

# **“INCAPACIDAD PARA CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL”**

## **¿ES PROCEDENTE LA REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 95, 96 Y 98 DEL CÓDIGO CIVIL PARA PREVER LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL Y LOS CASOS DE INCAPACIDAD CONSENSUAL CIVIL?**

**Hugo Manuel González Alarcón**

### **RESUMEN:**

En el presente trabajo el autor, establece una existente imprecisión en el Código Civil respecto a los artículos 95, 96 y 98, sobre los cuales existe un vacío jurídico y la falta de una correcta normativa jurídica que garantice el ejercicio de los derechos de los cónyuges para contraer matrimonio por la falta de formación del consentimiento y casos de incapacidad e impedimentos por cualquier tipo de desorden mental. El autor concluye su investigación con recomendaciones, conclusiones e incluso una propuesta y texto de reforma legal como solución jurídica al problema planteado.

### **PALABRAS CLAVE:**

Matrimonio.- Cónyuges.- Consentimiento.- Nulidad.- Impedimento.- Voluntad.- Demencia.- Vicios del consentimiento.-

### **ABSTRACT:**

In this paper the author establishes an inaccuracy existing in the Civil Code respect of the Articles 95, 96 and 98, on which there is a legal vacuum and lack of proper legal framework that guarantees the exercise of the rights of spouses for marriage by the lack of formation of consent and cases of disability and impairments from any mental disorder. The author concludes his investigation with recommendations, conclusions and even a text proposal and legal reform and legal solution to the problem.

### **KEYWORDS:**

Marriage.- Spouses.- Consent.- Nullity.- Stoppel.- Will.- Dementia.- Vices of consent.-

---

· Doctor en Jurisprudencia, Profesor Invitado de las materias de Civil Personas y Fundamentos del Derecho. Profesor invitado a la Maestría en Derecho de Empresas en la Materia de Marco Legal de Telecomunicaciones. Jefe de División Jurídica de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones. Cursante en la Primera Promoción de la Maestría de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. E-mail: hugomanuelgonzalez@gmail.com

## **INTRODUCCIÓN**

1. Antecedentes de la propuesta
2. Planteamiento de la Hipótesis
3. Objetivo
  - a. General
  - b. Particular
4. Justificación
5. Metodología empleada.

## **CAPÍTULO I EL ACTO HUMANO**

1. Fundamento del Acto de Consentir
2. Psicología del Acto Humano y su Estructura
  - a. El elemento cognoscitivo
  - b. El elemento volitivo
    - i. El acto voluntario en general
    - ii. El acto libre
  - c. El elemento ejecutivo
3. Impedimentos del Acto Humano
  - a. Impedimentos que afectan el aspecto cognoscitivo
  - b. Impedimentos que afectan el elemento volitivo
    - i. Concupiscencia
    - ii. El miedo
    - iii. Las pasiones
    - iv. Hábitos y costumbres
  - c. Impedimentos que afectan el elemento ejecutivo
  - d. Otros Impedimentos del Acto Humano
    - i. Temperamento y Carácter
    - ii. La edad y el sexo
    - iii. La Herencia
  - e. Impedimentos de orden patológico
  - f. Impedimentos de orden sociológicos
  - g. Impedimentos de la Psicología y Psiquiatría Moderna
    - i. Estudio de los diversos tipos de trastorno de la personalidad.

## **CAPÍTULO II LEGISLACION ECUATORIANA VIGENTE**

1. Normas Constitucionales e Instrumentos Internacionales aplicables.
2. Normas del Código Civil
  - a. Estudio de la definición de Matrimonio
3. Determinación de Requisitos de Existencia y Validez
  - a. Requisitos de Existencia
  - b. Requisitos de Validez
    - i. Descripción breve
4. Consentimiento libre y espontáneo

- a. Análisis del Consentimiento en el Matrimonio Civil
- b. Coherencia entre Consentimiento expresado y voluntad interna
- c. Vicios del Consentimiento
  - i. Error en cuanto a la identidad del otro contrayente
  - ii. Enfermedad Mental que prive del uso de la razón
  - iii. Rapto de la mujer, siempre que ésta, al momento de la celebración del matrimonio, no haya recobrado la libertad.
  - iv. Amenazas graves y serias, capaces de infundir un temor irresistible.
5. Análisis de la Incapacidad para consentir en el caso del Demente.
6. ¿Quién puede iniciar la acción de nulidad matrimonial civil?  
Conclusiones respecto del análisis del Consentimiento, su formación y vicios en la Legislación Ecuatoriana.

### **CAPÍTULO III LEGISLACIÓN CANÓNICA**

1. Definición de Matrimonio
2. Análisis del Canon 1095, relativo al Consentimiento Matrimonial y los casos de incapacidad consensual
  - a. Caso de quienes carecen de suficiente uso de la razón
  - b. Caso de quienes tienen grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio.
    - i. Inmadurez afectiva.
    - ii. Falta de Libertad Interna
  - c. Caso de quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica.
3. Proceso de formación del consentimiento desde el Derecho Canónico
4. Áreas de la Psique que se deben estudiar para determinar la incapacidad para consentir.
5. Medios de valoración de la psique humana desde la pericia psicológica y psiquiátrica.
6. ¿Quiénes pueden iniciar la acción?
7. Conclusiones.

### **CAPÍTULO IV COMPARATIVO LEGISLACIÓN DE OTROS PAÍSES**

1. Legislación de los Estados Unidos Mexicanos
2. Legislación de la República Bolivariana de Venezuela
3. Legislación de la República de Colombia
4. Legislación de la República del Perú
5. Legislación de la República de Chile
6. Legislación de la República Argentina
7. Legislación del Estado Plurinacional de Bolivia
8. Legislación de la República del Paraguay
9. Legislación de la República Oriental del Uruguay
10. Conclusiones

**CAPÍTULO V**  
**ESTUDIO DE JURISPRUDENCIAS RESPECTO DE LA**  
**NULIDAD MATRIMONIAL EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

1. Descripción de la investigación
2. Resultados obtenidos de la investigación
3. Conclusiones

**CAPÍTULO VI**  
**RECOMENDACIÓN Y PROPUESTA**

1. Recomendaciones
2. Propuesta de Reforma

-----

**INTRODUCCIÓN**

**1.- Antecedentes de la Propuesta.-**

Las normas que rigen la nulidad matrimonial en el Ecuador están contenidas en el Libro Primero del Código Civil y tienen como características: ser *de derecho estricto*, pues sólo se aplican las causales que se encuentran taxativamente indicadas en las normas aplicables; ser *sui géneris*, pues son distintas de la nulidad absoluta y relativa que se estudia para los demás actos y contratos reglados en el Libro Cuarto del Código Civil; y son de carácter especial pues generan la existencia de una institución particular al matrimonio que es el matrimonio putativo.

El legislador previó en el artículo 95 numeral 5 que, es nulo el matrimonio contraído por el demente; y en el artículo 96 numeral 2 que, es igualmente causa de nulidad del matrimonio la falta de libre y espontáneo consentimiento por parte de alguno o de ambos contrayentes al tiempo de celebrarse el matrimonio. En el primer caso el legislador tomó como *impedimento* para contraer matrimonio el desorden mental más grave (demencia). Este impedimento implica que el sujeto no puede consentir pues su condición no se lo permite. Así el demente es uno de los casos de incapacidad absoluta previstos en el Libro Cuarto del Código Civil y sus actos no generan, ni siquiera, obligaciones naturales.

En el segundo caso, el legislador previó situaciones de deficiencia mental menos graves: “la enfermedad mental que priva del uso de la razón” y lo incorporó en el artículo 96 del Código Civil. Este último trata de las causas que afectan a un libre y espontáneo consentimiento. Estas causas, en Derecho, se conocen como “vicios”.

