

## DESARROLLO Y TRIUNFO DEL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO MATRIMONIAL DE LA IGLESIA

‘Consensus facit nuptias’, así se reproduce a menudo un brocardo de Ulpiano en el Digesto, brocardo que él ha utilizado para solucionar una cuestión específica del derecho hereditario: cuando un legado a una mujer ha sido instituido para el caso de que ella haya entrado por vía matrimonial en la familia, entonces ¿se cumple ya la condición cuando haya contraído matrimonio aun cuando no haya habido relaciones sexuales? Ulpiano contesta en sentido afirmativo, pues las relaciones sexuales no crean el matrimonio, sino el consentimiento (Dig. 35.1.15 y 50.17.30). No deja lugar a duda la influencia de estas formulaciones u otras parecidas del derecho romano en el derecho canónico matrimonial. Aquí no podemos, como se comprenderá, investigar sobre la cuestión previa de si esta formulación podría representar quizá una interpolación más tardía bajo influencias cristianas, ya que al menos en el derecho romano clásico el matrimonio no era propiamente dicho una situación de derecho, sino que era una convivencia de los cónyuges basada y mantenida en un consentimiento perpetuo. Esta es la opinión preponderante de los romanistas desde hace apenas un siglo<sup>1</sup>. Con motivo de la disertación de Josef Huber, un alumno de O. Robleda, respecto del consentimiento matrimonial en el derecho romano, se levantaron al menos preguntas sobre los fundamentos de esta opinión dominante<sup>2</sup>, como lo admite Mayer-Maly en su reseña del libro<sup>3</sup>. Pero hasta el momento estas cuestiones apenas se han puesto de relieve o discutido más detenidamente.

1. En una cierta radicalización, el principio del consentimiento se hizo importante en la respuesta del Papa Nicolás I en el año 866 replicando a consultas provenientes de Bulgaria<sup>4</sup>, donde se cruzaron influencias orientales y

1 En la abundante literatura véase p.e. G. D’Ercole, ‘Il consenso degli sposi e la perpetuita del matrimonio nel diritto romano a nei padri della Chiesa’, SDHI 5 (1939) 18-75; M. Kaser, *Das römische Privatrecht* 1, 2 ed. (München 1971) 2 (München 1959) passim; O. Robleda, *El matrimonio en derecho romano* (Roma 1970).

2 J. Huber, *Der Ehekonsens im römischen Recht. Studien zu seinem Begriffsinhalt in der Klassik und zur Frage seines Wandels in der Nachklassik* (Analecta Gregoriana 204; Roma 1977).

3 Reseña del libro citado por Huber en AKKR 147 (1978) 617-619.

4 El amplio escrito está editado como carta 99 de E. Perels en: *Monumenta Germaniae Historica, Epistolae* 6 (1925) 568-600, el texto en cuestión se halla en p. 570.

latinas. Frente a las opiniones representadas por misioneros orientales, según las cuales para un matrimonio válido también se requería la aprobación de los padres y sobre todo la bendición del sacerdote, Nicolás explicó lapidariamente apoyándose en las *leges*, o sea en el derecho romano: basta con el consentimiento de ambos, de cuyo matrimonio se trata.

Si faltaba este consentimiento, todas las demás formalidades, incluso la propia celebración del matrimonio, serían ineficaces<sup>5</sup>. Como prueba cita también una frase del Pseudo Juan Crisóstomo: 'Matrimonium non facit coitus, sed voluntas'<sup>6</sup>. Nicolás I defiende por tanto con la máxima precisión el principio del consentimiento de su doble dimensión: el consentimiento sólo determina el matrimonio, sin que sean necesarias ciertas formalidades o ni siquiera la celebración formal del mismo; además este consentimiento de los cónyuges es insustituible.

Esta afirmación fundamental tenía consecuencias de amplio alcance para la praxis durante toda la Edad Media hasta el Tridentino. Pero en la confluencia de estas decisiones personales de los incipientes cónyuges y de posibles factores formales en que el consentimiento consiste, sólo se había subrayado el elemento primero. Por lo que se pudo desarrollar y sostener un mal cancerígeno como lo eran los matrimonios clandestinos<sup>7</sup>, de manera que por ejemplo Eugenio Corecco, actual Obispo de Lugano, pudo hablar de 'consecuencias desastrosas en la práctica' refiriéndose a esta famosa contestación<sup>8</sup>.

Casi al mismo tiempo (860) desarrolló en el Noreste de Francia Hincmaro de Reims en su importante dictamen sobre el derecho matrimonial<sup>9</sup> una doctrina un tanto diferente, a saber, que para un matrimonio completo (*matrimonium completum*) no bastaba el consentimiento, sino que también era necesaria la celebración formal del mismo para su plena validez. Sólo entonces representaba el matrimonio la imagen de la unión de Cristo con su Iglesia. Como demostró Gérard Fransen hace poco con manuscritos recién aportados, Hincmaro no se sirvió para ello de medios poco transparentes<sup>10</sup>. La inclusión del 'non' en un

5 El texto citado se incluyó en el Decreto de Graciano como C.27 q.2 c.2.

6 *Opus imperfectum in Mattheum* hom. 32,9: PG 56 Sp. 802. Graciano cita este texto en C.27 q.2 c.1. Fue completado con mayor amplitud con *Palea* en C.27 q.2 c.4 en varias decretales manuscritas.

7 Parece que estos matrimonios 'privados' se dieron sobre todo en Alemania e Inglaterra, como resulta de la investigación de R. Helmholz, *Marriage Litigation in Medieval England* (Cambridge 1974), como también de la exposición de M. Sheehan, 'The Formation and Stability of Marriage in Fourteenth Century England. Evidence of an Ely Register', *Mediaeval Studies* 33 (1971) pp. 228-263, y de nuestras investigaciones; 'Die Rechtsprechung des Regensburger Gerichts in Ehesachen unter besonderer Berücksichtigung der bedingten Eheschliessung nach Gerichtsbüchern aus dem Ende des 15. Jahrhunderts', AKKR 137 (1968) 403-463. Respecto de Francia, véase p.e. A. Lefebvre Teillard, 'Les officialités à la veille du Concile de Trente' (París 1973).

8 E. Corecco, 'Die Lehre der Untrennbarkeit des Ehevertrags vom Sakrament im Lichte des scholastischen Prinzips 'Gratia perficit, non destruit naturam'', AKKR 143 (1974) 379-442, p. 435. Corecco incluso opina: 'La doctrina del solus consensus ... ejercía en occidente una tiranía doctrinal, que una y otra vez llevaba ad absurdum en la práctica matrimonial de la iglesia.'

9 Ofrece una formidable visión general de la historia del derecho J. Gaudemet, *Le mariage en Occident. Les moeurs et le droit* (París 1987), con abundante literatura ibid. sobre Hincmaro, pp. 125-128.

