No se trata pues de un error simple acerca de la unidad, indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio, sino uno que sea capaz de determinar la voluntad.

Es importante recordar, como ya se ha señalado, que el consentimiento involucra las facultades intelectual y volitiva de cada contrayente. Esto responde al proceso de deliberación interno y previo por el que la inteligencia opera antecediendo a la voluntad, la cual determina lo que quiere según lo que conoce. Esto es, que el entendimiento no determina de por sí la voluntad, porque es esta quien juzga y escoge querer lo que considere conveniente; aun así, la voluntad depende de lo que el intelecto conozca y le presente.

Entonces, ¿cómo es posible que un error, que está en el plano del conocimiento, determine la voluntad? Esto solo puede ocurrir cuando, sobre una realidad, solamente se tiene un objeto por conocido, sin dar posibilidad a que la voluntad elija entre una u otra opción porque, de elegir esa realidad se adhiere automáticamente a la única noción que tiene de ella. No hay opciones, sino una sola concepción acerca de algo y, por tanto, la voluntad queda autodeterminada a elegir lo que únicamente conoce.

<sup>175</sup> LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de...*, *op.cit.*; p. 288.

<sup>176</sup> El canon 1084 del CIC de 1917 contemplaba este error desde otra perspectiva, refiriéndose al error simple, el que no invalida, a diferencia de la nueva redacción que con la frase ‘*dummodo non determinet voluntatem*’ introduce lo que ahora se denomina error determinante de la voluntad. El anterior canon 1084 indicaba: “*Simplex error circa matrimonii unitatem vel indissolubilitatem aut sacramentalem dignitatem, etsi det causam contractui, non vitiat consensum matrimonialem*”.

Entonces, en tal situación el sujeto está seguro de querer el matrimonio, como seguro está –erróneamente– de que lo contrae válidamente. El problema está en que lo que quiere el contrayente por matrimonio no se corresponde con la realidad del matrimonio. En este caso, “el sujeto tiene la certeza de querer el único vínculo conyugal que entiende y el único que tiene por verdadero y conveniente para sí”<sup>177</sup>. Por tanto, esta figura requiere una situación psicológica de certeza, así lo ha entendido tanto la doctrina como la jurisprudencia, que indican que este tipo de error debe estar particularmente arraigado en la mente del sujeto, de manera que el contrayente se adhiere de tal modo que no puede sino aplicarlo al propio matrimonio<sup>178</sup>. Es así que el sujeto no elige, no porque no quiera, sino porque no tiene más opción que consentir sobre lo único que conoce.

Este conocimiento erróneo, sobre las propiedades esenciales o la sacramentalidad, se da cuando se ignora completamente que esto es lo propio del matrimonio, incluso se da “si la propia opinión, preferencia o deseo contrarios a sus propiedades han hecho que se diera por descontado (se estaba convencido) que el vínculo se contraía según las propias ideas”<sup>179</sup>. En este caso, naturalmente, no se ha dado un verdadero consentimiento, pues la voluntad quedó determinada por el error.

Pese a que ha habido quienes han interpretado que para que se configure este error es necesaria la absoluta ignorancia de los elementos que detalla el canon 1099<sup>180</sup>, se señala que no es así, puesto que es posible que exista error determinante de la voluntad aun cuando no hay una ausencia total de conocimiento de la realidad. Y esto ocurre porque lo definitivo no es tanto el error en la razón teórica como aquel que es elevado al juicio práctico, sobre el cual la voluntad elige. En este sentido, no basta un conocimiento vago y especulativo sobre lo que podría ser cierto, pues en el error redundante el juicio práctico está sumergido en este, no va más allá de él, siendo lo único que conoce como verdadero y conveniente, viendo su error como la única opción real y capaz de ser elegida. Es esto a lo que, de manera inevitable, se adhiere la decisión de este contrayente<sup>181</sup>.

---

<sup>177</sup> VILADRICH, P-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998; p. 162.

<sup>178</sup> GAS-AIXENDRI, M. Error determinante de la voluntad (can. 1099 CIC) y simulación (can. 1101 § CIC). Criterios de delimitación y prueba con especial referencia a la sacramentalidad del matrimonio. En *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2008, n° 18; p. 3.

<sup>179</sup> MARTÍN, J. El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio. En BAÑARES, J. I. *Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial*. Pamplona: EUNSA, 1996, pp. 177-208; p. 192.

<sup>180</sup> Cfr. BAÑARES, J. I. Mentalidad divorcista e indisolubilidad del matrimonio. En *REDC*, 2007, n° 64, pp. 281-307; pp. 299-300.

<sup>181</sup> Cfr. VILADRICH, P-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998; p. 163.



Tiene sentido entonces que el desconocimiento total de la verdad del matrimonio no sea el único presupuesto del error determinante, pues se podría tener un conocimiento despersonalizado y superficial del matrimonio canónico y seguir obstinado en el error. De hecho, en una sociedad como la actual, en la que predomina el relativismo, “se pueden dar situaciones de error determinante, ya que los contrayentes a veces tendrán noticia de los elementos esenciales del matrimonio, pero no los percibirán como algo incompatible con su planteamiento al casarse”<sup>182</sup> y, como inconscientemente no son concebidos siquiera como una posibilidad, inevitablemente serán estas ideas las que se proyectarán a su consentimiento.

Esto es lo que puede ocurrir en una persona con mentalidad divorcista, o aun más probablemente en una persona que vive rodeada de este pensamiento, en la cual están tan arraigadas esas ideas que no se concibe otra realidad más que el matrimonio disoluble, sea porque se es un acérrimo defensor de estas ideas, sea porque en su entorno familiar y social todos los matrimonios optaron por el divorcio, sea porque es lo único de lo que ha escuchado, o sea por cualquier otra causa relativa. Lo que importa es que el entendimiento de esta persona haya estado tan sumergido en la idea de la disolubilidad que es lo único que conocía y, por tanto, lo único que la voluntad podía consentir.

Es cierto que ocurre cada vez más que los contrayentes, o uno de ellos, ya desde antes de celebrar el matrimonio pretendan el divorcio si es que la convivencia no es exitosa, si se acaban los sentimientos que los une, o simplemente porque les puede parecer más conveniente en el futuro. También es cierto que el simple planteamiento del divorcio en tales circunstancias no invalida el vínculo canónico. Para afirmar que se está frente a un error determinante sobre la indisolubilidad es necesario que, teniendo ellos esta pretensión, ignoren que este divorcio no les otorgará la disolución del vínculo canónico, es decir, existe error cuando piensan que la disolución es totalmente compatible con el vínculo que están contrayendo. Si creen que este es la única unión que es posible de contraer, de manera que no sepan que pueden estar originando un vínculo indisoluble, estarán en un error determinante.

Si ellos se plantean romper el vínculo civil pero sabiendo que se conserva el religioso, no habrá error sino la intención desde el principio de no vivir de acuerdo a lo que se comprometen y a no cumplir las obligaciones que asumen. Pero si, porque desconocían la naturaleza del matrimonio, por tener ideas divorcistas muy arraigadas, por la experiencias en el ambiente familiar, o por cualquier otro motivo, creen que mediante el divorcio civil se

---

<sup>182</sup> GAS-AIXENDRI, M. Error determinante de la voluntad (can. 1099 CIC) y simulación (can. 1101 § CIC). Criterios de delimitación y prueba con especial referencia a la sacramentalidad del matrimonio. En *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2008, n° 18; pp. 7-8.

desligan totalmente del matrimonio, incluyendo el católico, entonces se encuentran en un error, que se convierte en determinante en el momento en que ellos pretenden plasmarlo *hic et nunc* en su unión creyendo que es el único modelo posible. No obstante, es distinto si, pese a tener una mentalidad divorcista o errar sobre la indisolubilidad, no lo pretendan para su caso particular, es decir si a pesar de creer que el divorcio los desliga de todo, se casan pretendiendo un vínculo para siempre. En este caso no sería determinante, puesto que su voluntad de contraer matrimonio no se basó en este error.

En síntesis, habrá error si se cree que este modelo disoluble del matrimonio es el único que pueden contraer y, además, es el que quieren celebrar, pues de haber sabido que el que contraían era indisoluble, no lo hubiesen querido<sup>183</sup>. Por tanto, si se tiene noticia de que existe el matrimonio indisoluble, ya no se configura el error, siempre que esta nueva opción se presente como otra capaz de ser escogida por el juicio práctico. Si la voluntad puede elegir, no está autodeterminada.

Con todo lo expuesto, se entiende que esta mentalidad no es suficiente para presumir que todos aquellos que la poseen están imposibilitados de prestar un consentimiento matrimonial válido, “a nadie puede considerársele imposibilitado para realizar tal inclinación natural<sup>184</sup>, incluso aunque esté dominado por una ideología errónea acerca de las propiedades inseparables del instituto”<sup>185</sup>. Esto es porque no basta con ser partidario del divorcio, o creer que en algunos casos es conveniente, es necesario que se tenga por lo único posible de elegir y que eso haya sido lo querido, de modo que la voluntad se autodeterminó. En otras palabras, no se trata simplemente de tener esas ideas sino de que sean las únicas en la razón práctica y que por tanto hayan sido las plasmadas directamente en el consentimiento, en detrimento del conocimiento del matrimonio indisoluble. Como se ha reiterado tantas veces en la doctrina canónica, el simple error no vicia la voluntad, termina siendo irrelevante.

Así mismo, es importante dejar en claro que este salto de error simple a error determinante que vicia la voluntad en cuanto a la indisolubilidad no se debe a la existencia de la ley, “no se trata de un ‘plus’ de carácter irritante, otorgado por el legislador al error

---

<sup>183</sup> Lo cual, por sí solo, no es determinantes. Señala Martín de Agar que “el «si hubiera sabido» no basta de por sí para concluir nada, es solo un indicio” del error. Cfr. MARTÍN, J. El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio. En BAÑARES, J. I. (ed.) *Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial*. Pamplona: EUNSA, 1996, pp. 177-208; p. 208.

<sup>184</sup> Referente a esta tendencia divorcista, que finalmente rechaza todo compromiso, apunta Cormac Burke que “importa no olvidar que esta actitud no es natural, es fruto más bien de una profunda mentalización; y es directamente contraria a la filosofía personalista y cristiana de la auto-realización a través de la auto-donación, que condensó el Concilio Vaticano II (...)”. BURKE, C. Conocimiento del matrimonio y errores relevantes: cc. 1096 y 1099 - Ponencia, Congreso de Derecho Canónico, Pamplona 1998 [consulta: 06 de febrero de 2019] Disponible en: <http://www.cormacburke.or.ke/node/548>

<sup>185</sup> LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de..., op.cit.*; p. 290.

simple”<sup>186</sup>. Si fuese así, todos los ciudadanos de un país en el que se admite el divorcio y que tengan un error simple tendrían su voluntad determinada a este, y esto sería absurdo de afirmar. En lo que concierne a este error, lo que es relevante es cómo se configura la voluntad, la cual tendrá siempre la primacía en la formación del consentimiento matrimonial, y es la que se debe analizar en cada caso concreto.

Por tanto, será de suma importancia en una causa de nulidad por este vicio demostrar el grado de sujeción de la voluntad a la idea errónea, debe en él hallar no un motivo cualquiera sino uno determinante, puesto que no habría ninguna traba en la validez del vínculo si el error fuese simple, es decir si, pese a haber un conocimiento errado, este no forma parte de la voluntad, si este objeto sobre el que recae el error no fue pretendido al momento de la celebración. Lo decisivo, entonces, es que el contrayente, de haber conocido la realidad, no hubiese querido contraer ese matrimonio en concreto.

De esta manera, no se debe caer en la equivocación de creer que si el error no es simple, entonces será determinante, ni viceversa. No se trata tampoco de generalizar y estimar que determinadas circunstancias siempre darán origen al error simple, o si otras darán siempre un error determinante; no existe presunción sobre ningún error. La única presunción que opera es la de la validez del matrimonio. De esta manera “la carga de la prueba de un error determinante tiene como natural contrapeso el principio del *favor iuris matrimonii*”<sup>187</sup> y esto será determinado en cada caso en concreto.

Y, puesto que el error determinante es originado, más que por los conocimientos teóricos adquiridos, por los juicios prácticos provenientes de la experiencia, la prueba de este se tendrá que buscar en la biografía del sujeto, en el entorno en el que se ha desenvuelto y en las experiencias que ha tenido relativas al matrimonio y al posible error. Por tanto, es sustancial en estas causas analizar los contextos que más han tenido influencia en esa persona, su ambiente familiar, la educación que recibió, su cultura, hábitos y forma de pensar. Para analizar todo esto será necesaria la declaración del sujeto y el testimonio de personas cercanas a él, sobre todo la del otro contrayente, pues es muy probable que alguna de estas personas, al compartir con el sujeto, haya notado manifestar su error antes de la celebración, pues “el error determinante es un error práctico que se encuentra encarnado en la praxis vivida del sujeto”<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> BAÑARES, J. I. Mentalidad divorcista e indisolubilidad del matrimonio. En *REDC*, 2007, n° 64, pp. 281-307; p. 296.