La Doctrina Jurídica ha desarrollado y explicado que los vicios del consentimiento son: el error, la fuerza y el dolo. Sin embargo resulta incorrecto prever “la enfermedad mental” dentro del artículo de los vicios del consentimiento pues, la voluntad de individuo no estuvo afectada ni por error, ni por fuerza, ni por dolo. Más bien esa voluntad, para el acto o contrato, nunca pudo formarse en debida forma, producto de la misma situación de la psiquis.

Así mismo, el artículo 98 del Código Civil prevé que la acción de nulidad matrimonial, podrá ser iniciada por el Ministerio Público o por los cónyuges, si se fundare sobre defectos esenciales de forma o los impedimentos dirimentes señalados en el artículo 95; pero si se fundara en los vicios del consentimiento, previstos en el artículo 96, sólo podrá demandar quien incurrió el vicio, esto, quien sufrió el error, el que se casó con el demente, el que fue raptado o el que sufrió amenazas graves. En principio el planteamiento previsto por el legislador sería aceptable; sin embargo, existen casos en que los que el individuo, afectado por el trastorno mental, ni siquiera es conciente del mismo, por ello no tiene dolo o culpa. Puede considerarse justo se le permitiera, por sí o a través de quien corresponda, iniciar la acción de nulidad correspondiente, a la luz de la igualdad de derechos entre los cónyuges.

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada por la Asamblea Constituyente y por el pueblo ecuatoriano en referéndum; y publicada en el Registro Oficial en el mes octubre del 2008, prevé en el artículo 67 que, el matrimonio se fundará en el "libre consentimiento de las personas contrayentes", por lo que se hace necesario un debido análisis de la formación del consentimiento matrimonial, así como que éste no haya estado sometido a vicio alguno.

## **2.- Planteamiento de la Hipótesis.-**

Así, descritos los antecedentes aparece la duda, si es necesaria la reforma de los artículos 95, 96 y 98, a fin de corregir la imprecisión del Código Civil sobre la debida formación del consentimiento, los casos de incapacidad para prestarlo, la coherencia que debe existir entre el consentimiento prestado y la voluntad interna de quien lo expresa, definir los casos en que el consentimiento está afectado por vicios y finalmente aclarar quiénes podrían iniciar la acción en los casos antes descritos.

## **3.- Objetivo.-**

El objetivo general de la obra es resolver el planteamiento de la hipótesis, esto es, concluir si es necesario o no, la reforma de dichos artículos, en consideración a la inexactitud señalada, al vacío jurídico puntualizado y la correcta normativa jurídica que garantice de manera efectiva el ejercicio de los derechos de los cónyuges.

El objetivo particular, lo constituye la propuesta y texto de una reforma legal que satisfaga y soluciones los problemas jurídicos encontrados.

Bajo la visión de los objetivos, esta tesis argumenta y justifica que en los casos del artículo 95 numeral 5 y 96 numeral 2 del Código Civil, proceden de una causa común, esto es, la incapacidad de consentir por parte del individuo que padece el desorden mental, ya fuere en su grado extremo (demencia) o su forma leve (enfermedad mental que privó del uso de la razón al momento de celebrar matrimonio).

En el caso del demente, si bien es cierto es un incapaz absoluto conforme al artículo 1463 en la práctica y la justa técnica jurídica es imposible que preste un consentimiento válido para el acto, contrato e institución del matrimonio. Así mismo,

en el caso del artículo 96 del Código Civil, que prevé los vicios del consentimiento, el numeral 2 se limita al que provoca la nulidad del matrimonio por padecer de enfermedad mental que lo priva del uso de la razón, sin embargo, con los avances y estudios de la psicología, no sólo se da la imposibilidad de prestar el pleno consentimiento por parte de las personas que se ven afectadas en su razón; sino también a causas de índole interno, como trastornos de la personalidad que afectan la libertad interna del individuo.

Por otro lado el artículo 98 del Código Civil prevé que podrán iniciar la acción de nulidad matrimonial, en los casos de vicio del consentimiento, sólo el cónyuge perjudicado, esto es el que incurrió en error, el que se casó con un demente, el que fue raptado o el que sufrió amenazas graves. Sin embargo, se evidenciará que en casos particulares, aunque uno de ellos provocó la nulidad sería justo que también tenga posibilidad de ser actor de la acción de nulidad de matrimonio toda vez que no era conciente del trastorno bajo el cual actuaba.

#### **4.- Justificación.-**

La justificación de este trabajo se soporta en la necesidad académica de resolver el planteamiento del problema expuesto, toda vez que, la situación legal actual, no respondería plenamente a la técnica ni a la estructura conceptual de doctrina jurídica.

De igual forma, la situación legal existente provoca un efecto negativo en la sociedad, pues mantiene vigentes normas que por su inexactitud no pueden aplicarse a los casos comunes que se presentan en la realidad, constituyéndose en normas inaplicables. Desde la vigencia de la actual Constitución para que se fundamente el matrimonio en un libre consentimiento, es imprescindible conocer el debido alcance a fin de un adecuado y coherente desarrollo legal.

Esta propuesta permitirá tomar conciencia y buscar soluciones a los problemas cada vez más frecuentes de trastornos mentales y de la personalidad que afectan al consentimiento matrimonial, creando normas que flexibilicen la nulidad matrimonial en estos casos.

#### **5.- Metodología empleada.-**

Para llegar a las conclusiones, en la obra, se va a realizar el estudio del Acto Humano, el cual comprende "el Acto de Consentir", con la explicación de todo su proceso de formación, siguiendo las Ciencias Filosóficas y Psicológicas. Luego se hará el análisis de la legislación vigente y su alcance, para posteriormente contrastar dichas normas jurídicas respecto de las ciencias filosóficas y psicológicas estudiadas previamente y poder determinar si se ha omitido situaciones que deben preverse en la legislación.

Con la misma finalidad, se contrastará la normativa ecuatoriana y su alcance, con otras legislaciones: la Eclesiástica, de México, Venezuela, Colombia, Perú, Bolivia, Chile, Argentina, Paraguay y Uruguay, a fin de encontrar mejores experiencias, aplicadas a la

legislación que regulen el proceso de formación del consentimiento y sus vicios. Así se puede comparar las soluciones, atrasos o adelantos dichas legislaciones, respecto de la hipótesis planteada y se podrá ofrecer una propuesta de reforma más precisa.

Finalmente se hará un análisis de la jurisprudencia existente respecto de los casos de nulidad matrimonial en el Ecuador para evidenciar la aplicación de las normas existentes y la necesidad o no de flexibilización de las mismas.

## CAPÍTULO I

### EL ACTO HUMANO

#### 1.- Fundamento del Acto de Consentir

Para la celebración de todo acto o contrato, según el artículo 1461 numeral 2, es necesario que las personas consientan en dicho acto o declaración y que su consentimiento no adolezca de vicio. En particular, respecto del matrimonio, los tratadistas han explicado que se requiere entre los requisitos de existencia "el consentimiento" simple y entre los requisitos de validez que éste se encuentre libre de vicios.

En el estudio de la institución del matrimonio los tratadistas explican que no existe nulidad absoluta o nulidad relativa, sino sólo nulidad. Existe una discusión a nivel Doctrinal respecto de la inexistencia y de nulidad, sin embargo en la práctica si un matrimonio estuviere afectado por el indebido consentimiento de alguno de los contrayentes se deberá intentar la acción de nulidad y no de inexistencia.

Es necesario el estudio de la formación de la voluntad en acto humano y en consecuencia, del consentimiento que se presta en el matrimonio. Sólo así se podrá determinar si el consentimiento ha reunido todos sus requisitos para la validez del acto.