10 G. Fransen, 'La lettre de Hincmar de Reims au sujet du mariage d'Etienne. Une relecture',

texto relevante de León I<sup>11</sup> no fue hecha por Hincmaro sino que se produjo no antes del siglo XII, quizá por un así llamado Magister A. (Elmer von Canterbury). Este tampoco atribuyó su opinión a Agustín, por lo que el citado pasaje debe ser interpretado de diferente manera de como se había hecho hasta ahora. Por tanto no es cierto, según demuestran recientes investigaciones de manuscritos, el reproche de Horst Fuhrmann, diciendo que Hincmaro era un 'pequeño maestro habilidoso de la desfiguración'<sup>12</sup>. Según Hincmaro un matrimonio no consumado sólo podía ser disuelto en casos especiales, esencialmente en el caso de una impotencia absoluta o relativa, o si se daba alguna otra irregularidad<sup>13</sup>.

2. Demos un salto grande y vayamos a la mitad del siglo XII, cuando la cuestión de en qué caso el matrimonio era sacramental e indisoluble era un problema fuertemente discutido. Ahora los frentes entre los dos países citados están trocados. Como muy tarde, en 1140, se distinguió claramente entre compromiso matrimonial y celebración matrimonial en general en Francia, y finalmente por Hugo de S. Victor<sup>14</sup>. La plena sacramentalidad y la indisolubilidad fue atribuida al enlace matrimonial por intercambio de consentimientos, en lo que jugaba un papel importante el matrimonio de la Madre de Dios. Un texto, quizá atribuible a Anselmo, que más tarde entró (alrededor de 1175) en el Decreto de Graciano como *Palea*<sup>15</sup>, aclaró nítidamente esta diferenciación con

*Pascua Mediaevalia. Studies voor Prof. Dr. J. M. De Smet* (Mediaevalia Lovaniensia Studia 10; Leuven 1983) 133-146.

11 Este es el texto que constituyó más tarde C.27 q.17 del Decreto de Graciano, donde el antepuesto c.16 atribuido a S. Agustín también fue extraído de la misma escritura de Hincmaro, pero que tenía allí originalmente otro sentido, según un análisis exacto de los manuscritos más antiguos hecho por Fransen. Respecto de la historia de la transmisión de ambos textos, véase J. Gaudemet, 'Recherche sur les origines historiques de la faculté de rompre le mariage non consommé', *Proceedings of the Fifth International Congress of Medieval Canon Law*, Salamanca 21-25 September 1976, ed. by Kuttner and K. Pennington (Monumenta Iuris Canonici, Series C Subsidia 7; Città del Vaticano 1980) pp. 309-331.

12 H. Fuhrmann, 'Fälscher unter sich: Zum Streit zwischen Hinkmar von Reims und Hinkmar von Laon', *Charles the Bald, Court and Kingdom*. Papers based on a Colloquium held in London in April 1979, ed. by M. Gibson and J. Nelson (Bar International Series, 101; Oxford 1981) p. 244 y A. 36. También está mencionado y comentado en su obra de recopilación: *Einladung ins Mittelalter* (München 1987) p. 229.

13 Fransen (supra nota 10), 144-146, opina incluso que las investigaciones relevantes de J. Devisse, *Hincmar, Archevêque de Reims (845-882)* (Travaux d'histoire éthico-politique 29; Genève 1976) 367-468 necesitaban ser complementadas.

14 Literatura más reciente especializada además de Gaudemet (supra n. 9), especialmente H. Zeimentz, *Ebe nach der Lehre der Frühscholastik* (Moraltheologische Studien 1; Düsseldorf 1973) como también J. F. Reinhardt, *Die Ehelehre der Schule des Anselm von Laon* (Beiträge zur Geschichte der Philosophie und Theologie des Mittelalters, N.F. 14; Münster 1974).

15 Respecto de esta *palea*, véanse nuestras investigaciones: 'Die bedingte Eheschliessung im kanonischen Recht'. I. Teil: *Die Entwicklung der bedingten Eheschliessung im kanonischen Recht* (Münchener Theol. Studien III, 16; München 1963) 246-248. Investigando sobre 140 manuscritos tempranos del Decreto hemos encontrado este desarrollo en 38 manuscritos en su texto original, véanse nuestras aportaciones: 'Fälschungen als Paleae im Dekret Gratians', *Fälschungen im Mittelalter* (Monumenta Germaniae Historica, Schriften tomo 33 II; Hannover 1988) 301-318, esp. 313 s.

sus diversas consecuencias jurídicas (Duobus modis, C.27 q.2 c.51). Pero con esto no se había decidido nada todavía en pro de la teoría del consentimiento. Pues al mismo tiempo llega en Bolonia Graciano a un resultado totalmente diferente<sup>16</sup>. En su *Concordia discordantium canonum* (C.27 q.2) intenta (también respecto a nuestra pregunta) una armonización de las fuentes disponibles para él con relación a nuestro problema, y no sólo referente al significado de *sponsus*, *sponsa* y *desponsatio*. Declara que por el intercambio del consentimiento sólo se origina un *matrimonium initiatum*, el cual sólo a través de la celebración matrimonial llega a ser un *matrimonium consumatum* y *ratum*. ¡A diferencia de nuestro uso de la lengua, se utilizan ambos conceptos *ratum* y *consumatum* como sinónimos! El antecedente intercambio del consentimiento origina que en la unión corporal nazca el matrimonio: «*in coitu dicatur nubere viro vel nuptias celebrare*»<sup>17</sup>. En este punto yo difiero por tanto de la opinión de Willibald Plöchl en su investigación acerca del derecho matrimonial de Graciano<sup>18</sup>.

Los decretistas siguientes<sup>19</sup> en Bolonia sistematizan este punto de arranque de Graciano y lo radicalizan en cierto modo. Paucapalea aduce siete razones<sup>20</sup> que permiten la disolución de un matrimonio sólo celebrado pero no consumado, entre ellas la *dispensatio Ecclesiae*, o sea, cuando con consentimiento de la Iglesia un segundo matrimonio celebrado y consumado tiene la preferencia ante un matrimonio solamente celebrado con anterioridad. El Magister Rolandus, que no tiene que ver con el más tarde Papa Alejandro III<sup>21</sup>, habla en su *Summa* de una correlativa *consuetudo ecclesiae*, para la cual sin embargo no puede citar a ninguna autoridad<sup>22</sup>. Los textos reunidos por Graciano, también el texto cambiado y por tanto falsificado por un 'non', según el cual sólo el coito

16 La investigación especializada más importante es como siempre W. Plöchl, *Das Eherecht des Magisters Gratian* (Wiener Staats- und Rechtswissenschaftliche Studien 24); Leipzig/Wien 1935).