<sup>187</sup> VILADRICH, P.-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998; p. 155.

<sup>188</sup> *Idem*; p. 164.

A través de estos medios y de todos los posibles se deberá probar, necesariamente, al menos tres elementos para determinar si el consentimiento estuvo viciado: el error, el desconocimiento de otra opción y la determinación de la voluntad. A saber, en concreto al caso que se está analizando, será necesario el error acerca de la indisolubilidad del matrimonio, no tener en el juicio práctico otro modelo de matrimonio que no sea el disoluble y que este modelo además haya sido el pretendido en la celebración concreta, es decir “requiere comprobar que aplicó sus convicciones sobre el matrimonio en general, a su matrimonio”<sup>189</sup>. Solo así, con la seguridad de la afectación de este error en el consentimiento, se podrá refutar la validez que se presumía de aquel vínculo.

Si este vicio da como consecuencia la nulidad del matrimonio se debe a que la propiedad esencial de la indisolubilidad es una consecuencia íntimamente ligada a la sustancia del matrimonio, quien quiere un matrimonio indisoluble es porque quiere un matrimonio verdadero. En cambio, si se pretenden otros efectos, que no son propios de esa sustancia, no se está pretendiendo esa misma sino otra. No se puede pretender consecuencias contradictorias del mismo objeto, lo que en el fondo se quiere es algo distinto, que consecuentemente dará otros efectos. Quien desea un lazo que se puede disolver lo que está queriendo no es el matrimonio canónico, pues “quien quiere la sustancia, de modo necesario quiere también las propiedades conexas con ella, aunque las ignore o yerre acerca de ellas”<sup>190</sup>.

En conclusión, el error puede ocasionar la nulidad del matrimonio porque “la unión conyugal es también unión por el conocimiento y que, por ello, la validez del consentimiento exige un núcleo fundacional de conocimiento conyugal verdadero”<sup>191</sup>. No se puede querer una cosa sin conocerla, ni menos dar un consentimiento sobre algo que no existe en el entendimiento.

### **3.2. De la simulación parcial por exclusión del *bonum sacramenti* (canon 1101 §2)**

Otro fenómeno en el consentimiento al que puede dar pie la secularización del matrimonio es la simulación parcial. Indica el canon 1101: “§ 1. El consentimiento interno de la voluntad se presume que está conforme con las palabras o signos empleados al celebrar el matrimonio. § 2. Pero si uno o ambos contrayentes excluyen con un acto positivo de la

<sup>189</sup> MARTÍN, J. El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio. En BAÑARES, J. I. *Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial*. Pamplona: EUNSA, 1996, pp. 177-208; p. 206.

<sup>190</sup> MAJER, P. *El error determinante de la voluntad (can. 1099 del CIC 83): naturaleza y tipificación jurídica*. Pamplona: EUNSA, 1997; p. 31.

<sup>191</sup> VILADRICH, P-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998; pp. 118-119.

voluntad el matrimonio mismo, o un elemento esencial del matrimonio, o una propiedad esencial, contraen inválidamente”.

La simulación parcial está regulada en este canon cuando indica que el objeto de la exclusión puede recaer en un elemento o propiedad esencial del matrimonio. No se refiere a la exclusión del matrimonio mismo, esta es la simulación total, en la que, pese a dar un consentimiento positivo en el momento de la celebración, no hay ninguna voluntad de contraer matrimonio. En contraste, en la simulación parcial sí se quiere la unión conyugal, pero se rechaza un aspecto esencial de él. Se podría decir entonces que mientras que en la simulación total existe una disconformidad de la voluntad interna con la manifestación de esta, no ocurre tanto así cuando la simulación es parcial, puesto que en este caso sí se exterioriza lo que se quiere, esto es contraer matrimonio, pero la discordancia se da entre la voluntad interna y la ordenación institucional del matrimonio<sup>192</sup>. Es decir, el sujeto dice querer conyugarse, pero lo que internamente quiere no se puede denominar conyugarse, toda vez que no se corresponde con la esencia de lo que esto realmente es.

Es importante acotar que esta figura no se corresponde con la simulación del Derecho civil, definida como “la declaración solo aparente, que se emite de acuerdo con la otra parte para engañar a terceros”<sup>193</sup>. En contraste, en la simulación canónica matrimonial solo basta con el acto positivo de exclusión en la voluntad de un contrayente, lo que en la doctrina civilista se denomina ‘reserva mental’ y que es inoperante frente a la contraparte, pues en este acto prima la voluntad declarada<sup>194</sup>. En el mismo sentido, para que exista simulación de un acto jurídico civil es necesario que haya un concierto entre las dos partes, o también llamado acuerdo simulatorio, pues el acto simulado se realiza de común acuerdo; mientras que la simulación canónica refiere a la voluntad interna de un solo consorte. Así mismo, en la simulación civil, las partes pretenden un acto jurídico distinto al que se está celebrando. En este punto, la figura civil se diferencia aun más de la simulación canónica parcial, debido a que en esta última sí se desea contraer el matrimonio y se pretenden los efectos propios del matrimonio que desplegaría una celebración válida, aunque con la exclusión de un elemento o una propiedad esencial.

La redacción de la simulación parcial en este canon plantea un problema, pues determina que el objeto de la exclusión puede ser o bien un elemento esencial, o bien una propiedad esencial del matrimonio. Sobre esto, se sabe cuáles son las propiedades esenciales

---

<sup>192</sup> Cfr. BERNÁRDEZ, A. *Compendio de Derecho matrimonial canónico*. 9° ed. Madrid: Tecnos, 1998; p. 169.

<sup>193</sup> ROMERO, F. *Acto jurídico*. Lima: Grijley, 2013; p. 385.

<sup>194</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*. 9° ed. Vol. 2. Madrid: Tecnos, 2001; p. 59.

porque el mismo Código en el canon 1056 lo indica: son la unidad y la indisolubilidad. Sin embargo, el legislador ha ocasionado una polémica en la nueva redacción de esta figura con la introducción de la frase *matrimonii essentielle aliquod elementum*, puesto que en ninguna parte se señala claramente qué se debe entender por elementos esenciales.

Al respecto, la doctrina no es del todo unánime al reconocer los mismos elementos como los capaces de ser objeto de simulación parcial<sup>195</sup>. En ese sentido, la expresión «elementos esenciales» resulta, “por su indeterminación, abierta a la polémica doctrinal y a un fecundo campo de discusión por vía interpretativa”<sup>196</sup>. Es importante resaltar en este punto que la simulación parcial no es nueva, y que recae sobre ella mucha jurisprudencia, en la que tradicionalmente siempre se ha considerado como materia de exclusión que invalida el matrimonio los tres bienes desarrollados por San Agustín. La discusión doctrinal, aunque con distintos matices, no duda de que, pese a la redacción del nuevo *Codex Iuris Canonici*, los bienes agustinianos siguen siendo objeto de la simulación parcial.

En lo que respecta a los efectos de la secularización del matrimonio, uno de estos tres bienes es afectado de manera directa. Este es el *bonum sacramenti*, que será precisamente el que se analice con mayor detenimiento en las siguientes líneas. Al respecto, es preciso aclarar el contenido de este bien, pues no hace referencia a la sacramentalidad como naturalmente se podría inferir. El *bonum sacramenti* se identifica más bien con la propiedad esencial de la indisolubilidad del matrimonio<sup>197</sup>.

Así, para que se entienda que un consentimiento adolece de este vicio, debe excluirse, mediante un acto positivo de la voluntad, los elementos o propiedades esenciales del vínculo que el contrayente se dispone a establecer, en este caso, la indisolubilidad. Esto implica que el

---

<sup>195</sup> Sobre esta discusión, Viladrich se decanta por la concepción tomista de la estructura esencial del matrimonio, concluyendo que esta expresión refiere a los fines. López Alarcón y Navarro-Valls consideran que estos elementos esenciales son los *bona matrimonii* agustinianos, el *bonum coniugum*, la sacramentalidad y el derecho a la comunidad de vida. Para García Faílde son la unidad e indisolubilidad, la fidelidad conyugal, el bien de la prole, el bien de los cónyuges y la sacramentalidad. Otros indican que son, básicamente, la prole, fidelidad e indisolubilidad, esto es los *bona matrimonii*. Cfr. VILADRICH, P-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998; pp. 229-230.; Cfr. LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de...*, *op.cit.*; p. 233.; Cfr. GARCÍA FAÍLDE, J. *La nulidad matrimonial, hoy*. 2º ed. Barcelona: Bosch, 1999; p. 121.; Cfr. TIRAPU, D., MANTECÓN, J. y POLAINO, A. *Once lecciones de Derecho matrimonial*. Jaén: Riquelme y Vargas Ediciones, 1992; p. 92.

<sup>196</sup> BRIONES, I. y DOMINGO, M. Simulación parcial por exclusión del bien de la prole. En *REDC*, 1999, nº 56, pp. 721-743; p.723.

<sup>197</sup> “Es verdad que originalmente y en los escritos de San Agustín el término *sacramentum* y *bonum sacramenti* se refería a la naturaleza sagrada del contrato matrimonial realizado –por los bautizados– en Cristo; pero ciertamente en la historia del derecho canónico y de la jurisprudencia el término *bonum sacramenti* se refiere, principalmente, e incluso exclusivamente, a una específica propiedad esencial del matrimonio cristiano: la indisolubilidad o permanencia del vínculo matrimonial”. BOCCAFOLA, K. El error acerca de la dignidad sacramental del matrimonio. En BAÑARES, J. I. (ed.) *Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial*. Pamplona: EUNSA, 1996, pp. 209-235; p. 214-215.

sujeto sí conozca que el matrimonio canónico es indisoluble, que conozca lo que tal propiedad conlleva y que, aun así, no lo pretenda para su matrimonio en concreto. Es decir, debe conocer la indisolubilidad para intencionalmente no quererla.

No existe entonces ningún defecto por parte del intelecto, este conoce lo que es la indisolubilidad y que esta es propia del matrimonio católico. Es más, no solo tiene una remota idea de esto sino que este conocimiento es parte de la razón práctica del sujeto, él sabe que puede elegirlo al consentir. Sin embargo, este vicio del consentimiento no se origina en el entendimiento sino se debe solamente a la voluntad, pues la exclusión de esta propiedad en la simulación parcial se debe dar a través de un *actus positivus voluntatis*. Esto significa que no basta no quererla o no gustarle, es necesario que quiera excluirla de su unión. En este sentido, el sujeto ha tenido la suficiente capacidad, entendimiento y libertad para deliberar; están presentes todos los presupuestos que requiere la voluntad. Es aquí donde el vicio halla su origen, en la voluntad que determinadamente decide elegir el matrimonio pero desprovisto de una parte de su esencia, y esto, por tanto, no será matrimonio.

Es admitido por la doctrina y la jurisprudencia<sup>198</sup> que este acto de la voluntad puede ser manifestado explícita o implícitamente, y eso no negará su carácter de positivo<sup>199</sup>. Y esto podría ocurrir ya sea porque se exprese directamente que la voluntad no quiere, es decir rechaza tal propiedad para su propia unión, o ya sea porque se indique que quiere para ella algo que es incompatible con su esencia y que lógicamente implica la exclusión, como una unión capaz de ser disuelta. Al querer algo distinto, el objeto de la voluntad termina suplantado por algo que no es el matrimonio, dando origen a la exclusión del matrimonio indisoluble, que, siendo “la dinámica consecencial o efecto automático de esta suplantación”<sup>200</sup>, es el fundamento de la simulación.

Lo que es determinante es que la exclusión sea intencionalmente querida, que sea pretendida para el matrimonio, pero no en términos generales, sino en el concreto matrimonio con la concreta persona con quien se celebra. De esta manera, “el concepto de acto positivo de la voluntad se contrapone a la llamada *voluntas habitualis* o predisposición genérica de la voluntad hacia algo”<sup>201</sup>. Es por esta razón que no basta ser indiferente a la indisolubilidad de esa unión, ni tampoco solo tener un pensamiento en general; este debe ser plasmado en el

---

<sup>198</sup> Cfr. PANIZO, S. Exclusión de la indisolubilidad del matrimonio. En BAÑARES, J. I. (ed.) *Simulación matrimonial en el Derecho canónico*. Pamplona: EUNSA, 1994, pp. 219-260; pp. 229-230.

<sup>199</sup> Cfr. GUTIÉRREZ, L. *Voluntad y declaración en el matrimonio*. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, 1990; pp. 39-40.