Con esta intención se ha seguido al moralista Antonio Royo Marín para la explicación, según la escuela clásica, de la formación de la voluntad y el consentimiento en los actos humanos.

El acto humano procede de la voluntad del hombre, sin embargo la escuela clásica establece que podrían presentarse<sup>1</sup>: a) **actos meramente naturales**, entendiendo aquellos que provienen de su fisiología natural o de su parte sensitiva, sobre los que no existe voluntariedad. Son comunes con el reino animal y se pueden representar en las funciones orgánicas: digestión, circulación de la sangre entre otros; y b) **actos del hombre**, aquellos en los cuales la persona no tiene deliberación ni voluntariedad. Aquí podemos encontrar los ejecutados por un demente, los niños, idiotas, entre otros; Siguiendo esta teoría, dentro de este grupo también encontramos los actos de las personas que por alguna razón, al momento de realizar el acto, no son dueñas de sí, como es el caso de los que están dormidos, hipnotizados, embriagados, los delirantes o

---

<sup>1</sup> He seguido en este tema al tratadista Antonio Royo Marín, *Teología moral para seglares*, BAC, Madrid, 1973, pp. 34 y ss.

plenamente distraídos. La psicología explica que sus actos no pueden ser objetados ni imputados en su moralidad por la propia condición de los descritos. c) **Actos violentos**, definidos como los que se ejecutan contra la voluntad interna pues han sido provocados; y d) **los actos humanos**, que son aquellos que se ejecutan con completa conciencia y deliberación. Proviene del uso de las facultades de la razón. Sólo en este caso el hombre es plenamente dueño de sus actos y en consecuencia responsable de los mismos. Para la psicología tradicional sólo estos últimos son los que acarrearán una plena constitución del consentimiento, pues derivan de un acto volitivo previo uso de la razón, conociéndose como actos humanos, libres, voluntarios, morales e imputables.

La antropología filosófica o psicología racional explica y divide estos actos de variada forma, tomando clasificaciones de a) **elícitos**, el propio y específico de una determinada facultad, el cual procede y termina en ella, como es el caso de entender que procede del entendimiento, el amar, la voluntad.; b) **imperados**, que responden a una facultad interna o externa de la voluntad que se lo ordena. c) **Interno**, es el que se desarrolla dentro de la persona, como los pensamientos o el acto con reserva mental; d) **Externo**, llamado así el que no se queda en el pensamiento se exterioriza pudiendo ser público o privado, pero en ambos casos será sometido este acto al escrutinio de las personas susceptible de sanción legal y moral; **Natural**, aquel que proviene de la fisiología humana, este se contrapone al **Sobrenatural** que requiere, en el caso de los católicos de la ayuda de la Gracia; Puede clasificarse en **Válidos e Inválidos**, que se diferencia en que los primeros reúnen todos los requisitos legales para surtir efectos y los segundos no; **Lícitos e Ilícitos**, cuando cumplen o no el mandato de la Ley Positiva. **Humano Perfecto e Imperfecto**, cuando se tiene plena deliberación del acto y el segundo cuando no se la tiene.

## 2.- Psicología del acto humano y su estructura

El acto humano está conformado por tres elementos: cognoscitivo, volitivo y el ejecutivo, que pasaremos a estudiar.

### a. El elemento cognoscitivo

Implica haber aprehendido bajo el uso de la razón lo que se está haciendo, de tal manera que se entiende plenamente el acto y sus consecuencias, por ello el elemento cognoscitivo supone principalmente que se tiene una “advertencia” de los efectos del acto.

La “advertencia” implica tener una “noción” o percepción de la realidad, de aquello que se nutre el entender y que supone una atención.

La advertencia puede ser plena o semiplena, según el grado de atención. Así mismo puede ser perfecta o imperfecta, dependiendo de la afectación de la moral, así por ejemplo el adulterio envuelve dos malicias: la castidad y la justicia.

Distinta o confusa, según se puede apreciar la claridad de la bondad o la maldad de la acción. También puede ser antecedente o consiguiente según se de cuenta de la acción antes de ejecutarla o después.

El elemento cognoscitivo necesita haber pasado por los siguientes principios fundamentales:

- a) El acto humano requiere indispensablemente la advertencia al mismo acto psicológicamente considerado, esto es, que tenga plena conciencia del acto que va a realizar o que está realizando, pues de lo contrario el acto deviene en uno natural o en un acto del hombre.
- b) El acto moral requiere, además, la advertencia de la relación del acto humano con el orden moral, si se lo ejecuta sin esa necesaria relación ejecuta un acto humano, pero no deberá responder por él.
- c) El grado de moralidad y su responsabilidad tendrá una relación directamente proporcional al grado de "noción", "advertencia" o "percepción" de la situación y sus efectos.
- d) Una advertencia posterior al acto no afecta lleva consigo la responsabilidad por el mismo, toda vez que tiene que estar presente antes o al momento de ser realizado.
- e) Para esta teoría sólo afectan a la responsabilidad moral del acto los elementos que se han advertido al momento de ejecutarlo. El autor de la obra Antonio Royo Marín explica que quien mata voluntariamente a una persona que es su padre, responde por homicidio pero no por parricidio si no estaba en percepción que era su padre<sup>2</sup>.

#### **Existen otros elementos cognoscitivos del acto humano.-**

Explica la psicología clásica que se pueden distinguir hasta doce momentos distintos dentro de la perfección del acto humano, de los cuales cinco entran en el ámbito del conocimiento, así:

- a) **El momento de la aprehensión** del acto a realizar, que se mantiene en el ámbito psicológico.
- b) **El momento de valorar y juzgar la posibilidad de ejecución** del acto y su conveniencia, de ahí que este momento determina la conveniencia, adecuación o no al orden moral.
- c) **La deliberación o consejo**, el cual se realiza la comparación entre los medios de ejecución del acto.
- d) **Último juicio práctico**, por el cual el entendimiento decide y determina a la voluntad la elección del medio más adecuado para la ejecución del acto.
- e) **Imperio de la razón práctica**, que es la fuerza interna que impulsa la ejecución del acto.
- f) **Uso pasivo**, que se entiende como la materialización del acto, que puede ser a nivel interno o externo, como por ejemplo el concentrarse, el estudiar, si fuere un acto intelectual, o el realizarlo como correr, nadar, entre otros.

---

<sup>2</sup> Royo Marín, Antonio, O.P., Teología Moral para Seglares I, Moral Fundamental y Especial, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid MCMLXXIII, Pág. 38.

De lo expuesto se puede evidenciar que los cuatro primeros momentos se desarrollan en a nivel de la psiquis del individuo. El Imperio equivale a la intención y el Uso pasivo no siempre se queda a nivel de la etapa cognoscitiva pues en otras ocasiones afecta a las facultades de ejecución.

### **b. Elemento Volitivo**

Representa el influjo de la voluntad en la realización del acto humano. Dependiendo de él se tiene determinada responsabilidad de moral o legal. De este elemento volitivo se encuentran dos tipos de actos el voluntario en general y el voluntario libre.

#### **i) El acto voluntario en general**

Para que sea tal, sólo se requiere que se actúe (por propia voluntad) mediante acción u omisión en conocimiento de la finalidad del propio acto. Éste se distingue de otro tipo de actos como lo son: el natural, pues este último es intrínseco pero no voluntario. Del espontáneo, pues, este se genera del instinto natural del hombre con conocimiento del fin, así los hombres y los animales tienen actos instintivos. Del violento, pues procede de una coacción intrínseca contra la voluntad del hombre. Del simplemente deseado, pues no depende de la voluntad de la persona. Del permitido pero no querido, como es el caso de las autoridades que permiten ciertos desmanes, manifestaciones que preferiría que no se dieran. Del involuntario, que se lo realiza con desconocimiento, toda vez que si se conociera la verdad y sus consecuencias no se lo realizaría.