17 C.27 q.2 c.45 parágrafo 1. En toda esta cita se ve claramente que para Graciano eran necesarios dos elementos para un matrimonio: la *pactio coniugalis* (o *voluntas contrahendi*) y la unión corporal. Esto corresponde también a C.27 q.2 p.c. 39 parágrafo 1. Graciano escoge expresiones un tanto diferentes, causadas por las diferentes expresiones de sus fuentes, en parágrafo 2 y p.c. 45 pr.: Los prometidos (*sponsae*) sólo pueden ser llamados cónyuges (*conuges*). antes de la unión corporal 'spe futurorum, non re presentium' En el Dictum C.28 q.1 p.c. 17 utiliza Graciano la palabra 'ratum' claramente en el sentido de 'consumatum', como se desprende especialmente de su última frase.

18 Plöchl (supra n. 16) 33-43.

19 Respecto de muchas cuestiones, la obra de J. Freisen es como siempre imprescindible, aunque en varios detalles anticuada: *Geschichte des kanonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenliteratur* 2 ed. (Paderborn 1893 = Aalen 1963).

20 J. F. von Schulte, Paucapalea, *Summa über das Decretum Gratiani* (Giessen 1890 = Aalen 1965) pp. 114 ss.

21 Véanse nuestras aportaciones (también aprovechando la literatura más temprana): 'Magister Rolandus und Papst Alexander III', AKKR 149 (1980) 3-44.

22 F. Thaner, *Summa magistri Rolandi* (Innsbruck 1847 = Aalen 1962) 132 ss., al final de C.27 q.2. Un exacto análisis de la transcripción manuscrita de su *Summa* da como resultado que Thaner ha revisado continuamente las formulaciones de sus opiniones. Así usó p.e. inicialmente también la palabra *ratum* para *consumatum*, como lo hizo Graciano (C.28 q.1 p.c. 17) al explicar C.27 q.2 c.17, lo que se ha mantenido sin embargo solamente en un manuscrito: véase Weigand, 'Magister Rolandus' (supra n. 21) p. 16.

constituye el *sacramentum Christi et ecclesiae*, no significan para él evidentemente ninguna prueba para tales consecuencias<sup>23</sup>.

*Omnebene* cuenta en el año 1156 en su *Abbreviatio Decreti* la afirmación (que fue divulgada en su tiempo en Bolonia) de que el Papa Inocencio II había sancionado esta costumbre: ‘hoc dicunt confirmatum esse auctoritate Innocentii secundi’<sup>24</sup>. Evidentemente una tal afirmación (Inocencio había muerto tan sólo en el año 1143) resultó ser imposible de probar, y por tanto falsa. Por eso Rufino en su *Summa* de 1164, según se la puede fechar a tenor de los conocimientos más recientes<sup>25</sup>, ha fabricado un texto concluyente al modo del Pseudo-Isidoro. También con esto Rufino se muestra como uno de los defensores más determinantes de la teoría del coito. Él gradúa la diferenciación de Graciano en *matrimonium initiatum* y *consumatum* como una *sacra distinctio* y polemiza contra innovadores, los cuales, con la ayuda del derecho romano (‘de faretra regis Babilonis’ escribe él) habían inventado una ‘nova fabula’, distinguiendo entre un *consensus de praesenti* y uno *de futuro*<sup>26</sup>. Como prueba supuestamente contundente aporta Rufino finalmente una decretal de ‘Alexander para et martyr’, la cual evidentemente él mismo se inventó. Después de citar Ef.5, 32, dice allí finalmente: ‘Nisi ergo per maris et femine legitimam coniunctionem duo una caro efficiantur, certum est quod nullum inter eos coniugii erit sacramentum’<sup>27</sup>.

Mientras que Johannes Faventinus en estos puntos (como tantas veces) sigue literalmente a Rufino<sup>28</sup>, Stephan de Tournai (que estudió en Bolonia y figura como fundador de la escuela canonista francesa) no se decide claramente entre la teoría de la cópula y la del consentimiento, las cuales pone una al lado de la otra como equivalentes<sup>29</sup>. La última se afirma, como se sabe, en todas las obras posteriores de la escuela francesa, así que me puedo ahorrar justificantes para ella.

23 Más tarde, probablemente no antes de 1600, ha defendido en su doctrina la fórmula de compromiso, como nos ha llegado en diversas *Quaestiones* y en el *Fragmentum Cantabrigiense*, diciendo que la *pactio coniugalís* sólo causa un matrimonio (indisoluble) cuando está reforzada por un acto de aseguramiento como lo es el *iuramentum* o la cópula: *ibid* pp. 41-43.

24 Véase R. Weigand, ‘Die frühen kanonistischen Schulen und die Dekretabbreviatio Omnebenes’, AKKR 155 (1986) 72-91, esp. p. 86. Allí también en n. 29 una glosa temprana que afirma lo mismo.

25 Edición H. Singer, Rufinus von Bologna, *Summa Decretorum* (Paderborn 1902 = Aalen 1963). La nueva datación por A. Gouron con razón se apoya (al lado de criterios históricos literarios) sobre todo en la indicación del año en D.54 c.2 (ed. 139), la cual Singer p. CXVII dejó rápidamente de lado: ‘Sur les sources civilistes et la datation des Sommes de Rufin et d’Etienne de Tournai’, BMCL 16 (1986) 55-70, esp. pp. 67-69.

26 Edición Singer p. 440. La polémica contra los innovadores va hasta la p. 449.

27 Allí mismo pp. 448 ss.

28 Freisen, *supra* n. 19, imprime este texto p. 183. La *Coll. Lipsiensis* 59.6 nos transmite este texto. Nosotros lo hemos encontrado además hasta ahora en cuatro manuscritos como decretales: ‘Fälschungen als Palae im Dkret Gratians’ (*supra* n. 15) p. 315.

29 A C.27 q.2 pr.: véase la edición parcial de J. F. v. Schlte, Stephan von Doornick, *Die Summa über das Decretum Gratiani* (Giessen 1891 = Aalen 1965) pp. 235 ss.

3. Al Papa Alejandro III (1159-81) se le considera generalmente como el hombre por cuyas decretales se había llegado a un compromiso entre las dos escuelas, sancionando ciertamente en principio la teoría del consentimiento de la escuela francesa, pero no conectando sin embargo la celebración del matrimonio con su absoluta indisolubilidad. Al menos en el caso de la entrada en un convento de un cónyuge y en el caso de *affinitas superveniens* (eventualmente por dispensa papal) podría disolverse un matrimonio todavía no celebrado. A pesar de la dificultad de fechar con exactitud muchas de sus decretales, hay que distinguir tres o cuatro períodos, en las que Alejandro daba instrucciones un tanto dispares, como lo ha demostrado Ch. Donahue hace pocos años<sup>30</sup>. No es seguro si hubo en verdad un período así llamado romano-italiano. Desde 1165-1173/74, el Papa seguía en todo caso las opiniones de la escuela francesa, seguramente a causa de los conocimientos adquiridos durante su prolongada estancia en Francia. En los años siguientes valoraba fuertemente la circunstancia de cuáles de los matrimonios en cuestión se habían celebrado con las formalidades correspondientes, mientras que aproximadamente en los últimos cuatro años alcanzó el mencionado compromiso entre ambas escuelas.