<sup>200</sup> VILADRICH, P-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998; pp. 210-211.

<sup>201</sup> GONZÁLEZ, J. M. *Derecho canónico matrimonial*. 6º ed. Pamplona: EUNSA, 1991; p. 75.

momento preciso del consentimiento. De esto se concluye que la intención habitual no es suficiente para configurar este acto positivo excluyente de la voluntad.

Un ejemplo de pensamiento habitual relativo a la secularización del matrimonio es la mentalidad divorcista, que consiste en la “inclinación o predisposición a excluir la indisolubilidad en relación al matrimonio en general, sin que en principio tenga necesariamente que afectar al matrimonio concreto que se va a celebrar”<sup>202</sup>, pues no es suficiente tener tales convicciones para excluir positivamente, aunque es cierto que esta habitualidad hace propicio y más probable el consentimiento simulado. Y como predisposición no es lo mismo que determinación, siempre se requerirá el acto de exclusión positiva, pues sería injusto presumir que se está celebrando inválidamente el matrimonio por las ideas habituales de un contrayente. En este sentido, el acto positivo se contrapone a la simple opinión<sup>203</sup>, lo que ha sido confirmado en la Coram Felici de 13 de julio de 1954 cuando en el *in iure* de la sentencia se indica que no se debe identificar el acto positivo de la voluntad con la mera opinión contraria a alguna de las propiedades del matrimonio<sup>204</sup>.

Sin embargo, la virtualidad sí es capaz de afectar la validez del consentimiento si, teniendo esta con anterioridad, es actualizada en el concreto matrimonio que pretende celebrar. Por ejemplo, si un sujeto contrae matrimonio con la firme convicción de divorciarse en caso del fracaso de la convivencia, cambio de sentimientos o la razón que fuere. En esta situación, no es incierta la intención de disolver del vínculo, lo que es incierto es que se dé una de estas condiciones, pues en tal caso es seguro que se intentaría romper la unión. En esta ocasión lo que se hace depender no es la indisolubilidad del matrimonio sino el suceso fáctico del que depende la disolución. Ciertamente es que desde que se plantea de manera tan firme el recurrir al divorcio, sea cual fuere el caso que lo motive, se está pretendiendo una unión soluble. Incluso, en este caso sería indistinto si, efectivamente, tal persona recurre fácticamente al divorcio, lo que importa es la intención al momento de prestar consentimiento, pues “la indisolubilidad se excluye cuando se reserva el derecho de pedir el divorcio civil, sin que sea necesaria la absoluta decisión de pedirlo”<sup>205</sup>.

Cuando un consorte o ambos contraen matrimonio con la intención de divorciarse si se da el caso, no se puede pretender que buscan un vínculo indisoluble al tener la intención de no

---

<sup>202</sup> PEÑA, C. Nulidad y disolución canónica. En O'CALLAGHAN, X. (coord.) *Matrimonio: nulidad canónica y civil, separación y divorcio. Aspecto sustantivo y procesal conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2018, pp. 3-141; p. 87.

<sup>203</sup> Cfr. BERNÁRDEZ, A. *Compendio de Derecho matrimonial canónico*. 9<sup>o</sup> ed. Madrid: Tecnos, 1998; p. 171.

<sup>204</sup> Cfr. PANIZO, S. Exclusión de la indisolubilidad del matrimonio. En BAÑARES, J. I. (ed.) *Simulación matrimonial en el Derecho canónico*. Pamplona: EUNSA, 1994, pp. 219-260; p. 242.

<sup>205</sup> LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de...*, *op.cit.*; p. 242.



seguir ligados en lo absoluto. Lo que ellos consienten es una unión cuya temporalidad está sujeta a circunstancias definidas subjetivamente, lo que configura una clara exclusión de la indisolubilidad. Lo que ocurre en realidad es que “tales personas al contraer rehúsan positivamente entregar a su consorte el derecho perpetuo sobre sí mismas y contraen más bien con la intención positiva de liberarse totalmente, en cuanto de ellos depende en el supuesto de que el matrimonio fracase”<sup>206</sup> (Coram Palazzini, 2 jun. 1971, SRRD, 44). Así, basta la exclusión hipotética de la indisolubilidad cuando la voluntad es cierta y determinada en esta.

Evidentemente, la manera más clara de excluir la indisolubilidad es de manera absoluta o actual, es decir, cuando el acto positivo de la voluntad se manifiesta de manera no condicionada. Pero quizás aún más frecuente es la formulación virtual, es decir expresándolo con intención de «si el matrimonio fracasa, acudiré al divorcio». Este modo hipotético de exclusión es muy habitual, e incluso es compatible con el deseo del mismo sujeto que excluye de que tal matrimonio dure para siempre<sup>207</sup>, aunque este deseo dependa de otras circunstancias y no de la misma naturaleza de una unión que no se puede romper. Por tanto, cabe dos maneras de excluir parcialmente una propiedad o elemento esencial: actual y virtual; y, de ninguna manera, será suficiente la sola intención habitual o interpretativa<sup>208</sup>.

Suele darse de esta manera la simulación parcial mediante la reserva de divorcio, que es una de las más frecuentes modalidades de excluir el *bonum sacramenti*. En esta situación, la voluntad excluye la indisolubilidad porque está dirigida a “la reserva de un poder o derecho a disolver un vínculo que es válido y existente, cuya cancelación requiere, por eso mismo, de la intervención de un poder jurídico cuya fuerza de disolver prevalezca jurídica y socialmente sobre la fuerza de unir del vínculo matrimonial válido”<sup>209</sup>. Es decir, se contrae matrimonio solo si es con la intención de poder ejercer el divorcio en algún momento. Aunque no sea necesaria la mentalidad divorcista para excluir la propiedad de la que se está tratando, naturalmente, contraer matrimonio con reserva del divorcio civil es usual en personas con estas ideas, especialmente en países en los que está establecido e intensamente aceptado el divorcio. De hecho, uno de los criterios que señala la doctrina acerca de la reserva del divorcio, que rompen la presunción de que el matrimonio es válido, es “la influencia de costumbres divorcistas en la psicología de un país que, fuertemente arraigadas, induce la

<sup>206</sup> GUTIÉRREZ, L. *Voluntad y declaración en el matrimonio*. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, 1990; p. 35.

<sup>207</sup> Cfr. PEÑA, C. Nulidad y disolución canónica. En O'CALLAGHAN, X. (coord.) *Matrimonio: nulidad canónica y civil, separación y divorcio. Aspecto sustantivo y procesal conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2018, pp. 3-141; p. 89.

<sup>208</sup> Cfr. BERNÁRDEZ, A. *Compendio de Derecho matrimonial canónico*. 9º ed. Madrid: Tecnos, 1998; p. 171.

<sup>209</sup> VILADRICH, P-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998; pp. 264-265.

presunción de querer contraer conforme a ellas”<sup>210</sup>. En la misma línea, se afirma que en aquellos lugares en los que no está legislado o no es tan aceptado el divorcio no es tan fácil de presumir la exclusión del *bonum sacramenti* al momento de la celebración, sino en todo caso la intención de abandonar al consorte<sup>211</sup>.

Esta es otra situación que ocasiona la convivencia de dos regulaciones del matrimonio que son distintas en este punto tan esencial. Es común también que, aunque no se haya excluido la indisolubilidad en el momento de prestar el consentimiento y, por lo tanto, la unión sea válida, posteriormente los cónyuges opten por el divorcio. Como se explicó anteriormente, la indisolubilidad no solo es la perpetuidad del consorcio de vida, no se refiere solamente al carácter temporal, sino también a la fuerza de esta unión, que es tal que ningún poder humano puede alterarla. De esta manera, quien excluye el *bonum sacramenti* está también excluyendo el consorcio y la fortaleza que le es intrínseca. Es por esto que, en un caso en el que no hubo simulación en el momento de consentir pero que, ya en el matrimonio *in facto esse*, por decisión de uno o ambos cónyuges se ejerce el divorcio civil, se irrumpe el *ius in corpus*<sup>212</sup>. Y es lógico que sean frecuentes estos casos en que los cónyuges se ven tentados a realizar algo que es socialmente muy aceptado. Sin embargo, aquí el divorcio civil termina siendo, en la práctica, solo una separación *de facto* para el matrimonio canónico, sin que se ponga en cuestión la validez del vínculo, aun si esta separación fue pretendida desde un inicio, porque “la exclusión de la cohabitación mediante el propósito de pedir la separación no atenta contra el *bonum sacramenti*”<sup>213</sup>.

De esta manera, nada afecta la posterior interrupción de la convivencia, ni ninguna otra circunstancia, a la indisolubilidad ya adquirida, que es, por naturaleza, propiedad esencial del matrimonio. Una vez que ha nacido el vínculo a través del consentimiento válido y verdadero, existe con los elementos, propiedades y fines a los que se orienta según lo dicta su propia esencia. Pretender una unión disoluble es, en el fondo, no pretender el verdadero matrimonio. Y cuando esto ocurre, aunque ese pacto se haya realizado con toda la apariencia legal civil o eclesiástica de una boda, “al tener como contenido otra clase de unión distinta de la matrimonial, no origina el auténtico matrimonio. Habrá una apariencia de matrimonio, pero faltará la realidad del matrimonio”<sup>214</sup>. En resumidas cuentas, el consentimiento que excluye el *bonum sacramenti* no es válido y, por tanto, no tiene el efecto de hacer nacer el matrimonio

<sup>210</sup> LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de...*, *op.cit.*; p. 243.

<sup>211</sup> *Idem*; p. 252.

<sup>212</sup> Cfr. GONZÁLEZ, J.M. El *bonum sacramenti* y la simulación parcial. En *Revista Ius Canonicum*, 1972, XII, n° I, pp. 419-437; p. 420.

<sup>213</sup> LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso...*, *op.cit.*; p. 242.

<sup>214</sup> VILADRICH, P-J. *El pacto conyugal*. 4° ed. Madrid: RIALP, 2002; p. 46.

aunque se quiera, pues el matrimonio existe con todas sus propiedades o no existe en lo absoluto.

El efecto de comprobar la existencia de este vicio es romper dos presunciones acerca de esa unión en concreto. Primero, ataca el *favor matrimonii*, por el que, en virtud del canon 1060, se presumía la validez del matrimonio mientras no se pruebe lo contrario. En este sentido, a su vez, la prueba debe estar dirigida a romper con otra presunción, que es la recogida en el canon 1101 §1, por la que se entiende que la manifestación dada en el consentimiento matrimonial se corresponde con la voluntad interna del sujeto. Al ser esta la presunción, la carga de la prueba recaerá en quien alegue la simulación, lo que conllevará a una mayor dificultad cuando no sea esta persona la que excluyó positivamente la propiedad esencial, pues lo que se debe probar es un acto que, si bien pudo haber sido expresado en distintos momentos, es, antes que nada, de la voluntad interna y corresponde a un momento en concreto.

Será esencial, entonces, probar la existencia de este acto excluyente que configura la simulación parcial del consentimiento. No se trata, como se ha insistido, de la sola opinión o intención habitual, por lo que la prueba tendrá que ir más allá de estas ideas, pues, aunque son importantes y dan luces en la causa de nulidad, no son en sí mismas suficientes. Esto se debe recordar, sobre todo, en aquellas simulaciones que son originadas por la voluntad virtual o hipotética del sujeto que excluye.

A estos efectos, la doctrina ha señalado algunos de los principales elementos que se deberán recoger para probar esta causa de nulidad. La prueba deberá centrarse en la persona y en toda su interioridad como objeto primario de análisis por parte de los tribunales, quienes deberán otorgarle prevalencia sobre teorizaciones y dogmatismos<sup>215</sup> que eventualmente puedan oponerse. Por ello, el elemento más relevante resulta ser la confesión del mismo sujeto simulador, sobre todo si tuvo lugar fuera del proceso, en una ocasión no sospechosa, es decir fuera del contexto de la crisis matrimonial<sup>216</sup>. Naturalmente, mayor dificultad se presentará si el contrayente que supuestamente simuló su consentimiento no se presenta a declarar, aunque esto sea menos esperado de alguien que pretendió una unión soluble. Aun así, no sería imposible probar la simulación si se presenta esta situación porque en ningún momento esta declaración es autónomamente suficiente para determinar la nulidad del matrimonio en cuestión, pues es necesario que tal manifestación se corresponda con

---

<sup>215</sup> Cfr. PANIZO, S. Exclusión de la indisolubilidad del matrimonio. En BAÑARES, J. I. (ed.) *Simulación matrimonial en el Derecho canónico*. Pamplona: EUNSA, 1994, pp. 219-260; p. 221.

<sup>216</sup> Cfr. GUTIÉRREZ, L. *Voluntad y declaración en el matrimonio*. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, 1990; p. 108.

circunstancias que han rodeado tanto la unión matrimonial como al propio sujeto en sus entornos más cercanos.