Los actos voluntarios están caracterizados por ciertos principios que lo configuran, y que es necesario explicar para las conclusiones a las que se va a llegar:

1. Los actos voluntarios imperados pertenecen en mayor grado al motivo imperante que su propia razón formal.
2. Los actos voluntarios imperfectos no constituyen pecado grave.
3. Todos los actos voluntarios son libres.
4. El acto voluntario mixto es verdaderamente voluntario y por ello implica una responsabilidad.
5. Para que sea lícito realizar una acción de la que se siguen efectos uno bueno y uno malo es preciso que se reúnan ciertas condiciones que son: a) que la acción sea buena en sí o al menos indiferente. b) que el efecto inmediato del acto sea el bueno y no el malo. c) que el fin del agente sea honesto, esto es bueno. d) que quien lo comete tenga causa proporcionada a la gravedad del año que el efecto malo ha de provocar.
6. Para imputar el efecto malo a quien pone la causa indirecta que lo ha de producir se requieren tres requisitos:
  - a. Previsión del efecto
  - b. Posibilidad de impedirlo.
  - c. Obligación de impedirlo.

7. Para que una omisión sea imputable es necesario que el agente esté obligado a realizar el acto contrario.
8. Para la validez de un acto que necesite el consentimiento ajeno se requiere ordinariamente el consentimiento expreso, pero puede bastar el consentimiento tácito, nunca el presunto.
9. el voluntario virtual basta para que el acto sea verdaderamente humano, no el habitual, ni mucho menos el imperativo.

## ii) El acto libre

Generalmente se confunde el acto voluntario con el acto libre, sin embargo únicamente el acto libre es por sí un acto voluntario pero el voluntario no necesariamente goza de haberse elaborado en libertad.

La libertad moralmente considerada consiste en "la facultad de obrar o no obrar, o de elegir una cosa con preferencia a otras"<sup>3</sup>. Supone siempre la no afectación del acto voluntario por ningún elemento extrínseco o intrínseco que pueda viciar o impedir el acto.

Obviamente, desde el punto de vista jurídico, esta situación afecta al acto jurídico en sí, pues proviene del libre albedrío interno, entendiéndolo como la "facultad humana de dirigir el pensamiento y la conducta humana según los dictados de la propia razón y de la voluntad del individuo, sin determinismo superior ni sujeción a influencia del prójimo o del mundo exterior"<sup>4</sup>

De ahí que la libertad pueda ser extrínseca o intrínseca y, dependiendo de ello, estará exenta de impedimentos externos o internos que afecten el libre albedrío.

La libertad externa implica que el proceso volitivo esté inmune a causas exógenas a las personas. Estas causas externas pueden ser tanto físicas o morales. En ambos casos a nivel de psicología y estudio de la moral, son conocidas como causas *ab extrínseco* o de coacción externa. Aquí podemos encontrar los vicios del consentimiento como la fuerza física o moral que vicia el consentimiento en los actos y contratos conforme a la doctrina jurídica.

La libertad interna implica que el proceso volitivo esté inmune a vicios interiores que puedan someterla. Es conocida como libertad *ab intrínseco* o de necesidad interna, libre albedrío o libertad psicológica, que implica tres dimensiones: a) la libertad de ejercicio para ejecutar o no el acto; b) la libertad de especificación (que supone poder escoger entre un acto u otro) y c) libertad de contrariedad, por la que se ejecuta el acto bueno y no el malo.

Ya a este nivel de profundización podríamos notar que el demente (conforme a nuestra legislación es incapaz absoluto y esta situación provoca la nulidad de sus actos,

---

<sup>3</sup> Antonio Royo Marín, O.P., *Teología Moral para Seglares*, BAC, Madrid, MCMLXXIII, p. 44.

<sup>4</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta S.R.L., p. 188

entre ellos el contrato de matrimonio) así como el que padece una enfermedad mental que priva del uso de la razón al momento de estar prestando el consentimiento para el contrato de matrimonio tienen ambos la misma falta de libertad (libre albedrío) para prestar el consentimiento, aunque el primero de ellos haya de ser nulo por una realidad del positivismo vigente acusando la incapacidad absoluta del agente. Sobre este punto profundizaremos posteriormente.

Sin embargo, continuando con el estudio del tema que nos ocupa, nos daremos cuenta que una persona en apariencia normal y que pudiera elegir sus actos, por una situación psicológica no era dueña de sí por un trastorno de la personalidad y en consecuencia, el consentimiento expresado está falto de libertad interna, causando también la nulidad del acto – contrato de matrimonio.

El tratadista Royo Marín explica que para que un acto sea libre debe cumplir los principios que se detallan a continuación:

- a) La esencia de la libertad se encuentra en el pleno dominio de la voluntad sobre el acto de elección, pues quien la tiene, puede decidir realizar o no realizar el acto, elegirlo entre varias posibilidades, primando la voluntad de actuar en determinado sentido conforme a lo elegido.
- b) Debe tenerse libertad de coacción extrínseca y de necesidad intrínseca tanto para la ejecución como para la selección, pero no es necesaria la libertad de contradicción.- Se explica este principio al exponer que el acto cometido por sometimiento de la fuerza no es libre, así mismo el acto cometido sin libertad interna o (libre albedrío) como el ejecutado por el demente igualmente no supone un libre albedrío que permita su selección. Dentro de esta situación se encuentran algunos actos cometidos por quienes tienen un defecto de discreción de juicio o que por un trastorno psicológico no pueden ser dueños de sí y en consecuencia prestar el consentimiento libremente para cumplir las obligaciones del matrimonio.

### **c.- El elemento ejecutivo**

Es el que implica la materialización de la voluntad realizando el acto conforme a lo elegido en la etapa volitiva del acto humano. Para que se llegue a esta etapa, en un acto humano perfecto, ha precedido la instancia del entendimiento o de percepción de la realidad y su correspondiente análisis y elección de la forma de actuar.

### **3.- Impedimentos del acto humano.-**

Existen diversos tipos de impedimentos del acto humano, así tenemos los que afectan el elemento cognoscitivo, los que afectan el elemento volitivo, los que afectan el elemento ejecutivo. También se estudian aquí De igual forma tenemos aquí considerados otros Impedimentos del Acto Humano, Impedimentos Patológicos, Sociológicos y de la Psicología y Psiquiatría Moderna.

La doctrina clasifica los impedimentos del acto humano en próximos, que podrían afectar el elemento cognoscitivo (en el caso de la ignorancia; inadvertencia, error,

olvido); el elemento volitivo (como en el caso de la concupiscencia, miedo, pasiones, hábitos y costumbres); el elemento ejecutivo (en el caso de la fuerza o violencia); y en remotos, cuando la causa es de orden de la naturaleza de la persona (como es el caso del temperamento, carácter, edad, sexo y herencia); cuando obedecen a una razón patológica (como en el caso de neurastenia, histeria, epilepsia y psicastenia; o finalmente tienen una fuente sociológica (esto es por razones de educación o de ambiente social).<sup>5</sup>

#### **a. Impedimentos que afectan el aspecto cognoscitivo.-**

El acto cognoscitivo se ve afectado por las siguientes causas: a) Ignorancia, b) Inadvertencia, c) el error y d) el olvido, que a continuación explico:

**La Ignorancia**, consiste en la carencia de conocimiento de un sujeto con plena capacidad. Esta puede recaer sobre objeto, el sujeto o la voluntad. Cada caso tiene situaciones jurídicas distintas.

Respecto del objeto, podría presentarse como una ignorancia de derecho o una ignorancia de hecho. La primera, que consiste en el desconocimiento de la Ley, jamás afecta la responsabilidad, pues se ha establecido en las legislaciones que no vicia el consentimiento<sup>6</sup>.