El papa siguiente, Lucio III, siguió nuevamente la teoría de la cópula. En la Decretal *Quesitum est* (JL 15176) permitió a un hombre que se había casado con una mujer e incluso le había jurado casarse con ella, cuando la dote fuera pagada, pero que luego se había casado con otra y había tenido relaciones sexuales con ella, quedarse con la segunda mujer ya que era mejor tener relaciones sexuales sólo con una mujer que con dos mujeres.

Este decretal sólo se nos transmitió en la *Coll. Lipsiensis*<sup>31</sup> proveniente de Bernardo de Pavía, quien además fue el único que hizo suya la antes citada falsificación de Rufino. Esto es tanto más remarcable cuanto Bernardo en su obra temprana 'de matrimonio' habla una vez del 'doctor meus Hugo', con lo cual se alude a Hugo de St. Victor<sup>32</sup>. Al parecer Bernardo estaba al principio también a favor de la escuela de París y de la teoría del consentimiento, aunque había estudiado en Bolonia. Más tarde, sin embargo, se retractó en parte expresamente de las opiniones antes dichas, borró el trozo ahora mencionado de

30 Ch. Donahue, 'The Dating of Alexander the Third's Marriage Decretals', ZRG Kan. Abt. 68 (1982) 70-124.

31 Coll. Lips. 59.16, edición Friedberg, *Quinque Comilationes antiquae* p. 206. Respecto de la paternidad literaria de Bernardo véase P. Landau, 'Die Entstehung der systematischen Dekretalensammlungen und die europäische Kanonistik des 12. Jahrhunderts', ZRG Kan. Abt. 65 (1979) 120-148, esp. pp. 135 ss.

32 E. A. Th. Laspeyres, *Bernardi Papiensis Summa Decretalium* (Regensbur 1860 = Graz 1956) p. 291. Nosotros nos afirmamos antes y ahora en la autenticidad de este pasaje, tal y como lo hemos fundamentado en nuestro *Bedingte Eheschliessung* (supra n. 15) p. 241 n. 2 (242-243), excepto la referencia del 'doctori meo Hugoni' a Hugo de St. Victor, la cual F. Cantelar ha ratificado: 'Bernardus Papiensis: "Doctor meus Hugo"'. Huguccio de Pisa o Hugo de San Victor?', ZRG Kan. Abt. 55 (1969) 448-457. Bernardo puede aquí llamar maestro suyo a Hugo sólo en un sentido más amplio, puesto que no puede haberlo oído por razones de tiempo. Un falsificador (posterior) sería todavía más improbable como oyente directo de Hugo.

su *Summa* matrimonial para la segunda recensión y se hizo partidario de la teoría de la cópula<sup>33</sup>.

Huguccio se opuso en los años 1180 en su *Summa Decreti* vehementemente contra ésta ‘pessima consuetudo’<sup>34</sup> y contribuyó esencialmente a que se aceptara en principio, por fin, también en Bolonia la teoría del consentimiento. Al mismo tiempo que Huguccio, sin embargo, pudo Benencasa en sus *Casus* citar todavía esta *consuetudo* bononiense como ejemplo de que en una región, como derecho consuetudinario, regía un derecho diferente que en otras regiones<sup>35</sup>. Solamente el alumno de Huguccio, Inocencio III, mandó en 1200 en una decretal al obispo de Modena, y logró también su propósito, de que en aquella diócesis, y con ello también en general, se abandonara la teoría de la cópula, y que se aceptara la teoría del consentimiento según la cual sólo el intercambio del consentimiento de los cónyuges causa el matrimonio, y que con ello mientras vivan cualquier otro matrimonio es jurídicamente ineficaz<sup>36</sup>. Sólo una excepción reconoció Inocencio III, a saber la posibilidad de disolver el matrimonio todavía no celebrado por entrada en el convento de uno de los cónyuges. En este caso el *matrimonium spirituale* tenía preferencia al *matrimonium carnale*<sup>37</sup>. Aunque Inocencio III estaba muy convencido de su *plenitudo potestatis*, no se consideró autorizado para poder disolver el vínculo de un matrimonio todavía no celebrado. Esto lo manifestó también frente al Rey francés Felipe II<sup>38</sup>. Con lo cual la teoría del consentimiento desde el punto de vista oficial eclesiástico quedaba aceptada en el nudo central.

A partir del siglo XV, comenzó a surgir bajo Martín V poco a poco la práctica de que los papas en casos especiales disolvieran un matrimonio no celebrado según el vínculo y permitieran una nueva celebración matrimonial, primero cuando en la celebración matrimonial la posibilidad de la descendencia estuviese expresamente excluida<sup>39</sup>.

Durante las controversias acerca del principio del consentimiento se habló cada vez más frecuentemente de la pluridimensional sacramentalidad del matrimonio. La opinión más representada en Bolonia fue la de que un matrimonio consentido, pero todavía no celebrado, simbolizaba la unión de Dios con el alma humana, el cual en ciertos casos podría todavía disolverse, así como el hombre

33 Compárese la edición de Laspeyres p. 302 con p. 177 ‘licet aliud dixerim...’. Observado ya por Freisen (como n. 19), pp. 201 y 354.

34 En su comentario a C.27 q.2 p.c. 45 v. *concedatur* habla de que por la gracia de Dios y la autoridad de Alejandro III y de Urbano III ‘hec pessima consuetudo abolita est’, la cual todavía hoy manchaba a Bolonia y algunas otras ciudades. También el Papa Lucio había defendido esta nociva doctrina, como lo demostraba la decretal ‘Quaesitum’ (JL 15176, Coll. Lips. 59.16); (Vat. lat. 2280 fol.264vb).

35 El justificante véase in *nuestra* aportación: ‘Die Rechtslehre der Scholastik bei den Dekretisten und Dekretalisten’, *La norma en el derecho canónico* 1 (Pamplona 1979/80) p. 109.

36 Poth. 1238, X 4.4.5.

37 Poth. 2651, X 3.32.14.

38 Véase p.e. *Gandemet* (supra n. 9) pp. 205 y 246 y la allí citada literatura.

39 K. A. Fink, ‘Früke urkundliche Belege für die Auflösung des matrimonium ratum non consumatum durch päpstliche Dispensation’, ZRG Kan. Abt. 46 (1960 443-442).

podría por medio del pecado mortal apartarse de la unión con Dios. Sólo el matrimonio celebrado simbolizaba la unión indisoluble de Cristo con su Iglesia <sup>40</sup>.