De esta manera se configura el otro elemento que forma parte de la prueba y es también de fundamental importancia: las circunstancias que rodean el acto y corroboran la intención del sujeto de excluir la indisolubilidad de su propia unión. Estas deberán ser varias y coherentes<sup>217</sup>, de manera que se encuentre en ellas suficiente sustento para tener por congruente con la realidad el acto de exclusión del contrayente. Será muy importante en estas causas prestar atención a los hechos y situaciones que rodean a este sujeto, tanto antes y durante como próximamente después de la celebración del matrimonio, pues en estos momentos se podría evidenciar más probablemente la voluntad de excluir.

Por último, se deben considerar las presunciones que han sido desarrolladas por la jurisprudencia en casos de simulación. Los tribunales eclesiásticos han determinado lineamientos que han derivado en presunciones que, si bien no vinculan obligatoriamente, sí constituyen importantes piezas para poder superar las dificultades propias de probar un acto interno de la voluntad<sup>218</sup>. A esto es preciso añadir que estas se deben aplicar con estricto cuidado ya que las únicas presunciones desarrolladas por el legislador al respecto son las dos expuestas anteriormente, es decir, la del *favor matrimonii* y la correspondencia de la voluntad interna con la manifestación.

Estos elementos deben ser valorados en conjunto, como parte de un todo y nunca de manera aislada, de tal forma que todas ellas se orienten hacia un mismo sentido y con su interpretación se esclarezca la realidad. No se ha determinado cuántos elementos deben reunirse para causar convicción, ni que alguno de estos por sí solo constituya prueba plena, lo que es vital para probar la simulación es que, de todos los elementos reunidos en conjunto, se entienda coherentemente que el acto de exclusión estuvo presente al momento de prestar consentimiento. Por lo tanto, aunque sea importante la cantidad de elementos reunidos, termina siendo trascendental la calidad de estos y la congruencia entre ellos.

Con todo esto, el tribunal debe llegar a conocer la causa de la simulación o *causa simulandi*, que es el motivo que llevó al sujeto a excluir, en este caso, la indisolubilidad de su unión conyugal. La jurisprudencia ha descrito esta causa como la “razón por la que uno que no quiere positivamente contraer el matrimonio con sus cualidades esenciales, es inducido, sin

---

<sup>217</sup> Cfr. LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de..., op.cit.*; p. 251.

<sup>218</sup> Cfr. VILADRICH, P-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998; p. 276.

embargo, a expresar con las palabras lo que no está en su intención”<sup>219</sup>. Por tanto, es de vital importancia a efectos probatorios, constituyendo el indicio capital<sup>220</sup>. La doctrina y jurisprudencia afirman que, entre las múltiples causas que puede dar pie a una exclusión, se encuentra la mentalidad divorcista<sup>221</sup>, que, como toda *causa simulandi* debe ser predominante en la voluntad de contraer matrimonio por parte de quien simuló el consentimiento.

Así mismo, la prueba se puede presentar de manera directa o indirecta<sup>222</sup>. La primera se da cuando es posible reunir elementos idóneos para acreditar la exclusión, tales como la declaración judicial o extrajudicial del sujeto que simula, del otro cónyuge, de los testigos, además de la congruencia de estos con la causa grave y proporcionada que tuvo el contrayente para simular su consentimiento. Estos serán los elementos que idealmente se han de recaudar en una causa de nulidad, pero atendiendo a lo complicado que puede llegar a ser comprobar un acto interno, la prueba también se podrá lograr de manera indirecta a través de diversos hechos y conductas del sujeto que pongan en evidencia que el consentimiento fue simulado y que de manera inequívoca hagan llegar al tribunal a tal conclusión.

Ciertamente, la prueba se valorará con las exigencias que presenta cada caso en particular. Probablemente será de mayor complejidad la simulación que se ha dado mediante un acto positivo implícito, que cuando se da de manera actual, contexto en el que seguramente se tendrá que acudir a la prueba indirecta. No obstante, sea cual fuere la forma en que se haya presentado el acto excluyente, sigue siendo una causa susceptible de ser probada. Los tribunales tendrán que tener en cuenta que la prueba de esta causa de nulidad es difícil, mas no imposible.

---

<sup>219</sup> GUTIÉRREZ, L. *Voluntad y declaración en el matrimonio*. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, 1990; pp. 103-104. El autor también acota que no debe ser confundida la *causa simulandi* con la *causa contrahendi*, que es el motivo que impulsa al sujeto a contraer el matrimonio. Estas dos causas nunca se pueden identificar, pues en un matrimonio nulo por simulación, la *causa simulandi* prevalecerá en detrimento de la *causa contrahendi*.

<sup>220</sup> Cfr. DEL AMO, L. Mentalidad divorcista y nulidad del matrimonio. En *Ius Canonicum*, 1980, vol. 20, n° 39, pp. 255-271; p. 268.

<sup>221</sup> Cfr. PANIZO, S. Exclusión de la indisolubilidad del matrimonio. En BAÑARES, J. I. (ed.) *Simulación matrimonial en el Derecho canónico*. Pamplona: EUNSA, 1994, pp. 219-260; p. 258. Entre otras causas que también acepta la jurisprudencia se encuentra el laicismo del contrayente, entre otros. Cfr. PEÑA, C. Nulidad y disolución canónica. En O'CALLAGHAN, X. (coord.) *Matrimonio: nulidad canónica y civil, separación y divorcio. Aspecto sustantivo y procesal conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2018, pp. 3-141; p. 91.

<sup>222</sup> Cfr. AZNAR, F. La prueba del consentimiento matrimonial simulado. Indicaciones jurisprudenciales recientes. En *REDC*, 1995, n° 52, pp. 563-592; pp. 576. Cfr. También en PANIZO, S. Exclusión de la indisolubilidad del matrimonio. En BAÑARES, J. I. (ed.) *Simulación matrimonial en el Derecho canónico*. Pamplona: EUNSA, 1994, pp. 219-260; pp. 255-259.

### 3.3. Cuestiones jurisprudenciales en torno al error y la simulación relativos al divorcio civil

La secularización del matrimonio en los distintos ordenamientos jurídicos trajo consigo reformas sustanciales, siendo quizás la más notable la supresión de la indisolubilidad mediante el divorcio civil. Este importante cambio generó una polémica que no se quedó en el ámbito histórico, sino que tuvo una influencia tal en el pensamiento del último siglo que se vio reflejado en los distintos casos de nulidad matrimonial que fueron presentados ante los tribunales eclesiásticos. A partir de esto, en la jurisprudencia del Tribunal de la Rota Romana surgió una preocupación sobre la forma de interpretar los efectos relevantes que originaba la nueva figura del divorcio civil<sup>223</sup>.

En efecto, “nadie niega el influjo posible de la idea del divorcio en la exclusión de la indisolubilidad”<sup>224</sup>, lo complicado ha sido delimitar de qué manera influye y si tal influencia es capaz de originar vicios en el consentimiento. Esta difusión del matrimonio soluble ha tenido eco, principalmente, en las causas de error y simulación. Estos vicios, en su relación con el divorcio civil, han sido complicados de delimitar, presentándose incluso en reiterados casos como concurso, pues ambos el objeto de exclusión en el que son más frecuentemente confundidos es precisamente el de la indisolubilidad<sup>225</sup>. Y esto se da porque el rechazo del matrimonio indisoluble puede provenir o bien de la libre elección de la voluntad o bien de la determinación que el entendimiento puede provocar sobre el objeto de la voluntad<sup>226</sup>. Es preciso entonces aclarar los límites de ambas figuras para determinar en qué casos los efectos de la secularización del matrimonio causan un error determinante de la voluntad y en qué casos, simulación parcial.

En las últimas décadas, se considera con mayor atención los supuestos de quienes contraen “matrimonio canónico con *mentalidad divorcista*, es decir, con la convicción plena y enraizada en su concepción matrimonial de que es disoluble todo matrimonio tal como se observa en el entorno social en que el sujeto se desenvuelve bajo la norma y uso común del divorcio”<sup>227</sup>. En este caso, dicha mentalidad, como ya se ha acotado, no vicia por sí misma, sino que se requieren, aunque relacionados a ella, otros elementos que sean capaces de invalidar el consentimiento. Dada la variedad en que se presenta la realidad, la mentalidad

<sup>223</sup> Cfr. REINA, V. La simulación parcial en el matrimonio canónico. En *Revista Ius Canonicum*, 1974, vol. 14, n° 27, pp. 35-61; p. 57.

<sup>224</sup> DEL AMO, L. *Mentalidad divorcista y nulidad del matrimonio*. En *Revista Ius Canonicum*, 1980, vol. 20, n° 39, pp. 255-271; p. 269.

<sup>225</sup> Cfr. GUTIÉRREZ, L. *Voluntad y declaración en el matrimonio*. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, 1990; p. 30.

<sup>226</sup> Cfr. LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de..., op.cit.*; p. 290-291.

<sup>227</sup> *Idem*; p. 243.

divorcista, con el modelo de matrimonio disoluble que conlleva, no siempre se presenta de la misma manera en el juicio de todos los contrayentes, en algunos podría no tener efecto alguno si tales ideas no fueron sustanciales al momento de formar la voluntad matrimonial. Sin embargo, es posible que sí vicie el consentimiento si, por ejemplo, era la única opción que conocía y podía elegir el contrayente, lo que configuraría un error determinante, o si se pretendió mediante un acto positivo de la voluntad, constituyendo un consentimiento simulado parcialmente.

En efecto, si se cree que el matrimonio solo puede ser disoluble y, por tanto, es el que se pretende contraer, se configura el vicio de error. Por otra parte, si se conoce que el matrimonio es indisoluble pero se pretende excluir esta propiedad para la propia unión, lo que hay es un consentimiento simulado. De esta manera, se trata de dos situaciones psicológicas distintas. En el error se cree que el matrimonio es disoluble y en la simulación se quiere un matrimonio disoluble. En el primer caso, el vicio está principalmente en el entendimiento, mientras que en el segundo, en la voluntad.

Es por esto que, de no tener claro qué figura es la que se ha presentado en el caso concreto, se puede formular la duda sobre la nulidad al tribunal eclesiástico de manera subordinada, siendo analizada en primer lugar la posible existencia de un error determinante y, supeditado a un resultado negativo, examinar luego si en todo caso se configuró una simulación parcial. Tal secuencia se debe a que el intelecto actúa antes que la voluntad, por lo que una exclusión de la indisolubilidad de manera positiva por parte de la voluntad presupone un adecuado entendimiento. De igual manera, este nivel intelectual presupone la capacidad necesaria para captar, deliberar y emitir un consentimiento, lo que se encuentra resguardado por el canon 1095. De esta manera se puede explicar la lógica del legislador al determinar el orden sistemático que rige para los cánones que regulan los vicios del consentimiento, tratando en primer lugar aquellos que afectan la capacidad consensual, posteriormente el error (que afecta el intelecto) y por último la simulación (que afecta la voluntad)<sup>228</sup>.

Y, congruentemente, se presentan estas causas de manera subordinada, y no conjuntiva, puesto que estos vicios no pueden concurrir en una misma persona, porque son excluyentes en tal orden: si el vicio se origina en la voluntad, se presupone que el intelecto se ha desarrollado correctamente, y si el vicio se origina en el intelecto, se presupone que ha habido una adecuada capacidad mental del contrayente. Así mismo, si ha existido un vicio en

---

<sup>228</sup> Cfr. VILADRICH, P-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998; pp. 201-202.

la capacidad consensual, no se podrá tratar luego de un error o simulación, o si lo que se verifica es un error determinante, no es posible que se haya presentado una simulación<sup>229</sup>.

Aun con todo lo comentado, es posible, dentro de la voluntad interna del contrayente antes de la celebración, el paso de un probable error a la exclusión positiva. Esto ocurre cuando el sujeto errante conoce otro modelo de matrimonio, permitiendo ahora a la voluntad seleccionar mediante un acto positivo; si en este contexto se mantiene la misma postura, no se puede sostener que sigue habiendo error determinante sino que ya implicaría una exclusión positiva capaz de configurar una simulación<sup>230</sup>.

En estos casos se difuminan aun más los límites porque existe error acerca de la indisolubilidad y se elige este error pero mediante un acto positivo de la voluntad, es decir que, habiendo más opciones en el juicio práctico para elegir, se sigue eligiendo la basada en el conocimiento errado. En este caso la voluntad no se autodeterminó por el error sino que este fue escogido libremente. En consecuencia, el vicio no residió en el conocimiento errado, pues no fue determinante, sino en la voluntad que incluyó la idea errónea en la formación del consentimiento matrimonial. Así, este error resulta ser causa de la simulación, lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan *error causa simulandi*<sup>231</sup>.