Respecto de la ignorancia de hecho la doctrina lo ha definido como el desconocimiento de la situación en sí que se está ejecutando. En materia jurídica, la ignorancia de hecho consiste en el error de hecho y viciará el consentimiento si recae sobre la especie de acto o contrato que se celebra<sup>7</sup>, o si recae sobre las calidades esenciales de una cosa y esa calidad es el principal motivo de la contratación<sup>8</sup>.

Con respecto de la ignorancia sobre el sujeto la psicología la divide dos casos: a) ignorancia invencible y b) ignorancia vencible. La invencible no es posible de ser superada por el sujeto que la padece, ya fuere porque tiene un desconocimiento absoluto sin posibilidad de advertirla o porque ha intentado pero no ha podido ser advertida.

La ignorancia vencible se la explica como aquel error que sí es posible de ser advertido por un proceso de la razón.

Respecto de la ignorancia por razón de la voluntad, consiste en la decisión de no conocer las consecuencias del acto, y puede presentarse como antecedente, como concomitante o de forma consiguiente al acto.

---

<sup>5</sup> Royo, Marín, Antonio, O.P.; Teología Moral para Seglares, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, MCMLXXIII, Pág. 49.

<sup>6</sup> Artículo 1468 Código Civil ecuatoriano.

<sup>7</sup> Artículo 1469 Código Civil ecuatoriano.

<sup>8</sup> Artículo 1470 Código Civil ecuatoriano.

**b) Impedimentos que afectan el elemento volitivo.-**

La ciencia encuentra cuatro impedimentos del elemento volitivo: i) Concupiscencia, ii) Miedo, iii) Pasiones y iv) Hábitos y costumbres. Sin embargo los principales son los dos primeros, que en alguna manera están ligados a las pasiones y los hábitos. Estos afectan la formación del consentimiento.

**i) Concupiscencia.-** Se la entiende como la tendencia hacia la búsqueda de la satisfacción del placer y los sentidos. Se puede distinguir dos momentos. El primero, no deliberado sino realizado por imposibilidad del dominio de sí mismo. Por ello no hay culpa alguna. El segundo, deliberado y tienen culpa grave o leve dependiendo de la materia sobre la cual recaen. Se divide en antecedente y consiguiente. La primera implica la no responsabilidad pues supone que no permite el proceso volitivo sino que le quitan la libertad interna para decidir. La segunda, esto es la consiguiente, es plenamente deliberada, voluntario y en consecuencia implica plena responsabilidad por lo actuado.

De la anterior explicación podemos profundizar respecto que la concupiscencia afecta el consentimiento. Cuando se presenta como causa antecedente provoca una mayor voluntad en el acto pero internamente en la persona disminuye la libertad con la que esta actúa. Cuando se presenta como consiguiente, existe plena conciencia e intención, evidencia la intensidad de la voluntad para ejecutar el acto, esta intensidad puede presentarse en mayor o menor grado, pero jamás afecta la libertad con que se lo ha realizado toda vez que se ha tenido un “pleno juicio” para optar por la forma de conducta.

**ii) El miedo.-** Afecta el proceso volitivo, pues consiste en una “angustia del ánimo, originada por un mal, presente o futuro, cierto o supuesto, que amenaza nuestra vida, bienes, derechos o intereses, o de los seres, cosas e ideales que consideramos nuestros”.<sup>9</sup>

Dentro de la doctrina de la moral y la psicología, se explica que el miedo tiene una división cuádruple, explicando que se presentará y afectará:

En razón de la intensidad, pues puede presentarse de una forma grave o leve. El primero tendría una gran afectación a la persona. Es inminente porque no tiene posibilidad de impedirlo. El leve no cumpliría estas características. El grave puede presentarse como absoluto o relativo, dependiendo del sujeto. En el primer caso, es tan fuerte que afecta a cualquier tipo de personas de sano juicio; en el segundo, afecta sólo aquellos sujetos que no tienen adecuado juicio y valoración como en el caso de los niños, los inmaduros, entre otros similares.

El derecho positivo ha incorporado el miedo cuando desarrollo “la fuerza” como vicio del consentimiento. El Código Civil ha dispuesto que la fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona

---

<sup>9</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1988, Pág. 204.

de sano juicio, pero tomando en cuenta las características de la persona (edad, sexo, condición). También ha distinguido el temor reverencial, al que le dio un menor grado de afectación y lo definió como el que se tiene respecto de aquellas personas a las que se debe sumisión y respeto. Por este motivo dispone la ley que no vicia el consentimiento <sup>10</sup>.

b) En razón de su influjo en el acto, pudiendo presentarse como causa "antecedente", esto es, lo que lleva a la actuación en determinada manera. En este caso podría influir en la formación del consentimiento y afectarlo pues se actúa en virtud de él. También puede presentarse como circunstancia "concomitante", en este caso no afecta el consentimiento pues se actuará por miedo más no causa del actuar.

c) En razón de la causa, pudiendo ésta ser intrínseca o extrínseca. Será intrínseca cuando la causa es interna, psicológica. Respecto de este caso poco se ha desarrollado en el Derecho positivo, sin embargo estas causas intrínsecas o psicológicas de las personas muchas veces provocarán una falta de libertad interna para poder desarrollar plenamente el proceso volitivo, afectando el discernimiento y el juicio. En casos hasta sin conocimiento o entendimiento del agente de la acción. En estos casos no existiría responsabilidad, pues quien por alguna situación psicológica no es dueño de sí para prestar su consentimiento mal podría "obligarse" respecto de otro y menos aún en un "contrato – institución" como es el matrimonio. Por el hecho pronunciar la manifestación positiva de la voluntad ésta sería imperfecta por la falta de libertad interna para en la formación de su voluntad.

El miedo proveniente de una causa externa es el más común y evidente pues implica la fuerza aplicada sobre una persona de sano juicio o el influido sobre una persona pusilánime que cede fácilmente a las influencias externas.

d) En razón del modo, el miedo externo se divide en justo e injusto, dependiendo del "derecho" del agente para causarlo.

Luego de esta explicación se puede concluir que el miedo afecta el proceso de formación del consentimiento, pudiéndose establecer ciertas reglas para consideración del miedo:

El miedo, por regla general, no suprime el acto voluntario, pues se actúa para escapar de una amenaza. El acto cometido bajo miedo se realiza en plena libertad y en algún modo, tiene un mayor grado de voluntad. Sin embargo, lo que se hace por miedo implica un acto mitad voluntario y mitad involuntario. Nunca excusará de una acción mala. El miedo grave provoca una afectación del consentimiento, pues constituye una situación que vicia del consentimiento en el derecho civil, por ello todo acto cometido por la influencia directa de un miedo grave e injusto son nulos o inválidos.

Respecto de esta última conclusión se pueden rescindir por la autoridad o por las partes pues la persona ofendida tiene derecho a redimir su situación.

---

<sup>10</sup> Código Civil ecuatoriano, artículo 1472.

### **iii) Las pasiones.-**

Consiste en *“el movimientos del apetito sensitivo nacido de la aprehensión del bien o del mal sensible con cierta conmoción refleja más o menos intensa en el organismo”*<sup>11</sup>. Esta es la principal diferencia con las emociones que se manifiestan más leves en su intensidad.

La psicología tradicional divide a las pasiones en dos grupos, las concupiscibles que tienen la intención de satisfacerse en cosas deleitables de fácil consecución, y las pasiones irascibles, que encuentran el deleitarse en alcanzar situaciones arduas y de difícil consecución.

La psicología divide a las personalidades de los individuos en concupiscibles e irascibles y dependiendo de dicho tipo de personalidad se explica su comportamiento.

En la personalidad concupiscible el bien genera amor, para el mal se genera odio. Respecto del bien futuro se genera deseo, el mal en el futuro este tipo de personalidad genera fuga cape de la situación. Respecto del bien presente se genera gozo y del mal presente tristeza.