4. Un gran papel jugaba el principio del consentimiento, en mi opinión, en el nacimiento y reconocimiento del matrimonio condicional, y fue realzado justamente por ello con más precisión. Max Hussarek v. Heinlein, el último presidente del Gobierno austríaco en 1918, manifiesta ciertamente, en su muy relevante tesis doctoral del año 1892, respecto de este tema, la opinión de que el matrimonio condicional fue desarrollado como ‘una construcción de la ciencia teórica’ por parte de los teóricos, partiendo de la naturaleza del contrato de la celebración matrimonial, y que sólo había tenido ‘una vida fantasmal’ ya que ‘basaba su existencia sólo en necesidades imaginadas’ <sup>41</sup>. Como se verá, esto no fue así.

Ya que Graciano había preguntado si un creyente podía casarse con una no creyente bajo la condición de su conversión (C.32 pr., q.8), esta posibilidad fue contestada afirmativamente por los decretistas incluyendo el canon 31 del Concilio de Laodicea, aunque para un sector sólo en lo que se refiere a una promesa matrimonial <sup>42</sup>.

Alrededor de 1180 esta condición se consideró incluso como una condición ineludible para la celebración matrimonial correspondiente, y se acuñó por primera vez para este caso la expresión ‘conditio sine qua non’ <sup>43</sup>, expresión que hoy en día se usa todavía a menudo sin que se sepa cuál es su exacto origen <sup>44</sup>.

Ya Omnebene tenía en 1156 sus preocupaciones de que la posibilidad de un matrimonio bajo la condición podría llevar a abusos. Por eso creó un canon (*Quicumque*) y lo atribuyó a un Concilio africano <sup>45</sup> que dice: si alguien se ha casado bajo una condición (*desponsaverit*) y luego quiere abandonar a su mujer a

40 Algunos ejemplos en Weigand, ‘Liebe und Ehe bei den Dekretisten des 12. Jahrhunderts’, *Love and Marriage in the Twelfth Century* (Mediaevalia Lovaniensia Studia 8; Leuven 1981) 41-58, esp. pp. 55-58.

41 Hussarek von Heinlein, Max Ritter, *Die bedingte Eheschliessung. Eine canonistische Studie* (Wien 1892) p. VI, VII; compárese también p. 50.

42 C.28 q.1 c.16 en el Decreto. Las diversas etapas de este desarrollo están documentadas en nuestro *Bedingte Eheschliessung...* 1 (supra n. 15) pp. 97-241.

43 Allí mismo p. 183 parágrafo 109, p. 190 parágrafo 119, p. 191 parágrafo 124, p. 206 parágrafo 143 (Huguccio).

44 Mi colega de Würzburg, Günter Spendel, tuvo que andar totalmente a tientas p.e. en sus investigaciones históricas de derecho respecto de la fórmula condicio-sine-qua-non: *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte. Eine kritische Untersuchung der Conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht* (Herborn 1948) p. 15: ‘Se dice que la expresión concisa latina incluso para la designación de la ineludible condición previa para algo estaba en uso desde el siglo XVIII’.

45 Respecto de esta Palea *Quicumque* C.27 q.2 c.8 véase nuestro análisis y pruebas en *Die Bedingte Eheschliessung* (supra n. 15) pp. 103-105. La indicación de que probablemente proviene de Omnebene, en nuestra disertación: ‘Die frühen kanonistischen Schulen’ (supra n. 24) pp. 85 ss. En nuestras investigaciones Fälschungen... (supra n. 15) pp. 314 ss. hemos probado documentalmente que sólo existe en 20 de 140 manuscritos investigados de decretales tempranas.



causa del incumplimiento de la condición, entonces no hay que hacer caso a la condición y la desponsatio tiene que cumplirse ineluctablemente. En la siguiente y complicada fase de desarrollo tuvieron importancia varias decisiones papales en casos concretos, o sea, no sólo en elucubraciones teóricas. Alejandro III declaró en la decretal *De illis* que un compromiso matrimonial jurado que se formuló bajo condición de una cierta dote no obligaba a nada si el dinero luego no se pagaba<sup>46</sup>. Aparte del caso aquí citado de una cierta dote, que se daba a menudo en la práctica, también jugaba un papel importante la condición de la aprobación del padre (o de otros parientes). Urbano III<sup>47</sup> e Inocencio III<sup>48</sup> tuvieron que aclarar cada uno un caso práctico de esta índole. Urbano se remite ex profeso en su decisión al principio del consentimiento, utilizando para su resolución una regulación lingüística de Sicardo de Cremona diciendo que el consentimiento tenía que ser 'liber in voluntatibus'<sup>49</sup>, o sea libre de violencia y condición. En consecuencia un consentimiento matrimonial encajado en la decisión de otra persona no podría ser llamado consentimiento libre. Aunque por ejemplo Huguccio, quién había formulado tan claramente el significado de la voluntad de contraer matrimonio en otros aspectos, no quiso reconocer como obligatoria esta decisión de Urbano<sup>50</sup>, desde entonces la condición del conocimiento del padre (o de otro) al menos fue reconocida como efectiva en el caso de matrimonio, a causa del principio del consentimiento. Y a partir del siglo XIII se declararon obligatorias las condiciones permitidas.

Aunque a menudo los canonistas argumentaron con la naturaleza de contrato respecto de la celebración de un matrimonio, el principio del consentimiento era, sin embargo, la fundamentación más profunda. Sobre todo en la práctica, la voluntad libre del ser humano era también aquí decisiva, por ejemplo, cuando el hombre se casaba con la mujer, sólo si ella de hecho no había tenido relaciones sexuales con otro hombre, o si él prometía el matrimonio (futuro) si ella accedía a tener ya relaciones sexuales con él.

¿Cómo se debe de calificar un consentimiento de este tipo? ¿Se valorará como promesa de matrimonio, de manera que a causa de las consiguientes relaciones sexuales no podría originar un así llamado *matrimonium praesumptum*?

46 JL 14043, X 4.5.3, a finales del papado de Alejandro III: véase nustr. *Bedingte Eheschliessung* (supra n. 15) pp. 178-181. En este libro se muestran y documentan todos los detalles del desarrollo.

47 JL 15729, X 4.5.5. Respecto de esta decretal y su complicada explicación de la antes mencionada decretal de Alejandro III, véase nustr. *Bedingte Eheschliessung* (supra n. 15) pp. 197-203. Como se apunta en la *Summa Reginensis*, Urbano tomó esta decisión a propuesta de los obispos de Ravenna y Faenza (probablemente Johannes Faventinus) en contradicción con las opiniones de los cardenales, allí mismo pp. 218 y 221.