En conclusión, “el límite entre el error determinante y la simulación lo marca la noticia cierta y segura sobre la configuración del matrimonio canónico”<sup>232</sup>, en este caso sobre su carácter indisoluble, en la medida en cómo esta propiedad ha sido excluida por la voluntad, sea mediante un acto positivo de selección o sea mediante la autodeterminación espontánea causada por el único conocimiento práctico, que era errado. Es de vital importancia, por tanto, verificar cuál fue el estado de la voluntad del contrayente en el momento actual de la emisión del consentimiento.

Al respecto, la jurisprudencia ha establecido ciertos criterios que, por ser recurrentes en los distintos casos relativos a la mentalidad divorcista, han servido de guía para diferenciar

<sup>229</sup> V. gr. Los casos presentados a la Rota Romana en los que se formuló duda sobre la validez del matrimonio por incapacidad consensual y, subordinadamente, simulación parcial; lo que fue respetado por el tribunal al analizar cada causa, indicando el motivo de tal orden. Coram Bruno, Olomucen, decisio diei 17 maii 1996, RRDec., vol. LXXXVIII, pp. 387-395; Coram Stankiewicz, Flaminii-Bononien, decisio diei 24 iulii 1997, in Monitor Ecclesiasticus, 124 (1999), pp. 615-669; Coram Colagiovanni, Romana, decisio diei 20 iulii 1985, RRDec., vol. LXXVII, pp. 386-39; Coram Colagiovanni, Venetiarum, decisio diei 18 octobris 1986, RRDec., vol. LXXVIII, pp. 538-550. Cfr. BAGALAPO, E. *Lack of internal freedom and its relations with simulation and force & fear: a survey of its treatment in Rotal jurisprudence and local tribunal's published decisions*. Roma: Pontificia Università della Santa Croce, 2002; pp. 177-180, 201.

<sup>230</sup> Cfr. BAÑARES, J. I. Mentalidad divorcista e indisolubilidad del matrimonio. En *REDC*, 2007, n° 64, pp. 281-307; p. 300.

<sup>231</sup> Cfr. VILADRICH, P.-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998; pp. 161-162.

<sup>232</sup> LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de...*, op.cit.; p. 220.



qué fenómeno es el que se presenta en el caso concreto. Los casos han sido bastante variados y han permitido contemplar varios supuestos<sup>233</sup>. Por ejemplo, si existe voluntad absoluta o positivamente condicionada e hipotética de divorciarse, claramente hay exclusión de la indisolubilidad. En los casos de los católicos con actitudes divorcistas habrá más frecuentemente exclusión positiva, mientras que en los acatólicos con voluntad habitual o virtual de divorcio suele haber error. Así mismo, en el matrimonio de acatólico con católico es más probable que la exclusión del acatólico sea positiva siempre que se haya suscitado con anterioridad el debate de la indisolubilidad del matrimonio canónico.

En cuanto al divorcio civil, si solo se han emitido opiniones o se tiene evidencia de conversaciones relativas a este, no hay nada determinante, puesto que esto pertenece aún solo al ámbito del entendimiento y para rechazar la indisolubilidad es necesario que esto sea trasladado a la voluntad para el matrimonio en concreto. Ahora, respecto al momento de la celebración, si se tiene el pensamiento de algún día poder divorciarse, tampoco se demuestra solo por esto la exclusión de la indisolubilidad, pues no es lo mismo pensar en realizar una acción que tener la determinación de ponerla en práctica. Sin embargo, la reserva de divorcio civil plantea mayor controversia. En tal sentido es inevitable cuestionarse: ¿es suficiente la intención de divorciarse civilmente para excluir la indisolubilidad del matrimonio canónico?

En la doctrina las opiniones son divididas. En la jurisprudencia, en un principio se requería siempre demostrar un acto positivo de la voluntad (en muchos casos incluso cuando la causa se trataba de un vicio de error determinante), por lo que la pretensión de ejercer en algún momento el divorcio a través de las leyes civiles no invalidaba el consentimiento toda vez que no se interpretaba como un acto positivo de la voluntad excluyente el reservar la idea de pedir en alguna hipótesis el divorcio civil<sup>234</sup>. Sin embargo, esto ha sido superado pues actualmente la jurisprudencia acepta de manera unánime que “quien presta el consentimiento matrimonial con la firme voluntad de acudir al divorcio en caso del fracaso de la convivencia, niega a su cónyuge el derecho perpetuo a la fidelidad, a la unidad y a la comunión de vida, queriendo en realidad contraer un matrimonio disoluble”<sup>235</sup>.

---

<sup>233</sup> Los ejemplos que se presentan a continuación están basados en DEL AMO, L. Mentalidad divorcista y nulidad del matrimonio. En *Ius Canonicum*, 1980, vol. 20, n° 39, pp. 255-271; pp. 269-271.

<sup>234</sup> Haciendo referencia a SRRD., 10, agosto 1929, c. MANNUCCI, vol. 21, p. 527; 8 febrero 1951, c. MATTIOLI, vol. 43, dec. 11, n. 2, p. 81; 20 diciembre 1957, c. SABATTANI, vol. 49, p. 902, n. 3; 12 diciembre 1957, c. STAFFA, vol. 49, p. 823, n. 6. Cfr. DEL AMO, L. Mentalidad divorcista y nulidad del matrimonio. En *Ius Canonicum*, 1980, vol. 20, n° 39, pp. 255-271; p. 270.

<sup>235</sup> Citando a la sentencia de la Rota Romana c. Huot de 12 de febrero de 1987. Cfr. PEÑA GARCÍA, C. Nulidad y disolución canónica. En O'CALLAGHAN, X. (coord.) *Matrimonio: nulidad canónica y civil, separación y divorcio. Aspecto sustantivo y procesal conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2018, pp. 3-141; p. 89.

Para poder llegar a tal conclusión, la jurisprudencia reconoció en un principio tres posibles supuestos<sup>236</sup>: 1) Contraer queriendo el verdadero matrimonio sacramental pero con reserva de la separación conyugal, configurando una unión válida; 2) Contraer queriendo el verdadero matrimonio indisoluble pero reservándose el divorcio civil para contraer nupcias con otra persona, aun sabiendo que no se disolverá el vínculo canónico, en cuyo caso el matrimonio sería nulo por exclusión de la unidad; 3) Contraer queriendo un verdadero matrimonio, reservándose la intención de acudir eventualmente al divorcio del matrimonio civil, creyendo que a través de este se disuelve también el matrimonio canónico. Mas, si bien es cierto que esta puede ser una forma de excluir tal propiedad (y quizás la menos probable), posteriormente se determinó que no era la única. Finalmente, tras este camino jurisprudencial, se ha logrado determinar la interpretación que se le debe dar a la reserva de divorcio. Actualmente, “es principio jurisprudencial constante que «el propósito de utilizar con posterioridad la ley civil del divorcio no difiere de la intención de rechazar la indisolubilidad del matrimonio, y que, por consiguiente, contrae inválidamente quien se reserva el derecho a pedir en el futuro el divorcio civil»”<sup>237</sup>. Evidentemente, no será suficiente la confesión del sujeto que indique que tiene la voluntad de divorciarse, ni siquiera es lo más relevante que el divorcio se haya concretado en la realidad. Lo que se debe probar es que realmente se tuvo, al momento de contraer matrimonio, la firme convicción de acudir al divorcio, sea en casos hipotéticos o sea de manera cierta, lo importante es la determinación de plantear tal figura.

### **3.4. Consideraciones para contrarrestar los efectos de la visión secular del matrimonio**

Es claro que la introducción del divorcio no ha pasado inadvertida. Muy por el contrario, ha tenido una gran repercusión en las ideas de las últimas generaciones, como parte de los drásticos cambios que vienen ocasionando las doctrinas e ideologías que ahora predominan. Estas, mediante el rechazo a la indisolubilidad, se han hecho palpables en la formación del consentimiento matrimonial canónico. Así, con la misma intensidad con que el Derecho ha de responder a las nuevas circunstancias, las normas canónicas deben dar una respuesta adecuada a todas las situaciones, incluso las más actuales.

Para tal fin, el legislador canónico no debe modificar las disposiciones, en principio porque ni siquiera es necesario, pues se entiende que el matrimonio en su esencia, que

---

<sup>236</sup> Cfr. REINA, V. La simulación parcial en el matrimonio canónico. En *Revista Ius Canonicum*, 1974, vol. 14, n° 27, pp. 35-61; p. 58.

<sup>237</sup> *Ibidem*.

lógicamente no cambia, se encuentra debidamente protegido por esta regulación. El camino apropiado para enfrentar jurídicamente tal situación es entonces el jurisprudencial, por medio del cual se podrán completar y aclarar el sentido de las normas mediante su interpretación legítima<sup>238</sup>, identificando criterios y valorando concordantemente las situaciones o circunstancias que suelen estar mayormente presentes en estas causas.

En efecto, esto es lo que han venido haciendo los tribunales eclesiásticos, en cuyas sentencias se han ido desarrollando progresivamente criterios y presunciones acerca de las circunstancias anómalas que suelen rodear la indisolubilidad. Al respecto, la jurisprudencia ha encontrado que, en ciertos casos, el acto de la voluntad por el que se rechaza la indisolubilidad del matrimonio suele guardar cierta relación con la religión que profesa el contrayente. Así, pese a que la simulación sea la forma más probable de rechazar esta propiedad en los católicos, pues según la jurisprudencia más reciente “más fácilmente se presume que tuvo lugar el acto positivo contra la indisolubilidad en los católicos que en los no católicos”<sup>239</sup>, también es posible el error determinante de la voluntad en aquellos que han sido instruidos en la doctrina católica<sup>240</sup>.

Como es lógico, se espera que aquellos que profesan la fe católica abracen la misma doctrina para su matrimonio en concreto; sin embargo, esto no es siempre así. Conscientes de esta realidad, los tribunales toman en cuenta no solo el credo de los consortes sino también su disposición para querer el matrimonio según su propia naturaleza. Así, la jurisprudencia ha seguido el criterio por el que es más fácil interpretar la intención de casarse según la Iglesia, de los católicos practicantes y de los acatólicos de buena fe que ‘conservan los principios sanos acerca de la naturaleza del matrimonio’, que de los católicos de puro nombre’ (haciendo referencia a los que pese a ser bautizados, rechazan la doctrina de la Iglesia) y, sobre todo, de los acatólicos con actitud divorcista, de quienes resulta más fácil admitir el error determinantemente que rechaza la indisolubilidad<sup>241</sup>. Así, según estos criterios, parece ser que el bautizo no es tan determinante como la formación y preparación para el sacramento de quienes se disponen a contraerlo, lo cual se relaciona con la forma e intensidad en que vive su fe y el ambiente en que el sujeto se ha desarrollado.

---

<sup>238</sup> Cfr. PANIZO, S. Exclusión de la indisolubilidad del matrimonio. En BAÑARES, J. I. (ed.) *Simulación matrimonial en el Derecho canónico*. Pamplona: EUNSA, 1994, pp. 219-260; pp. 233-234.

<sup>239</sup> GONZÁLEZ, J.M. El bonum sacramenti y la simulación parcial. En *Revista Ius Canonicum*, 1972, XII, n° I, pp. 419-437; p. 428.

<sup>240</sup> Según lo expuesto en la Sentencia del 14 de junio de 1988 del Tribunal de la Rota española. Cfr. GARCÍA FAÍLDE, J. *La nulidad matrimonial, hoy*. 2° ed. Barcelona: Bosch, 1999; p. 586.

<sup>241</sup> Cfr. DEL AMO, L. Mentalidad divorcista y nulidad del matrimonio. En *Ius Canonicum*, 1980, vol. 20, n° 39, pp. 255-271; p. 264.

Así se presentó el error en el caso sobre el que versa el Decreto ratificatorio del 11 de noviembre de 1992 de la Rota Española, que confirma la sentencia afirmativa del 15 de junio de 1992 del Tribunal de primera instancia del Arzobispado de Madrid, en el que el contrayente conocía en teoría las enseñanzas de la Iglesia católica sobre el matrimonio pero no las admitió, de manera que dicho conocimiento se quedó en el plano especulativo, mientras que las ideas y conceptos erróneos tuvieron incidencia en su voluntad y los llegó a proyectar en el consentimiento que prestó durante la celebración del matrimonio<sup>242</sup>. De la misma manera se puede dar en aquellas personas con errores tan fijos sobre la conveniencia del divorcio que pueden llegar a ser determinantes, al punto de viciar la voluntad. En efecto, “la jurisprudencia empezó a considerar que, ciertamente, en algunas personas la mentalidad divorcista está tan arraigada en su mente que forma como una segunda naturaleza en la persona, de modo que arrastra irresistiblemente a la voluntad a obrar en conformidad con ella. En estos casos, la persona no ha querido otro matrimonio que aquel que tiene en su mente, es decir, el disoluble”<sup>243</sup>.