Mientras que en la personalidad irascible se generan situaciones distintas. El bien arduo ausente, si es probable de alcanzar, generará esperanza y en el caso de ser imposible de alcanzar: desesperación. El mal muy difícil pero posible de superar generará audacia en el actuar, y si no provocará temor. Para este tipo de personalidad el mal arduo presente provocará ira.

Al seguir esta descripción se puede concluir que dependiendo del tipo de personalidad, ésta afectará el comportamiento y puntualmente el acto volitivo.

Las pasiones, en general, aumentan la voluntad, pero sólo en aquellos casos en los que afectan acto del discernimiento provocarán una afectación al acto volitivo, pues las personas actúan sin libertad producto de pasión. Se afecta el uso de la razón y anula el eventual consentimiento, provocando la nulidad del acto o la posibilidad de rescindirlo.

### **iv) Los hábitos y las costumbres.-**

La psicología define los hábitos como una inclinación a actuar en determinada forma, producto de la reiteración del comportamiento, en consecuencia, la costumbre es lo que genera el hábito. En general los hábitos y las costumbres no afectan el consentimiento.

### **c) Impedimentos que afectan el elemento ejecutivo.-**

La ejecución del acto se ve afectado por causas externas como la fuerza o violencia, entendiendo por tal, aquella situación de sometimiento u obligación, aplicada a un sujeto en contra de su voluntad, para que ejecute o se abstenga de algo. Esta

---

<sup>11</sup> Royo Marín, Antonio, O.P., Teología Moral para Seglares, I Moral fundamental y Especial, Royo, O.P. Página 55.

forma de fuerza vicia el consentimiento. Puede presentarse como física o moral, perfecta o imperfecta.

La violencia física es la fuerza de sometimiento al sujeto por medio de golpes, presiones, se manifiestan externamente sobre el individuo. La moral afecta el acto humano a través de amenazas, miedo, (halagos, presiones psicológicas) y por ello afecta el desarrollo del proceso volitivo porque de no encontrarse presente no se realizaría el acto.

En la explicación moral de las situaciones sometidas a la fuerza, se explica que el acto interno de la voluntad no puede ser violentado por nadie, pues todo acto voluntario es precisamente voluntario y libre. En consecuencia, si se ejecutara un acto sometido a fuerza moral no se quita la voluntariedad del acto pero se debe responder atenuadamente. La fuerza física provoca el acto involuntario, dependiendo de la posibilidad de resistirse.

Hasta este momento hemos estudiado los impedimentos próximos del consentimiento que afectan el elemento cognoscitivo, el volitivo en sí o la fase de ejecución provocando un consentimiento viciado, sin embargo existen otras circunstancias que afectan al acto humano y que a continuación se explican.

#### **d) Otros Impedimentos del Acto Humano (Impedimentos Remotos)**

##### **i) Temperamento y Carácter.-**

Estas circunstancias pueden ser por causas que provienen de la naturaleza, por razones patológicas o por situaciones del ambiente. Por razones de la naturaleza humana el acto puede verse afectado por el temperamento o carácter, por la edad o el sexo y es discutido que se vea afectado por la herencia.

El temperamento, entendiendo por tal "la constitución particular de cada individuo, que resulta del predominio fisiológico de un sistema orgánico"<sup>12</sup>. Se conocen, psicología desde la época de Aristóteles, cuatro tipos de temperamentos: a) el sanguíneo, b) nervioso, c) colérico y d) flemático.

El carácter es la resultante habitual de las múltiples influencias físicas, psíquicas y ambientales que contribuyen a formar la personalidad moral del hombre.<sup>13</sup>. Respecto del temperamento o el carácter debe expresarse que dependiendo de ellos los sujetos realizarán actos voluntarios y en consecuencia no afectarán el consentimiento como tal, pero sí podrían provocar una disminución de la responsabilidad.

##### **ii) La edad y el sexo.-**

La edad tiene una influencia directa en la forma de actuar del individuo, pues implica el grado de uso de la razón, conocimiento, entendimiento, madurez, experien-

---

<sup>12</sup> Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, II tomo, Pág. 1956.

<sup>13</sup> Teología Moral para Seglares, Antonio Royo Marín, O.P. Pág. 60.

cia, criterio propio, defensa de principios, susceptibilidad ante la fuerza física o moral. El Derecho Civil, atendiendo esta realidad ha establecido diversas situaciones de incapacidad del individuo en razón a la edad. Particularmente respecto de la edad o particularmente de las diversas etapas del individuo respecto de la edad ha explicado en el Título Preliminar quién es infante, niño, impúber, adulto, menor y mayor de edad<sup>14</sup>. Los efectos jurídicos también han sido señalados a plenitud, por ejemplo respecto del impúber se establece que es incapaz absoluto<sup>15</sup>, o que éste no puede contraer matrimonio<sup>16</sup>.

También aparecen otras consideraciones producto de la edad como el caso especial de muerte presunta en el que, luego de transcurridos tres años desde las últimas noticias, si el desaparecido tiene 80 años o más se disminuye el tiempo del proceso judicial y se concede la posesión definitiva de los bienes<sup>17</sup>.

Se deberá considerar la situación particular del sujeto que ha sido sometido a la fuerza con relación a su edad, su sexo y condición<sup>18</sup>.

En tal consideración se ha evidenciado que la edad y el sexo, sí son considerados para reglar la formación del consentimiento y la responsabilidad sobre los actos.

### **iii) La Herencia.-**

Respecto de la herencia no existe comprobación, salvo casos patológicos hereditarios, que se pueda afectar la constitución del consentimiento.

### **e) Impedimentos de orden patológico.-**

Estos consisten en afecciones o dolencias, que se presentan como enfermedades que afectan el proceso de formación del acto humano y consecuentemente su consentimiento. La psicología tradicional explica que existen la neurastenia, la histeria, la epilepsia y la psicastenia.

La psicología moderna explica que existen más casos de patologías que afectan, según el grado, la voluntad y el consentimiento, las que las expondré más adelante.

La neurastenia consiste en estados de fatiga y depresión habitual del sistema nervioso, sin embargo rara vez implica un eximente de responsabilidad. Podría considerarse como atenuante moral o legal.

La histeria, es explicada como una enfermedad nerviosa crónica, de diversas manifestaciones pero que, principalmente, implica un mal funcionamiento del sistema nervioso. Por ello provoca afectación en la psiquis y la sensibilidad de quien la padece.

---

<sup>14</sup> Código Civil, Artículo 21.

<sup>15</sup> Código Civil, Artículo 1463.

<sup>16</sup> Código Civil, Artículo 95, 2.

<sup>17</sup> Código Civil, Artículo 68.

<sup>18</sup> Código Civil, Artículo 1472.

En momentos de crisis aguda arrebatada el control y dominio de los actos y por ello moralmente se no existe responsabilidad sobre los mismos.

La epilepsia, es definida como una enfermedad caracterizada por accesos repentinos con pérdida brusca del conocimiento y convulsiones. En crisis agudas desaparece totalmente el dominio de sí y en consecuencia la responsabilidad. En las etapas de calma existe libertad interna y conciencia pero de manera disminuida, en especial si las crisis son seguidas.

La psicastenia consiste en una enfermedad que se caracteriza por el predominio de las depresiones psíquicas, las fijaciones, las obsesiones, las fobias y manías, esta es una forma leve de desorden que afecta en algo la libertad del individuo pero no le quita responsabilidad.

#### **f) Impedimentos Sociológicos.-**

Estos impedimentos tienen que ver con la educación, el ambiente, lecturas, política, las injusticias y los atropellos que van forjando la personalidad del individuo. Obviamente, afectan la formación del consentimiento pero no quitan responsabilidad sobre los actos.