48 Potth. 1968 del 14.7.1203, X 4.5.6, explicación en nuestro *Bedingte Eheschliessung* (supra n. 15) pp. 286-290.

49 Comprobaciones en nuestro *Bedingte Eheschliessung*, pp. 171-176 y 199.

50 'Set securius dicitur quod siue predicta conditio siue alia honesta apponatur, cum quis contrahit cum aliqua per uerba de presenti, ualet et tenet matrimonium siue adimpleatur siue non. Pure enim intelligitur consentire, ut C. XXVII q.ii.c. Quicumque.'

A C.28 q.1 c.16: Vat lat. 2280 fol 268 va. Más detalles en nuestro *Bedingte Eheschliessung*, pp. 203-218. En este libro se hallan también las comprobaciones para las declaraciones siguientes.

Tanto la casuística múltiple en las *summas poenitenciales*<sup>51</sup> como también cualquier libro de derecho de la Edad Media<sup>52</sup>, así como la ya mencionada *palea Duobus modis* que cita como ejemplo para un compromiso matrimonial: me casaré (más adelante) contigo si me permites ahora relaciones carnales<sup>53</sup>, dejan de entever hasta qué punto los cónyuges estaban convencidos de poder contraer matrimonio según su propia voluntad. Así también lo formula Helmholtz respecto de Inglaterra: se tomaron la libertad 'to regulate their own matrimonial arrangements'<sup>54</sup>.

Para poder controlar al menos parcialmente estos arreglos privados y prevenir al mismo tiempo la formación de 'matrimonios naturales' o sea concubinatos, fue ordenado desde el siglo XIII al XV en Inglaterra y también en la Normandía en múltiples casos, cuando se daba un concubinato de larga duración, oficialmente un matrimonio bajo condición<sup>55</sup>.

El hombre, por ejemplo, a veces bajo juramento, tenía que declarar: 'Hic accipio te in uxorem meam si ex nunc cognoscam te carnaliter'. La mujer a su vez tenía que declarar o jurar: 'Ego accipio te ex nunc in meum, si a te de cetero fuero cognita carnaliter'. Con estos decretos se creó un medio muy eficaz, aunque problemático y no indiscutido, para la lucha contra el concubinato en la Iglesia Inglesa, como lo demuestra el comentario siguiente respecto del correspondiente decreto del sínodo de Exeter: 'Nota quod hec constitutio est contra iura et naturalem equitatem, quia de iure libera debent esse matrimonia et sponsalia'<sup>56</sup>.

En no pocos procesos matrimoniales las personas involucradas tenían que aceptar que habían dado su consentimiento ordenado al matrimonio condicional y que estaba en su mano o bien ratificar el matrimonio por el trato carnal o bien no hacerlo<sup>57</sup>. En todo caso, esta práctica no era del todo compatible con el principio del consentimiento, así como tampoco lo era el *matrimonium praesumptum* (Gregorio IX en X 4.1.30), según el cual se suponía irrevocablemente un matrimonio cuando después del compromiso matrimonial hubiese habido trato

51 Véase nuestro *Bedingte Eheschliessung*, passim, especialmente pp. 398-410.

52 Ejemplos de los Libros de Historia de Ratisbona ofrece nuestra disertación: *Die Rechtsprechung* (supra n. 7) pp. 415 ss., 443-448. Además: 'Zur mittelalterlichen kirchlichen Ehegerichtsbarkeit. Rechtsvergleichende Untersuchung', ZRG Kan. Abt. 66 (2981) 213-247.

53 Esta condición 'si permiserit eum rem secum habere' parece haberse dado muy a menudo en la praxis, porque se la cita ya a principios del siglo XII en el cap. *Duobus modis* (véase en n. 15) como ejemplo para un compromiso matrimonial. También Inocencio III tenía que juzgar en su escrito (Poth. 4379) un caso similar (X 4.1.26).

54 Helmholtz, *Marriage Litigation* (supra n. 7) p. 51.

55 Comprobaciones para esto en nuestro *Die bedingte Eheschliessung im kanonischen Recht II*, Zur weiteren Geschichte der bedingten Eheschliessung, Rechtslehre, Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich (Münchener Theol. Studien III tomo 39; St. Ottilien 1980) 58-62, además M. M. Sheehan, 'Marriage Theory and Practice in the Conciliar Legislation and Diocesan Statutes of Medieval England', *Medieval Studies* 40 (1978) 408-460, esp. 446-448.

56 Impreso en: *Councils and Synod*, ed. F. W. Powicke and C. R. Cheney 2 (Oxford 1964) 999 n. 4.

57 Algunos ejemplos ofrece M. M. Sheehan, *The Formation* (supra n. 7) 254 ss.

carnal<sup>58</sup>. (Fue abolido por el decreto de inquisición del 15.2.1892 en su totalidad.) Sin embargo, la Iglesia así lo mantuvo por causa de la moralidad pública durante mucho tiempo.

5. De modo similar a los ejemplos antes descritos, cuando la Iglesia aplicó el principio del consentimiento desigualmente, así también en dos ámbitos parciales conectados con el consentimiento condicional se ha comportado durante largo tiempo de manera algo desigual. Ambos supuestos los ha regulado Gregorio IX en 1234 en su legislación en el cap. *Si conditiones* en el Liber X 4.5.7 conjuntamente con las opiniones en boga de los eruditos de su tiempo: condiciones inmorales o imposibles se tienen por no puestas; 'debeant pro non adiectis haberi'<sup>59</sup>. Los canonistas no hablaron de una *fictio iuris*, como podrían inspirar las palabras, sino que consideraban simplemente ineficaces estas condiciones, sin reflexionar acerca de la compatibilidad de esta disposición con el principio del consentimiento.

En el siglo XIV, los teólogos Durandus de Sancto Porciano y Petrus de Palude vieron en esto una contradicción respecto del principio del consentimiento, ya que en el no cumplimiento de esta condición (siempre supuesta su seriedad) sencillamente no se daba un consentimiento eficaz para este matrimonio<sup>60</sup>.

Y sólo después de un proceso muy largo y laborioso de desarrollo se formó en la Edad Moderna la opinión de que la disposición de Gregorio IX tiene que ser considerada fácticamente tan sólo como una *praesumptio iuris*, que admite la prueba en contrario, ya que si no fuera así, el principio del consentimiento no quedaba salvaguardado. Así se interpretó después también esencialmente el correspondiente c.1092, 1.º, del Codex de 1917, el cual ha tomado casi literalmente la formulación de Gregorio IX sobre este punto decisivo<sup>61</sup>. En el Codex de 1983 esta disposición (en el c.1102) ya no queda reflejada.