Lo anteriormente mencionado es coherente con la forma en que los tribunales eclesiásticos entienden la configuración del error determinante que vicia el consentimiento, pues indican que este tiene una ‘fuerza motriz’ tal que indispone a la voluntad a querer otra cosa que no sea la idea o vivencia que se presenta de manera tan arraigada. En consecuencia, el contrayente se encuentra tan identificado durante la celebración con la noción del matrimonio contrario a la indisolubilidad que finalmente la voluntad termina excluyendo tal propiedad para esa determinada unión<sup>244</sup>, incluso pese a habersele impartido conocimientos que desmienten dicho postulado. Esto ocurre porque los simples errores como muchas otras ideas, por su propia naturaleza, afectan solo el intelecto, esto es, se quedan en el juicio especulativo. Sin embargo, el error determinante que vicia el consentimiento es ya un error operativo, que afecta el juicio práctico pues, al estar tan arraigado, su fuerza motora empuja a obrar<sup>245</sup>, a mover la voluntad a querer lo único que concibe como conveniente, esto es, un

<sup>242</sup> Acorde a lo manifestado en el Decreto ratificatorio del 11 de noviembre de 1992 del Tribunal de la Rota española. Cfr. GARCÍA FAÍLDE, J. *La nulidad matrimonial, hoy*. 2º ed. Barcelona: Bosch, 1999; p. 602.

<sup>243</sup> PEÑA, C. Nulidad y disolución canónica. En O’CALLAGHAN, X. (coord.) *Matrimonio: nulidad canónica y civil, separación y divorcio. Aspecto sustantivo y procesal conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2018, pp. 3-141; p. 89. En referencia a las sentencias: c. de Lanversin, de 6 de noviembre de 1980, n. 4: SRRD 72 (1980) 711; c. Stankiewicz, de 23 de junio de 1978, n. 7: SRRD 70 (1978) 373-374 (igualmente en otras sentencias de este ponente, p. e., de 20 de julio de 1984, etc.); c. Filipiak, de 23 de marzo de 1956: SRRD 48 (1956); etc.

<sup>244</sup> Acorde a lo manifestado en el Decreto ratificatorio del 11 de noviembre de 1992 del Tribunal de la Rota española. Cfr. GARCÍA FAÍLDE, J. *La nulidad matrimonial, hoy*. 2º ed. Barcelona: Bosch, 1999; p. 601.

<sup>245</sup> De acuerdo a la sentencia de la Rota Española del 22 de junio de 1992. Cfr. GARCÍA FAÍLDE, J. *La nulidad matrimonial, hoy*. 2º ed. Barcelona: Bosch, 1999; pp. 607-608.

matrimonio soluble. En consecuencia, han determinado que mientras más pertinaz y obstinado sea el error, menor será la probabilidad de que el tribunal presuma que los contrayentes quieren un matrimonio indisoluble y más verosímil será el influjo de tal error en la voluntad, de manera que llegue a excluir la indisolubilidad de la unión<sup>246</sup>.

Es acertado que para esta exclusión se requiera un acto más complejo y difícil, dado que se entiende que no es normal la intención de excluir la indisolubilidad. De hecho, en ningún caso se exige que se acepte de manera expresa y positiva tal propiedad porque se entiende que lo más coherente es que quien acuda a celebrar matrimonio católico, pretenda hacerlo con todo lo que implica la doctrina de la Iglesia. Por eso es necesario solo que no se rechace desde la voluntad el carácter indisoluble de su unión<sup>247</sup>. Por lo tanto, esta se excluirá si se rechaza mediante un acto positivo de la voluntad. Por tal motivo, la jurisprudencia advierte que no basta una simple idea de poder acudir algún día al divorcio, o la sola mentalidad divorcista; no se puede presumir la nulidad del vínculo a partir de esas solas circunstancias<sup>248</sup>. Lo que es indispensable en estos casos es la prueba de la intención de acceder a tal recurso. De igual manera, así como pretender el divorcio civil excluye la indisolubilidad, si los contrayentes celebran con la intención de acudir algún día al tribunal eclesiástico para que se declare la nulidad, también estarían excluyendo esta propiedad<sup>249</sup>.

En dichas situaciones se suelen presentar expresiones comúnmente usadas por los consortes en los distintos casos de exclusión de la indisolubilidad, tales como “reanudaré del todo mi vida”, “cada uno podrá rehacer su vida con otra persona”, “recobraré mi libertad” o “me separaré”, entre otras. Aun así, cuando estas son utilizadas por los contrayentes, constituyen simplemente indicios que deberán ser analizados en el conjunto de las circunstancias que se presentan en el caso concreto<sup>250</sup>.

En relación con la normativa civil vigente en el país de los contrayentes, los tribunales han adoptado el criterio de no considerar indispensable que el divorcio civil se encuentre regulado, toda vez que es posible excluir la indisolubilidad, aun cuando todavía no está

---

<sup>246</sup> Cfr. DEL AMO, L. Mentalidad divorcista y nulidad del matrimonio. En *Ius Canonicum*, 1980, vol. 20, n° 39, pp. 255-271; p. 262.

<sup>247</sup> Fundamento 7 de *In Iure* de la sentencia de la Rota Española del 22 de junio de 1992. Cfr. GARCÍA FAÍLDE, J. *La nulidad matrimonial, hoy*. 2° ed. Barcelona: Bosch, 1999; p. 607.

<sup>248</sup> Cfr. PEÑA, C. Nulidad y disolución canónica. En O'CALLAGHAN, X. (coord.) *Matrimonio: nulidad canónica y civil, separación y divorcio. Aspecto sustantivo y procesal conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2018, pp. 3-141; p. 90.

<sup>249</sup> Fundamento 3 del *In Iure* de la sentencia de la Rota Española del 15 de enero de 1999. Cfr. GARCÍA FAÍLDE, J. *La nulidad matrimonial, hoy*. 2° ed. Barcelona: Bosch, 1999; p. 552.

<sup>250</sup> Fundamento 9 del *In Iure* de la sentencia de la Rota Española del 22 de junio de 1992. Cfr. GARCÍA FAÍLDE, J. *La nulidad matrimonial, hoy*. 2° ed. Barcelona: Bosch, 1999; p. 610.

legislado el divorcio civil. Este criterio ha seguido el Tribunal de la Rota Española<sup>251</sup> al no desmerecer la declaración de los testigos sobre las ideas divorcistas de la contrayente que se remontaba a años anteriores a la introducción del divorcio civil en el ordenamiento español, aunque ya se hablaba del tema pues el fenómeno jurídico ya tenía incidencia en países vecinos y era previsible su incorporación en el ámbito jurídico civil de dicho país.

Sin embargo, es cierto también que esta exclusión surge más probablemente en aquellos países en que ya ha sido legislado el divorcio y se presenta como una opción real y actual. Más aún en ordenamientos como el peruano, en el que se impone de manera necesaria la celebración del vínculo civil, pues “en los sistemas divorcistas de matrimonio civil obligatorio, quien contrae matrimonio civil con expresa manifestación de recurrir al divorcio excluye muy posiblemente también la indisolubilidad al celebrar el matrimonio canónico”<sup>252</sup>. Además, se ha manifestado la dificultad que presentan aquellos casos en que la celebración civil y canónica se da en un mismo momento o inmediatamente posterior “por el hecho de que la conciencia de estar contrayendo un matrimonio «disoluble» como suele ser el civil, que normalmente comportará la intención de acudir al divorcio si el caso lo requiere, pueda perseverar en la celebración canónica. Si ello es realmente así, se habrá excluido también la indisolubilidad canónica”<sup>253</sup>.

Ante todas estas directrices a las que ha arribado la jurisprudencia, es necesario recalcar que no deben ser impuestas sin más en los diversos casos que se presenten sobre un posible rechazo a la indisolubilidad, pues la realidad puede presentarse de formas muy variadas y cada caso es singular. Precisamente por tal motivo es que “el traslado de una presunción jurisprudencial a otro caso no puede hacerse de modo automático o utilizando la presunción empleada en otra sentencia como requisito categorial para apreciar la validez o nulidad del nuevo caso particular”<sup>254</sup>. En un proceso de nulidad matrimonial, siempre se deberá atender a las circunstancias que implica ese caso en concreto, y para tal fin es indispensable analizar primero de manera detallada los hechos para luego determinar si es que alguno de estos criterios ayuda a dilucidar la verdad del matrimonio en cuestión.

Mucho menos la dificultad que tiene la sociedad actual para aceptar la indisolubilidad natural del matrimonio, producto de la cada vez más arraigada visión secular del matrimonio,

---

<sup>251</sup> Fundamento 2 del *In factio* de la sentencia de la Rota Española del 14 de junio de 1988. Cfr. GARCÍA FAÍLDE, J. *La nulidad matrimonial, hoy*. 2º ed. Barcelona: Bosch, 1999; p. 596.

<sup>252</sup> VILADRICH, P-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998; p. 276.

<sup>253</sup> REINA, V. La simulación parcial en el matrimonio canónico. En *Revista Ius Canonicum*, 1974, vol. 14, nº 27, pp. 35-61; p. 59.

<sup>254</sup> VILADRICH, P-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998; p. 276.

“justifica la presunción, a veces lamentablemente formulada por algunos tribunales, según la cual la prevalente intención de los contrayentes, en una sociedad secularizada y marcada por fuertes corrientes divorcistas, es querer un matrimonio soluble hasta el punto de exigir más bien la prueba de la existencia del verdadero consenso”<sup>255</sup>. Esto es inadmisibile y se debe tener siempre especial cuidado, pues la indisolubilidad constituye verdad esencial de la institución matrimonial, y, como acotaba Benedicto XVI, «no debemos olvidar que en las causas de nulidad matrimonial la verdad procesal presupone la "verdad del matrimonio" mismo»<sup>256</sup>.

Justamente por los motivos anteriormente expuestos, los miembros de los tribunales eclesiásticos deben ser conscientes de que “toda sentencia justa de validez o nulidad del matrimonio es una aportación a la cultura de la indisolubilidad, tanto en la Iglesia como en el mundo. Se trata de una contribución muy importante y necesaria”<sup>257</sup> para poder enfrentar el contexto actual de relativismo, en el que impera la visión de un matrimonio soluble, por resultar la más cómoda y conveniente desde el juicio de muchos contrayentes. Se debe siempre tener en cuenta que una sentencia justa es una sentencia que defiende la verdad del matrimonio y, por tanto, su indisolubilidad. Por eso, el plano más inmediato desde el que se debe hacer frente a esta problemática es desde la actividad jurisprudencial, mediante la cual se afirma qué tendencias erróneas han fomentado la celebración de matrimonios inválidos. Es una confrontación a la realidad en concreto que desde la casuística indica los efectos que ha ido plasmando esta visión acomodada de la institución matrimonial.

De hecho, esta concepción del matrimonio disoluble se debe en buena parte a la regulación civil del matrimonio y del divorcio conexas a ella. “Hoy, por desgracia, en no pocos lugares, la mentalidad divorcista, favorecida por la legislación civil, está fuertemente difundida incluso entre los católicos, que se apartan en esto de la enseñanza de la Iglesia aunque sigan celebrando sus bodas canónicamente”<sup>258</sup>. Y esto es ocasionado también porque el derecho civil en esta materia no echa sus raíces en el derecho natural sino en las tendencias e ideologías predominantes actualmente en la sociedad y que, sin embargo, en nada alteran la naturaleza del matrimonio verdadero. Esto es algo sustancial que el legislador ha olvidado.

Lo anteriormente acotado no significa que la secularización sea mala, todo lo contrario. En orden a que el matrimonio es, más que nada, una cuestión de derecho natural, el legislador civil tiene el deber de regular las incidencias civiles de esta unión y, por supuesto,

---

<sup>255</sup> JUAN PABLO II. Alocución a la Rota Romana de Juan Pablo II del 21 de enero de 2000.

<sup>256</sup> BENEDICTO XVI. Alocución a la Rota Romana de Benedicto XVI del 27 de enero de 2007.

<sup>257</sup> JUAN PABLO II. Alocución a la Rota Romana de Juan Pablo II del 28 de enero de 2002.

<sup>258</sup> MARTÍN, J. El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio. En BAÑARES, J. I. *Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial*. Pamplona: EUNSA, 1996, pp. 177-208; p. 201.

asegurar el *ius connubii* de aquellos que no se pueden acoger a otro régimen matrimonial existente, sea porque no pertenecen a una religión o por cualquier motivo.