#### **g) Impedimentos en la Psicología y Psiquiatría Moderna.-**

La psicología moderna explica que los individuos tienen diversos grados de afectación de su psiquis. Desde los más leves (neurosis) hasta los más fuertes que consisten en las psicosis y las psicopatías.

Las neurosis son explicadas como trastornos del sistema nervioso, sin que el examen anatómico evidencie lesiones en el mismo. Estas son leves pues este tipo de afectación no implica una ruptura del entendimiento con la realidad. Se manifiestan como obsesiones, fijaciones, entre otras.

Se ha llegado a la conclusión que todos tenemos, en determinado grado, algún tipo de neurosis pero aquellas sólo afectarían el consentimiento, en especial el matrimonial, cuando afecta el proceso de vinculación interpersonal del individuo.

Las psicosis, es una forma de perturbación mental caracterizada por picos de excitación y depresión alternativos en el ánimo y en general en todas las actividades orgánicas, que provoca una pérdida de la noción de la realidad

Las psicopatías, son aquellas afectaciones que, pese a la integridad de las funciones perceptivas y mentales, la persona que las padece se haya patológicamente alterado en la conducta social del individuo. Sólo se interesan en su yo, no tienen empatía, así como ausencia de emociones y por ello es la base de la perversión.

En todos estos casos la situación de la psique del individuo se ve afectada en mayor o menor grado y en consecuencia su consentimiento también.

La psicología explica que los trastornos que afectan a la persona y su consentimiento pueden presentarse en la infancia, adolescencia o a principios de la edad adulta. Por ello, es necesario probar que la persona, en apariencia normal, tiene alguna de estas afectaciones. Las ciencias de la psicología y psiquiatría no determinarán la nulidad o no del matrimonio, sino que esa afectación que trastorna la personalidad, estuvo presente al momento de la celebración del matrimonio y fue lo suficientemente grave e intensa que afectó el proceso volitivo. Traducido a las ciencias jurídicas permitirán establecer la no formación del consentimiento pleno, o que provocaron un vicio del mismo.

La psicología moderna hace un estudio transversal de la personalidad, a nivel de las áreas de la psique para determinar el grado de afectación, así estudia la conciencia (lucidez, aprehensión del mundo interior y exterior); pensamiento (proceso de análisis, razonamiento); percepción (que implica forma de valoración del mundo exterior y su relación con el proceso de reflexión y racionalidad); atención (entiendo el proceso de fortalecimiento de ideas que provocan interés sin considerar las demás); afectividad (conjunto de emociones, sentimientos que generan grados de interés que determinan la forma de pensar, comportarnos y de relacionarnos con los demás; la memoria (entendida como al capacidad de retener, adquirir y utilizar una experiencia); juicio (proceso por el que se valora las alternativas y se escoge); voluntad (capacidad de autodeterminación y elección firme entre dos o más deseos).

Los casos más graves son las psicosis, las cuales son una categoría de trastornos que comprenden alteraciones a nivel de la percepción, en el pensamiento y la conciencia.

Estas alteraciones provocan que el sujeto elabore convencido de su veracidad toda serie de juicios incorrectos sobre la realidad, de ahí que se los conozca como estados de "demencia" o "locura". El comportamiento del sujeto se caracteriza por ideas delirantes y alucinaciones las que están presentes pero sin conciencia personal del estado en que se encuentra el sujeto.

La psiquiatría estudia ampliamente los casos de psicopatías en los Manuales de enfermedades Psicológicas denominados **DSM-IV**<sup>19</sup> y el **CIE-10**<sup>20</sup>. El primero consiste en la clasificación de las enfermedades bajo el criterio de la Asociación Psiquiátrica Americana, que estudia los casos de manera empírica. El segundo proviene de la Organización Mundial de la Salud. Dependiendo de la Escuela se ajustará el psicólogo o psiquiatra a lo especificado en ellos. Las psicopatías se refieren a la gravedad del deterioro funcional que impide al sujeto responder a las situaciones de la realidad. El término para la doctora Carmen Ojeda, Psicóloga Clínica, se lo puede definir

---

<sup>19</sup> DSM-IV.- Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales, Cuarta Versión emitido por la "American Psychiatric Association", el cual concentra, clasifica y expone los diversos tipos de trastornos a presentarse en esta parte la tesis.

<sup>20</sup> CIE-10.- Que consiste en la Clasificación de Trastornos Mentales CIE-10, bajo el criterio de la Organización Mundial de la Salud.

conceptualmente como "una pérdida de las fronteras del ego o un grave deterioro de la evaluación de la realidad"<sup>21</sup>.

Las psicopatías se han clasificado en varios tipos, siguiendo el DSM-IV:

- a) Esquizofrenia, caracterizada por una falta de la facultad de asociación, afectos aplanados" delirios extraños, consciente de tiempo y de lugar. Los pensamientos de un esquizofrénico tienen una estructura constante, existe una determinada percepción del entorno, con cambios en las emociones y en consecuencia de las motivaciones, los movimientos corporales. Para ser diagnosticados debe presentarse esta situación en un período significativo en que la persona demuestre la disminución de las facultades en áreas importantes de su vida. La psiquiatría ha dividido las características conductuales en síntomas positivos y negativos. Para el diagnóstico es necesaria la presencia de síntomas positivos (delirios, alucinaciones, conducta y lenguaje desorganizado) no así de los síntomas negativos (aplanamiento de los afectos, motivaciones, energía y sentimientos de placer).
- b) Manías graves, que implican hiperactividad, lenguaje apresurado, estados de ánimo irritable, por lo general consciente de tiempo y lugar.
- c) Síndrome Cerebral Orgánico, que constituye un daño en las habilidades intelectuales, falta de memoria, falta de orientación, alucinaciones y delirios.
- d) Psicosis reactiva breve, situación que aparece repentinamente caracterizado por alucinaciones y delirios, preferentemente visuales, respuestas y actitudes de comportamiento alteradas que tienen un tiempo de duración de uno o dos días.
- e) Depresión psicótica, que implica delirios somáticos, alucinaciones, sentimientos negativos contra la propia persona de culpabilidad y autorreproche, trastornos de sueño, cambios en el apetito, impulsos sexuales alterados.

Los diversos tipos de psicosis tienen fases de presentación y en ellas se evidencia en mayor o menor grado la afectación a las facultades mentales del individuo. La psiquiatría ha llegado a diferenciar hasta seis fases que afectan en la discreción juicio para prestar el consentimiento, estas son:

- a) Una fase premórbida, esto es, previo a padecer la enfermedad en sí, apareciendo las características de una personalidad esquizoide (quienes tienen la constitución funcional para padecer la esquizofrenia); el esquizotípico (entendiendo a quienes tienen ya las características antes indicadas en los síntomas positivos principalmente) y los de personalidad paranoide (entendiendo como tales a los que tienen determinada fijación en una idea o en un orden de ideas). Estas presentaciones se pueden desarrollar y aparecer en diversos grados por el sometimiento al estrés. Aparecerán alteraciones de frialdad emotiva, tendencia al aislamiento, escasez de relaciones interpersonales, no tienen capacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio.
- b) Una fase prodrómica, que se caracteriza por la presentación en sí de la personalidad esquizofrénica degenerativa y progresiva. Pueden aparecer sínto-

---

<sup>21</sup> Presentación "Trastornos psicopatológicos y la nulidad matrimonial", Dra. Carmen Ojeda, Quito 14-17 Septiembre de 2009.

mas de psicopatía esquizoide: automutilaciones, agresiones sexuales, suicidio, homicidios, entre otros.