Las condiciones que vayan dirigidas contra la sustancia del matrimonio no permiten una realización válida del mismo, como ya se ha reconocido muy claramente hacia finales del siglo XII. En tales casos un elemento esencial del matrimonio simplemente ni se afirma ni se excluye directamente. Huguccio ha constatado muy agudamente que ya la introducción unilateral secreta de una condición de este tipo o la intención correspondiente causa la nulidad del matrimonio, aunque para este caso la mayoría de los autores opinaban de manera diferente. Y así declaró: 'Ego autem dico quod non est, licet probari non possit, sicut dico ibi non est matrimonium ubi non est consensus animorum, licet ore dicant se consentire'<sup>62</sup>.

58 Véase J. Mullenders, *'Le Mariage présumé'*, (*Analecta Gregoriana* 181; Roma 1971).

59 Véase nuestro *Bedingte Eheschliessung* II (supra n. 55), 245-250; allí se encuentran también las comprobaciones para las manifestaciones siguientes.

60 Allí mismo, pp. 250-257.

61 Véase Llamazares Fernández, *Condición y matrimonio en el derecho canónico* (León 1976) 179-192.

62 Véase Hussarek (supra n. 41) 69-86; Weigand (supra n. 15) 211.

Gregorio IX dispuso también oficialmente en el citado cap. *Si conditiones* (X 4.5.7), que la celebración del matrimonio carecía de toda eficacia en tales casos, a saber, cuando se le añade un condición contra la descendencia, contra la indisolubilidad del matrimonio (por ejemplo hasta que encuentre otra mujer mejor) o contra la unidad (por ejemplo, si tú estas dispuesta a prostituirte). En la teoría y en la práctica, sin embargo, se intentó reducir estas causas de nulidad lo más posible. Había que atenerse a las opiniones de los conocidos canonistas Inocencio IV y el Hostiensis<sup>63</sup>. Ellos enseñaron que sólo se producía una invalidez del matrimonio cuando uno de los cónyuges hacía suya esta condición contra el matrimonio.

Si la mujer se oponía o sólo callaba, había que mantener la validez del matrimonio. Hostiensis incluso opinaba que había que predicar más a menudo acerca de este asunto y que había que adoctrinar debidamente a las mujeres<sup>64</sup> para protegerlas y para evitar al mismo tiempo matrimonios inválidos.

Hasta muy adelantados los tiempos modernos se exigía para la eficacia de una condición de este tipo el cumplimiento de lo siguiente: 'in pactum deductum', o sea, que tenía que ser por ambas partes declarada al contraer matrimonio<sup>65</sup>. Sólo en los últimos siglos fue también aceptada y reconocida según el principio del consentimiento, al menos en principio, la idea de la introducción unilateral de una tal condición y su consecuencia negativa para el matrimonio, supuesto que la prueba se pudiera llevar a cabo. Teniendo en cuenta que en los años treinta de este siglo se amontonaron las sentencias de nulidad a causa de falta de consentimiento, las cuales habían sido fijadas por escrito en el c.1086 parágrafo 2 y 1092 n. 2 del *Codex* antiguo, Pío XI había sopesado en 1938 la posibilidad de prohibir en general la constatación oficial de la nulidad en un matrimonio por falta de consentimiento, si los cónyuges habían cohabitado al menos durante seis meses<sup>66</sup>. Bajo Pío XII estas ideas no cuajaron, pero se puso más énfasis en una preparación para el matrimonio y también se incluyeron preguntas detalladas al respecto en el protocolo de examen de los novios, para así, al menos pastoralmente, hacer el máximo para corregir estas deficiencias de la voluntad<sup>67</sup>. A pesar de ello, la avalancha de las declaraciones de nulidad matrimoniales se ha acrecentado por estas causas. Pero por el bien del principio del consentimiento, y para no condenar desconsideradamente a nadie a permanecer en un matrimonio inválido, la Iglesia sigue soportando una cierta cantidad de abusos, aunque esto se pueda considerar casi como una puerta falsa

63 Comprobaciones en Weigand, *Bedingte Eheschliessung* II (supra n. 55) 247-249.

64 Henrici de Segusio Cardinalis Hostiensis: *In Quartum Decretalium librum Commentaria* 4.5.7. v. contra substantiam (Venetiis 1581 = Torino 1965) fol. 17rb.

65 Detalladamente p.e. Thomas Sánchez, *De sancto matrimonii sacramento disputationum...* Tomus primus, lib. 5, disp. 9-14 (Lugduni 1669) 413-419.

66 Véase rerum scriptor: 'Incipit lamentatio uinculi', *Apollinaris* 12 (1939) 348-389, y V. Bartocetti, 'Codices I.C. emendatio a S.P. Pio XI. circa leges et causas matrimoniales disposita anno 1928', *RDC* 10/11 (1960/61) 9-23.

67 Instrucción de la congregación de sacramentos: 'Sacrosanctum matrimonii institutum', *AAS* 33 (1941) 297-318, especialmente 304 y 312.

de escape para soslayar la indisolubilidad del matrimonio, y pueda utilizarse para ello.

6. Finalmente, quiero todavía llamar la atención sobre algunas otras consecuencias del principio del consentimiento, de las cuales sin duda varias han sido reconocidas ya en la Edad Media, aunque se apliquen últimamente con mucha mayor extensión.

a) Mientras que el derecho romano consideraba negocios jurídicos forzados como válidos, pero anulables, o sea impugnables, y mientras que esto también es aplicable en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, para la Iglesia este camino era prohibitivo respecto del matrimonio, ya que tenía que mantener el principio de su indisolubilidad según el mandamiento del Señor<sup>68</sup>. Por tanto, desde Graciano se consideró como consecuencia del desarrollo de la conciencia jurídica que era inválido un matrimonio forzado por influjo de miedo grave ilegítimo y extremo, de modo que no quedara otra alternativa que la celebración del mismo<sup>69</sup>. Pero una declaración de nulidad era sólo posible cuando o bien no hubo ninguna relación sexual o al menos ésta fue involuntaria<sup>70</sup>. Sólo en la jurisdicción eclesiástica de este siglo se pasó poco a poco a tener en cuenta cada vez en mayor grado los elementos subjetivos, y por tanto declarar sólo en ocasiones y condicionalmente un matrimonio nulo por esta causa, incluso cuando había existido (en armonía aparente) durante muchos años, por ejemplo, porque la presión exterior seguía existiendo o se había interiorizado durante largo tiempo de tal manera, que alguno de los cónyuges no se había podido liberar durante años de la anterior influencia del miedo<sup>71</sup>.

Un parecido impedimento matrimonial, o sea el del raptó de la mujer (*raptus*) no tenía, como en el derecho romano, primariamente como objeto la protección del derecho público (en el derecho romano estaba castigado con la pena de muerte) sino que este impedimento debía de asegurar la libertad de la mujer para contraer matrimonio en un tiempo, cuando sólo poco a poco la mencionada falta de voluntad respecto de la influencia del miedo se hacía más claramente visible<sup>72</sup>.

b) El matrimonio de enfermos mentales (en latín antes llamados casi siempre *furiosi*) siempre fue considerado en principio inválido, porque ellos por falta de uso de razón no podían aportar el necesario consentimiento<sup>73</sup>. Aunque,

68 Véase Mc. 10.2-12; Mt. 5. 31 s., 19.3-12; 1 Cor. 7. 10-11.

69 Freisen (supra n. 19), 257-276.

70 N. Ruf, *Durcht und Zwang in kanonischen Eheprozess unter besonderer Berücksichtigung der Ehesimulation* (Freiburger Theolog. Studien 80; Freiburg 1963).