El problema se da cuando el legislador no se ajusta a la verdad, que es lo que ocurre en la actualidad. Entonces es necesario encauzar la regulación civil al derecho natural y para esto debe alinearse a la antropología en la que basa tal matrimonio, pero, aparentemente, esta no existe en estos modelos; aunque, sobre la regulación que suelen tener los países actualmente, señala Viladrich que, “más que carecer de modelo antropológico, parece acoger a cuantos hay en la praxis social, si por su utilidad electoral logran respaldo parlamentario”<sup>259</sup>.

Al hacer prevalecer cuestiones coyunturales en detrimento de la realidad ontológica de la institución, el legislador no ha tenido en cuenta “el efecto *pedagógico* de la ley: esto es, cómo la ley dirige las conductas”<sup>260</sup>. Si bien la ley civil debe ajustarse a la ley natural, principalmente, por justicia, también es importante considerar que estas normas cumplen además una función docente hacia los sujetos a quienes se dirige, “de ahí es que no le será nunca lícito establecer la disolubilidad del matrimonio que la naturaleza humana hace indisoluble”<sup>261</sup>. Sin embargo, esto ha sido admitido finalmente en los ordenamientos civiles, contraviniendo los fundamentos de la construcción canónica que le sirvió de fundamento. ¿Cómo no se van a generar controversias si el derecho positivo se aparta cada vez más del derecho natural, siendo el matrimonio, por esencia, justamente una cuestión de derecho natural?

De esta manera, la dimensión legislativa es, sin duda, otra esfera por medio de la cual se debe enfrentar a las actuales concepciones erróneas sobre la disolución del matrimonio que son capaces de causar matrimonios nulos. Por esto es de vital importancia recordar que el legislador no puede disponer de la naturaleza como si se tratara de convenciones o como si fuese dueño del orden natural de las cosas. Por tanto, se logrará contrarrestar a nivel legislativo las corrientes relativistas que proponen el modelo disoluble, siempre que el legislador sirva a la verdad y no a otros intereses coyunturales.

---

<sup>259</sup> VILADRICH, P-J. Por qué y para qué «uno con una para toda la vida». La cuestión de la unidad de vida en el amante, en la correspondencia con el amado y en la unión de amor conyugal. En *Ius Canonicum*, 2015, vol. 55, n° 110; p. 523.

<sup>260</sup> Haciendo referencia al incremento de casos de divorcio a partir de la dación de la ley del divorcio exprés en España. Cfr. BLANCO, M. Complementariedad y vínculo conyugal. En Bañares, J. I., y Bosch, J. (ed.) *La formación de la voluntad matrimonial: anomalías, patologías y normalidad: actas del X Simposio Internacional del Instituto Martín de Azpilcueta (Pamplona noviembre del 2012)*. Pamplona: EUNSA, 2014, pp. 13-27; p. 23.

<sup>261</sup> UGARTE, J. ¿Por qué una ley civil de divorcio es injusta? En ASSIMAKÓPULOS, A. y CORRAL, H. (ed.) *Matrimonio civil y divorcio: Análisis crítico y criterios para la aplicación de la Ley N° 19.947, de 2004*. Santiago de Chile: Universidad de los Andes, 2005, pp. 195-217; p. 214.



La última y quizás más apropiada y efectiva dimensión es la pastoral. Como se ha tratado, la concepción secularizada del matrimonio es capaz de originar vicios en el consentimiento, especialmente rechazando la propiedad esencial de la indisolubilidad, que suelen adoptar dos formas. La primera es el error determinante recogido en el canon 1099; figura en la que “se da una disconformidad no conocida y no querida entre lo que se quiere y lo que se declara que se quiere: si el que yerra advirtiera al menos con probabilidad que está en el error dejaría automáticamente de seguir errando”<sup>262</sup>. Por lo tanto, una preparación que es capaz de asegurarse que el contrayente tiene un conocimiento suficiente de la doctrina católica sobre el matrimonio, muy probablemente suprimiría la posibilidad de que exista un error determinante. En esta oportunidad se debería profundizar de tal manera en el sujeto que se pueda advertir que no tiene ideas contrarias a la indisolubilidad del matrimonio tan arraigadas que determinen su voluntad a ese error e imposibiliten una celebración válida.

La otra forma que puede adoptar este consentimiento viciado es a través de la figura de la simulación parcial por exclusión del *bonum sacramenti*. Esta también puede ser confrontada en la etapa de la preparación matrimonial pero de modo distinto, puesto que el vicio no residirá en el plano intelectual sino, principalmente, en el volitivo. Por esto será más difícil, puesto que puede ocurrir que el sujeto tenga la firme intención de simular su voluntad interna desde la preparación del expediente matrimonial y no exprese lo que de verdad quiere desde este momento. Aun así, es importante tratar de que el sujeto tome conciencia de que lo que finalmente está pretendiendo no tiene validez alguna y que, casi nunca, resultaría tan conveniente como podría estimarlo.

Por estos motivos se ha hecho tanto hincapié en la necesidad de una preparación matrimonial a conciencia, que no se reduzca a un trámite burocrático, sino que tenga la determinación de poder contribuir a la reducción del número de matrimonios inválidos que se contraen y de ser un freno a la concepción disoluble del matrimonio que tantas personas tienen por conveniente. En tal sentido, es importante que la preparación muestre al matrimonio como realmente es, de manera objetiva, presentando a sus propiedades no como ataduras que son impuestas sino como lo que ontológicamente implica el matrimonio y que responde a la misma naturaleza del hombre. En palabras de San Juan Pablo II, “es importante la presentación positiva de la unión indisoluble, para redescubrir su bien y su belleza. Ante todo, es preciso superar la visión de la indisolubilidad como un límite a la libertad de los

---

<sup>262</sup> GARCÍA FAÍLDE, J. *La nulidad matrimonial, hoy*. 2º ed. Barcelona: Bosch, 1999; pp. 80-81.

contrayentes, y por tanto como un peso, que a veces puede resultar insoportable”<sup>263</sup>. Nada más alejado de la verdad, pues no puede ser insoportable algo a lo que tiende la propia naturaleza.

Esta concepción del matrimonio soluble y tendencia divorcista a raíz de la secularización ha calado tanto que se corre el riesgo de extenderse incluso al ámbito del derecho canónico. Actualmente, se ve que la primera reacción de muchos matrimonios ante el fracaso es acudir a un tribunal eclesiástico para solicitar la nulidad, cual de un divorcio se tratase. Y también se puede ver favorecida por la falsa compasión de los operadores jurídicos que pueden llegar a ver estas causas como el camino más fácil para acercar a estas personas a la fe. Esto es reprochable en los casos en que se pone este sentimentalismo por encima de la verdad, yendo incluso en contra de un sacramento.

Finalmente, es preciso recalcar que, ante la creciente cantidad de matrimonios inválidos, la culpa no la tiene el legislador civil, y que quizás mayor responsabilidad se le debe atribuir a la Iglesia, por la instrucción y formación de sus fieles. Esto requerirá varios esfuerzos, no solo por parte de los clérigos que se encargan de la preparación matrimonial en sentido estricto, sino, principalmente, por todos los miembros de la Iglesia, quienes deben defender la indisolubilidad del matrimonio pese al contexto adverso a esta verdad, para lo cual necesitan primero conocer bien su doctrina. Sin duda, esta no será una tarea fácil, pero no por eso significa que será imposible. Incluso “podría parecer que el divorcio está tan arraigado en ciertos ambientes sociales, que casi no vale la pena seguir combatiéndolo mediante la difusión de una mentalidad, una costumbre social y una legislación civil favorable a la indisolubilidad. Y, sin embargo, ¡vale la pena!”<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> JUAN PABLO II. Alocución a la Rota Romana de Juan Pablo II del 28 de enero de 2002.

<sup>264</sup> *Ibidem*.

## Conclusiones

**Primera.** La secularización del matrimonio, causada principalmente por la influencia de la Reforma Protestante en la Europa del siglo XVI, originó la regulación de la institución matrimonial por parte de los Estados, tendencia que progresivamente se fue extendiendo a la mayoría de ordenamientos jurídicos de occidente. A partir de esta reforma se empieza a difundir la visión secular del matrimonio, con los rasgos que accidentalmente incorpora cada regulación civil.

**Segunda.** En Perú, país tradicionalmente católico, la regulación del matrimonio desde la colonia se circunscribía a las normas de la Iglesia. A diferencia de Europa, el proceso de secularización del matrimonio no tuvo origen en el influjo de las ideas propias de la Reforma, sino en la alegada necesidad de aprobar una regulación que facilitase la residencia de los inmigrantes que arribaban por el crecimiento industrial del país y que profesaban otro credo religioso. Este fue el fundamento de la ley que incorporó en 1897 por primera vez el matrimonio civil al ordenamiento jurídico peruano.

**Tercera.** El régimen de matrimonio civil obligatorio, con el consiguiente divorcio vincular, fue instaurado en 1930 y sigue vigente hasta la actualidad. Este modelo fue adoptado tras derrocar al gobierno mediante un golpe de Estado, utilizando para tal fin escuetos decretos leyes que gradualmente se tuvieron que ir complementando. Es decir, el sistema matrimonial civil que hoy rige ha sido instaurado mediante una legislación fragmentada, que demuestra que no hubo consenso en su regulación y que no era aceptado por unanimidad.

**Cuarta.** La actual regulación civil del matrimonio le debe su esencia y principales rasgos al desarrollo del matrimonio canónico. Esto se evidencia todavía en sus similitudes como el carácter unitario de la unión y los impedimentos, puesto que todos los impedimentos regulados en el Código Civil peruano están también recogidos en el Código de Derecho Canónico. Sin embargo, tras las modificaciones en la regulación secular, el matrimonio civil se ha ido distanciando cada vez más de la regulación canónica a la que le debe su origen. Los principales rasgos en que se diferencian el matrimonio canónico del civil son: la propiedad esencial de la indisolubilidad, el consentimiento requerido para la válida constitución del vínculo y la fase de preparación matrimonial.

**Quinta.** La regulación del matrimonio por parte de los Estados encuentra su fundamento en el *ius connubii*, pues el matrimonio es, antes que nada, una institución de Derecho natural. Por su parte, el orden matrimonial de la Iglesia católica se sustenta en la sacramentalidad del matrimonio, ya que para los católicos no existe otro matrimonio válido que no sea por eso mismo sacramento. Por tanto, la dualidad en la regulación del matrimonio, civil y religiosa, se encuentra justificada como garante de la libertad de culto en la dimensión de practicar los ritos matrimoniales religiosos. Sin embargo, esa doble regulación es ahora un foco de conflicto por la gran disparidad que tiene en estos momentos el concepto civil y el concepto canónico de matrimonio.

**Sexta.** La doble regulación de la institución matrimonial ha dado lugar a una visión secularizada y relativista del matrimonio, y, como arraigo de estas ideas, ha surgido además la mentalidad divorcista. Este planteamiento, unido a las actuales tendencias sociales, puede ocasionar principalmente el rechazo a la indisolubilidad, dado que es el punto esencial en el que más notablemente se separan ambas regulaciones. Este rechazo puede incidir en la válida constitución del consentimiento matrimonial canónico afectando principalmente a los vicios de error determinante o de simulación parcial.

**Séptima.** El fenómeno de secularización puede ocasionar el error determinante sobre las propiedades del matrimonio, específicamente sobre la indisolubilidad, cuando se está tan inmerso en un contexto jurídico-social que propone la disolubilidad del matrimonio, que el contrayente toma tal modelo como el único posible a elegir, pues su juicio práctico tiene solo y exclusivamente a este por admisible, sin siquiera tener la opción de decidir si quiere tal característica o no; de ese modo, la voluntad queda autodeterminada a esta única alternativa, que es errónea.

**Octava.** Este planteamiento secular también puede motivar el vicio de simulación parcial por exclusión del *bonum sacramenti*, si, a sabiendas de que la indisolubilidad es propia del matrimonio canónico, se celebra este pretendiendo excluir esa propiedad mediante un acto positivo de la voluntad para esa unión en concreto. Esto puede darse a través de la exclusión actual o virtual, como mediante la reserva mental del contrayente, en el momento de la celebración, de acudir en algún momento al divorcio civil.

**Novena.** La influencia de estas ideas como causa de matrimonios inválidos por la existencia de vicios en el consentimiento puede ser contrarrestada a través de la actividad jurisprudencial de los tribunales eclesiásticos, que deben siempre defender con justicia la indisolubilidad del matrimonio, como también a través de una legislación civil que sea acorde a la naturaleza de la institución matrimonial.