71 Consideraciones contra una aplicación excesiva de esta razón de acción judicial ofrece H. F. Reinhardt, 'Zur Frage des Ausschlusses einer Nichtigkeitklage wegen Furcht und Zwang nach Wegfall der Zwangslage und einer bestimmten Zeit ehedemgemeinschaftlichen Lebens', OAKKR 25 (1974) 40-67.

72 Véase Freisen (supra n. 19) 581-615. B. Testacci, *La difesa della libertà matrimoniale della donna nell' impedimento di raito (Can. 1074 CIC)* (Roma 1962).

73 Cf. C.32 q.7 c.26 y los correspondientes comentarios: Freisen (como n. 19) 227 ss, 356, 360.

por ejemplo, en el CIC de 1917 a este respecto no constaba ninguna específica disposición de derecho eclesiástico, la judicatura anterior no se diferenció de la actual, después de que ahora en el nuevo Codex expresamente se dice en el c.1095 n. 1 que los que no disponen del suficiente uso de razón no son capaces para contraer matrimonio. En los números 2 y 3 del mismo c.1095 del nuevo Codex dos consecuencias adicionales se sacan del principio del consentimiento, las cuales anteriormente habían sido tenidas en cuenta a lo sumo incipientemente. Se exige a la vista de la importancia de la celebración de un matrimonio una capacidad clara de juicio respecto de los derechos y obligaciones que se contraen. Una deficiencia grave de juicio excluye un consentimiento matrimonial válido e impide la celebración matrimonial<sup>74</sup>. Como se comprenderá fácilmente, no se puede exponer aquí detalladamente qué perturbaciones de la personalidad, obsolescencias o situaciones conflictivas entran aquí en juego.

Cuando alguien por razones de particularidades psíquicas no es capaz de asumir obligaciones matrimoniales fundamentales (imposibilidad de cumplimiento), tampoco puede contraer matrimonio válidamente. Bajo este aspecto caen alteraciones graves de la personalidad y del comportamiento que no tienen que estar situadas sólo en el ámbito psíquico-sexual, como por ejemplo la ninfomanía o la homosexualidad acentuada.

c) Puesto que la capacidad de percepción y la ignorancia o el error influyen fuertemente en la voluntad y la restringen, el error en la persona fue reconocido siempre como invalidante respecto del matrimonio desde la formación de un compacto derecho matrimonial eclesiástico en los siglos XI y XII<sup>76</sup>. Sólo *un error cualitativo* fue irritante desde la Edad Media hasta 1983: el error sobre la condición de esclavo del cónyuge<sup>77</sup>. En cambio, el *error qualitatis redundans in errorem personae* estaba teóricamente definido con claridad, pero en la práctica difícilmente cognoscible y demostrable.

En las últimas décadas se llegó a una más amplia aplicación de este error en la jurisprudencia<sup>78</sup>, aplicación que anticipó de algún modo la nueva versión del c.1097 parágrafo 1 del nuevo Codex: un error acerca de una cualidad característica de una persona sólo invalida el matrimonio, cuando esta cualidad es pretendida directa y sustancialmente. Cuando, por ejemplo, la virginidad de la

A. Dordett, *Eheschliessung und Geisteskrankheit. Eine Darstellung nach der Rechtsprechung der Sacra Romana Rota* (Wien 1977).

74 Véase A. Mendonca, 'The Effects of Personality Disorders on Matrimonial Consent', *Studia Can.* 21 (1987) 67-123; E. Tejero, 'La discreción de juicio para consentir in matrimonio', *IC* 22 (1982) 44, 403-534.

75 Mencionaremos de la abundante literatura a K. Lüdicke, *Psychisch bedingte Eheunfähigkeit. Begriff-Abgrenzung-Kriterien* (Frankfurt 1978); J. Weber, *Erfüllungsunvermögen in der Rechtsprechung eines neuen Ebenichtigkeitsgrundes in der katholischen Kirche* (Regensburg 1983).

76 Cf. C.29 q.1 y Freisen (supra n. 19) 276-306.

77 Cf. C.29 q.2 y los respectivos comentarios.

78 W. Dalton, *Error redundans: A Look at Some Recent Jurisprudence*, *Canon Law Soc. Newsletter* (London 1981) 9-33; A. Dordett 'Error qualitatis in personam redundans', *OAKKR* 30 (1979), 590-600.

prometida en este sentido es pretendida directamente, o cuando el matrimonio se realiza con la finalidad de reconocer el hijo venidero como hijo propio y de antemano legitimarlo, entonces en el caso de un error sobre estos puntos el matrimonio es nulo<sup>79</sup>.

d) También habría que contemplar aquí en el ejemplo citado un engaño malicioso, el cual invalida según el c.1098 del nuevo Codex el matrimonio, en el caso de que se dé un engaño a sabiendas sobre el embarazo, sobre una existente y conocida esterilidad o sobre enfermedades venéreas o el SIDA. Según el Codex anterior, sólo entonces se daba en tales casos una invalidez, cuando esta circunstancia, es decir, el estar libre de esta enfermedad, se había puesto expresamente como condición<sup>80</sup>. Ahora, por tanto, la protección en estos puntos desagradables es mayor respecto de sorpresas, y el principio del consentimiento también se ha hecho operante en estas ramificaciones.

De este modo, se produce, al menos visto desde fuera, la situación casi paradójica de que, a pesar de la mucha mayor libertad y amplitud de criterios de la gente joven de hoy, muchos más matrimonios son declarados nulos a causa de cualquier falta de voluntad. La culpa la tiene no sólo una moral más relajada, sino principalmente la aplicación cada vez más consecuente del principio del consentimiento en el derecho matrimonial canónico.

Rudolf Weigand  
Universidad de Würzburg

79 Respecto del derecho nuevo, también del párrafo siguiente, véase M. Calvo Tojo, 'Error y dolo en el consentimiento matrimonial según el nuevo Código de D.C.', *Curso de derecho matrimonial...* 6 (Salamanca 1984) 115-169.

80 Importantes trabajos preliminares para la introducción de esta nueva causa de nulidad ha aportado H. Flatten en diversas publicaciones, a las que se tiene ahora fácil acceso en su presentación recopilada: *Gesammelte Schriften zum kanonischen Eherecht*, ed. por H. Müller (Paderborn 1987).