**Décima.** No obstante, en este trabajo de investigación se considera que la preparación matrimonial es la más apropiada y eficaz opción para hacer frente a la visión disoluble del matrimonio originada por la secularización. Este fenómeno ha distanciado la regulación civil y canónica del matrimonio en, principalmente, tres rasgos que ahora mismo son exclusivos del matrimonio católico: la indisolubilidad, la importancia del consentimiento para la constitución del vínculo y la preparación matrimonial. Si por la distinción en los dos primeros rasgos se propicia la invalidez del vínculo, en el tercer rasgo encontramos la óptima solución para combatir las ideas contrarias a la indisolubilidad en los fieles católicos para asegurar no solo la validez del vínculo canónico sino, sobre todo, asegurar el éxito de esa unión conyugal.



## Referencias bibliográficas

- ALZAMORA, R. *Curso de Historia del Derecho Peruano*. Lima: Imprenta del Estado, 1876.
- ARIAS-SCHREIBER, M. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Tomo VII: Derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica, 1997.
- ARMAS, F. *Liberales, protestantes y masones: modernidad y tolerancia religiosa: Perú siglo XIX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.
- AZNAR, F. *Derecho matrimonial canónico, I: cánones 1055-1094*. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 2001.
- La prueba del consentimiento matrimonial simulado. Indicaciones jurisprudenciales recientes. En: *REDC*, 1995, n° 52, pp. 563-592.
- BAGALAPO, E. *Lack of internal freedom and its relations with simulation and force & fear: a survey of its treatment in Rotal jurisprudence and local tribunal's published decisions*. Roma: Pontificia Università della Santa Croce, 2002.
- BAÑARES, J. I. Mentalidad divorcista e indisolubilidad del matrimonio. En: *REDC*, 2007, n° 64, pp. 281-307.
- BASADRE, J. *La historia de las codificaciones en el Perú*. Lima: Cultural Cuzco, 2003.
- BERNÁRDEZ, A. *Compendio de Derecho matrimonial canónico*. 9° ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- BLANCO, M. Complementariedad y vínculo conyugal. En Bañares, J. I., y Bosch, J. (ed.) *La formación de la voluntad matrimonial: anomalías, patologías y normalidad: actas del X Simposio Internacional del Instituto Martín de Azpilcueta (Pamplona noviembre del 2012)*. Pamplona: EUNSA, 2014, pp. 13-27.
- BOCCAFOLA, K. El error acerca de la dignidad sacramental del matrimonio. En BAÑARES, J. I. (ed.) *Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial*. Pamplona: EUNSA, 1996, pp. 209-235.

- BRIONES, I. y DOMINGO, M. Simulación parcial por exclusión del bien de la prole. En: REDC, 1999, n° 56, pp. 721-743
- BURKE, C. Conocimiento del matrimonio y errores relevantes: cc. 1096 y 1099 - Ponencia, Congreso de Derecho Canónico, Pamplona 1998. Disponible en: <http://www.cormacburke.or.ke/node/548> [consulta: 06 de febrero de 2019].
- CARPIO, L. *La libertad religiosa en el Perú; Derecho eclesiástico del Estado*. Piura: UDEP, 1999.
- CASTAÑEDA, P. *El mestizaje en Indias: problemas canónicos*. Madrid: Deimos, 2008.
- CONFERENCIA EPISCOPAL PERUANA, *Derecho eclesial peruano: anotaciones a las normas complementarias de la Conferencia Episcopal Peruana*. Lima: Navarrete, 2004.
- *Documentos de la Conferencia Episcopal Peruana 1979-1989*. Lima: VE, 1989.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Diario de los debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979*. Tomo I. Lima.
- CORNEJO, H. *Derecho Familiar Peruano*. Tomo I: sociedad conyugal. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998.
- CORNEJO, H. La familia en la Constitución de 1979. En: *Revista Derecho PUCP*, 1981, n° 35, pp. 23-52.
- Régimen matrimonial peruano. En: *Revista Derecho PUCP*, 1985, n° 39, pp. 87-126.
- CRESPO, L. *La secularización del matrimonio*. Pamplona: EUNSA, 1992.
- DE RÁVAGO, E. *Antecedentes y sucesos en la fundación de la República Peruana*. Lima: Edición privada, 2007.
- DEL AMO, L. Mentalidad divorcista y nulidad del matrimonio. En: *Revista Ius Canonicum*, 1980, vol. 20, n° 39, pp. 255-271.



- DELGADO, G. Error y matrimonio canónico. Pamplona: EUNSA, 1975.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*. 9° ed. Vol. 2. Madrid: Tecnos, 2001.
- D'ORS, Á. *Elementos de Derecho Privado Romano*. 5° ed. Pamplona: EUNSA, 2014.
- FAZIO, M. *Historia de las ideas contemporáneas*. 4° ed. Madrid: RIALP, 2015.
- FERNÁNDEZ, C. El Código Civil peruano, treinta años después. En: TORRES, M. (coord.) *Estudios críticos sobre el Derecho Civil: análisis crítico y actual de sus bases dogmáticas y de su aplicación práctica*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, pp. 9-45.
- FONSECA, J. *Misioneros y civilizadores: protestantismo y modernización en el Perú, 1915-1930*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- FORNÉS, J. Error y dolo: fundamentos y diferencias. En BAÑARES, J. I. (ed.) *Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial*. Pamplona: EUNSA, 1996, pp. 237-258.
- FRANCESCHI, H. La preparación para el sacramento del matrimonio: problemas jurídicos y pastorales. En FRANCESCHI, H., DEL PRETTE, R., ZÁRRAGA, T. y ALBORNOZ, R. (ed.) *Cuestiones jurídicas y pastorales de actualización en Derecho matrimonial canónico*. Caracas: Centro Teológico Sacerdotal, 1999, pp. 15-64.
- FUENTES, P. *Nueva Legislación peruana. Leyes y resoluciones de los Congresos de 1902*. Tomo 11, p. 40. Nota 177.
- GARCÍA CALDERÓN, F. *El Perú Contemporáneo*. Lima: Interbank, 1981.
- GARCÍA, J. *La nulidad matrimonial, hoy*. 2° ed. Barcelona: Bosch, 1999.
- GAS-AIXENDRI, M. Error determinante de la voluntad (can. 1099 CIC) y simulación (can. 1101 § CIC). Criterios de delimitación y prueba con especial referencia a la sacramentalidad del matrimonio. En: *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2008, n° 18.
- GHIRARDI, M. e IRIGOYEN LÓPEZ, A. El matrimonio, el Concilio de Trento e Hispanoamérica. En: *Revista de Indias*, 2009, vol. LXIX, núm. 246, pp. 241-272.

GIL, F. El concepto canónico de simulación. En: *Revista Ius Canonicum*, 1993, XXXIII, N° 65, pp. 229-257.

GONZÁLEZ, J. M. *Derecho canónico matrimonial*. 6° ed. Pamplona: EUNSA, 1991.

----- El bonum sacramenti y la simulación parcial. En: *Revista Ius Canonicum*, 1972, XII, n° I, pp. 419-437.

GUTIÉRREZ, W. (dir.) *Código Civil comentado*. 2° ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2007.

GUTIÉRREZ, L. *Voluntad y declaración en el matrimonio*. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, 1990.

HERVADA, J. *Introducción crítica al derecho natural*. Piura: Universidad de Piura, 1999

----- *Una caro: Escritos sobre el matrimonio*. Pamplona: EUNSA, 2000

HUAPAYA, V. Régimen matrimonial peruano. En: *Revista Teológica Limense*, 1984: vol. XIX, N° 3; pp. 32-40.

LÓPEZ, M. y NAVARRO-VALLS, R. *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*. 6° ed. Madrid: Tecnos, 2001

MAJER, P. *El error determinante de la voluntad (can. 1099 del CIC 83): naturaleza y tipificación jurídica*. Pamplona: EUNSA, 1997.

MANS, J. *El consentimiento matrimonial: defecto y vicios del mismo como causas de nulidad de las nupcias*. Bosch, Barcelona, 1956.

MANTECÓN, J. *El impedimento matrimonial canónico de parentesco legal*. Pamplona: EUNSA, 1993.

MARTÍ, J.M. Consentimiento, deliberación y libertad interna en el matrimonio. En: *Revista Ius Canonicum*, 1999, vol. 39, pp. 645-652.

MARTÍN, J. El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio. En BAÑARES, J. I. *Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial*. Pamplona: EUNSA, 1996, pp. 177-208.

- MELLA, A. La unión de hecho en el Perú y su desarrollo normativo. En TORRES, M. (coord.) *Estudios críticos sobre el Código Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, pp. 701-717.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DEL PERÚ. Página web de la embajada peruana en la Santa Sede. <http://www.rree.gob.pe/SantaSede/SitePages/bilateral.aspx> [consulta: 11/01/2019].
- MOLINA, A. y OLMOS, M. *Derecho matrimonial canónico sustantivo y procesal*. 5° ed. Madrid: Civitas, 1994.
- MOSQUERA, S. La libertad religiosa en el constitucionalismo peruano. En: *Derecho y Religión*, 2012, n° 7, pp.149-188.
- OLMOS, M. La preparación para el matrimonio en la exhortación apostólica “*amoris laetitia*”. En: RUANO, L. y SÁNCHEZ-GIRÓN, J. L., S.J. (coord.) *Novedades de Derecho Canónico y Derecho eclesiástico del Estado. A un año de la reforma del proceso matrimonial*. Madrid: Dykinson, 2017, pp. 55-77.
- ORTIZ, M. En torno al acto positivo de voluntad y la simulación total del consentimiento. En VILADRICH, P-J. (dir.) *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio: X Congreso Internacional de Derecho Canónico*. Pamplona: EUNSA, ICF, 2000, pp. 1159-1174.
- PALACIO, G. *Manual de Derecho Civil Tomo II. Vol. 2*. Lima: Huallaga, 1987.
- PANIZO, S. Exclusión de la indisolubilidad del matrimonio. En BAÑARES, J. I. (ed.) *Simulación matrimonial en el Derecho canónico*. Pamplona: EUNSA, 1994, pp. 219-260.
- PAREJA, J. *Historia de las constituciones nacionales (1812-1979)*. 2° ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.
- PEÑA, C. Nulidad y disolución canónica. En O’CALLAGHAN, X. (coord.) *Matrimonio: nulidad canónica y civil, separación y divorcio. Aspecto sustantivo y procesal conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2018, pp. 3-141.

- PORTOCARRERO, R. y CASTRO, A. *Entre la República Aristocrática y la Patria Nueva*. Lima: Coedición de Sur Casa de Estudios del Socialismo y Derrama Magisterial, 1996.
- QUIROGA, A. Matrimonio y divorcio en el Perú: una aproximación histórica. En DE TRAZEGNIES, F., RODRÍGUEZ, R., CÁRDENAS, C. y GARIBALDI F., J. (ed.) *La familia en el Derecho peruano*. Lima: PUCP, 1990, pp. 81-100.
- RAMOS, C. *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX. Tomo V, vol. 2 Las instituciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.
- REINA, V. La simulación parcial en el matrimonio canónico. En: *Revista Ius Canonicum*, 1974, vol. 14, n° 27, pp. 35-61.
- ROMERO, F. *Acto jurídico*. Lima: Grijley, 2013.
- S.A. Novísima recopilación de las leyes de España. [https://play.google.com/books/reader?id=prA-AQAAMAAJ&hl=es\\_419&pg=GBS.PP1](https://play.google.com/books/reader?id=prA-AQAAMAAJ&hl=es_419&pg=GBS.PP1) [consulta: 10 de marzo de 2019].
- SAN AGUSTÍN, *De nuptiis et concupiscentia*, 1, 11.
- SOUTO, J. *Derecho matrimonial*. 2° ed. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- TIRAPU, D., MANTECÓN, J. y POLAINO, A. *Once lecciones de Derecho matrimonial*. Jaén: Riquelme y Vargas Ediciones, 1992.
- TORRES, A. Impedimentos matrimoniales. En *Actualidad Jurídica* N° 228. Lima: Gaceta Jurídica, 2012.
- UGARTE, J. ¿Por qué una ley civil de divorcio es injusta? En ASSIMAKÓPULOS, A. y CORRAL, H. (ed.) *Matrimonio civil y divorcio: Análisis crítico y criterios para la aplicación de la Ley N° 19.947, de 2004*. Santiago de Chile: Universidad de los Andes, 2005, pp. 195-217.
- VALVERDE, E. F. *El Derecho de Familia en el Código Civil Peruano. Tomo I*. Lima: Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942.

VILADRICH, P-J. *El consentimiento matrimonial: técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad*. Pamplona: EUNSA, 1998.

VILADRICH, P-J. *El modelo antropológico del matrimonio*. Madrid: Ediciones RIALP, 2001.

VILADRICH, P-J. *El pacto conyugal*. 4º ed. Madrid: Ediciones RIALP, 2001.

----- Por qué y para qué «uno con una para toda la vida». La cuestión de la unidad de vida en el amante, en la correspondencia con el amado y en la unión de amor conyugal. En: *Revista Ius Canonicum*, 2015, vol. 55, nº 110.