- c) Una fase inicial, que manifiesta síntomas típicos definidos que han afectado los sentimientos de unicidad personal, del ego (del yo) y el control del comportamiento propio, por ello ya es evidente la imposibilidad de la deliberación y autodeterminación, de la discreción de juicio y de la expresión del libre consentimiento.
- d) Una fase activa, donde están presentes los síntomas positivos, en esta fase ya no es posible que un paciente pueda expresar su consentimiento pues es evidente la falta de capacidad para expresar el consentimiento por la dificultad cognoscitiva para valorar la realidad. Dificultad para relaciones empáticas con otras personas, afectan su vida laboral, social, mantiene resentimientos que estallan sin motivos aparentes.
- e) Una fase residual, que está caracterizada por las secuelas de los síntomas positivos y negativos que hacen evidente que el paciente en ocasiones está en capacidad y en otras incapacitado para prestar un libre consentimiento, pues existe una escasa recuperación de la capacidad afectiva, pues quedan sin voluntad, con dificultad para tomar decisiones, por ello cometen actos delictivos como estafas y abusos deshonestos, las personas quedan incapacitadas para las relaciones sociales y el trabajo.
- f) Una fase de remisión, que implica que el paciente se ha recuperado pero no curado, pues regresa a un estado pre mórbido.

#### **El trastorno delirante y su forma de afectar al consentimiento**

Entre los casos de afectaciones psicológicas encontramos el trastorno delirante que se lo entiende como aquella persona de razonamiento y comportamiento perturbado, de fantasías y disparates pero que implican situaciones que ocurren en la vida real, como el caso de ser perseguido, envenenado, infectado, amado o engañado por cónyuge o amante o haber contraído una enfermedad de al menos un mes de duración. Es interesante este tipo de trastorno pues el comportamiento psicosocial del sujeto no está deteriorado y en consecuencia no necesariamente se evidencian actitudes. Se ha podido determinar los siguientes tipos de trastorno delirante:

- a) Tipo erotomaniaco, cuando el sujeto piensa que otra persona, generalmente de condición superior está enamorada de él.
- b) Tipo de grandiosidad, que se caracteriza porque el sujeto está lleno de poder, conocimientos, identidad, relación con la divinidad o persona famosa.
- c) Tipo celotípico, en la que el sujeto se caracteriza por mantener pensamientos que su compañero sexual es infiel.
- d) Tipo somático, en el que el sujeto está convencido y obsesionado que tiene un defecto físico o enfermedad.
- e) Tipo mixto, que es el padecido por aquel sujeto que presenta más de uno de los tipos antes descritos.

En estos casos el sujeto que no presenta una paranoia identificada plenamente por estar en una fase álgida, únicamente tiene un leve defecto de discreción de juicio y

su consentimiento no se ve afectado. Sin embargo el sujeto que presenta una paranoia plenamente identificada, sí llega a tener afectado su proceso de percibir, razonar, discernir y decidir sobre la realidad, afectando en consecuencia el consentimiento. Por ello es que el estudio que se realice sobre el o los sujetos debe certificar que el trastorno afecta las diversas áreas y se hace evidente la imposibilidad de percibir, valorar, decidir y en general de prestar el consentimiento, pues producto de la enfermedad no tiene posibilidad de dejar de actuar en esa forma.

Por efecto de la enfermedad la convivencia con un sujeto que tiene trastorno delirante se hace muy difícil, pues su naturaleza de desconfiado absoluto y por ello con inclinaciones fuertes a la hostilidad y agresividad.

### **Trastorno por imposibilidad de control de los impulsos**

El sujeto que tiene un trastorno de imposibilidad de control de los impulsos tiene severamente afectada o totalmente suprimida la voluntad, de ahí que se los considere no imputables. Esta situación que lo imposibilita de controlarse afecta todas sus dimensiones y en consecuencia no puede prestar un consentimiento libre y espontáneo. Aquí podemos encontrar a los cleptómanos, los adictos al juego, trastornos de agresividad explosiva e intermitente y los pirómanos, en todos estos casos el sujeto con estos trastornos pone en riesgo a los suyos y en consecuencia hace difícil crear vinculación estable y segura, degenerándose en situaciones de imposibilidad de asumir las obligaciones civiles y muy en especial las canónicas del matrimonio.

### **Trastorno Paranoide de Personalidad**

El sujeto presenta un trastorno obsesivo-compulsivo con episodios psicóticos breves que degenerarían en un trastorno delirante o esquizofrénico, lo cual puede tener una antecedente por abuso de alcohol o drogas.

### **Trastorno Esquizotípico de Personalidad**

Acompañado de distrofia de los afectos, de ansiedad, depresión y distimia, asociado a la esquizofrenia y trastorno obsesivo compulsivo.

### **Trastorno Esquizoide de Personalidad**

Que presenta características de fobia social y agorafobia<sup>22</sup>, también tiene relaciones interpersonales afectadas y pensamiento desordenado, no hay síntomas psicóticos, y los que se presentan son transitorios, de menor gravedad que en el trastorno delirante o alucinaciones.

---

<sup>22</sup> Agorafobia. "Sensación morbosa de angustia ante los espacios despejados y extensos, como las plazas, calles anchas, ec", Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición.

### **Trastorno Límite o “Borderline” de Personalidad**

Llamado también limítrofe o fronterizo se caracteriza por la desregulación emocional, pensamiento polarizado y relaciones interpersonales caóticas, acompañada de inestabilidad generalizada del estado de ánimo, de imagen y de la conducta. Este tipo de trastorno implica una gran variedad de asociaciones y relaciones, por ejemplo se lo vincula a cuadros de profunda depresión, bulimia, abuso de alcohol, síntomas de psicótico (delirios paranoides) y en un porcentaje del veinticinco por ciento tienen otra psicopatología agregada. Toma el nombre de límite o Borderline pues es superior a una neurosis pero menor que una psicosis (aunque algunos autores lo califican con pseudo psicóticos), por ello se configura como un trastorno en el límite.

### **Trastorno Antisocial de Personalidad**

Este trastorno se presenta, en un veinticinco por ciento de los casos, con otra patología adicional. Se relaciona con la esquizofrenia, abuso del alcohol, abuso de opiáceos, trastornos somatoformes y alteraciones de la conducta, se la puede descubrir y desarrollar, en especial, en la etapa adolescente. Su principal característica lo constituye el desprecio y violación de los derechos de los demás, las leyes y las normas sociales. Este tipo de trastorno impide que el sujeto se pueda adaptar a las normas establecidas. Se caracteriza por la falta de empatía y remordimiento, exageración de egocentrismo, megalomanía y hedonismo son comunes. Lamentablemente los afectados jamás logran reconocer que están frente a un problema que debe tratarse. Por estas consideraciones resulta evidente que no puede crear vínculos para el matrimonio, ni puede cumplir las obligaciones propias del matrimonio; no porque no desee sino porque no puede asumirlas por el trastorno de la personalidad que lo afecta.

### **Trastorno Narcisista de Personalidad**

Se presenta como una persona llena de prepotencia, rimbombante y una extrema preocupación de sí mismo, generalmente está acompañada de trastornos depresivos mayores, abuso de sustancias, anorexia nerviosa. Este trastorno se presenta a principios de la edad adulta, y se considera que para diagnosticarlo se necesita, según el DSM IV, al menos cinco de las siguientes características o síntomas: reacciona ante la crítica con sentimientos de rabia, vergüenza y humillación y se aprovecha de otros para lograr sus metas; siempre presentará actitudes prepotencia; exagerará sus logros y talentos; necesita admiración y atención perenne; aires de grandeza; esperar ser reconocido por las cosas que logra; absorbido por fantasías de éxito ilimitado; considera que es un ser superior y único; exige de los demás admiración excesiva; por ello un trato especial; tiene la idea que los demás lo envidian o envidia a otros y desarrolla todos sus actos bajo comportamientos arrogantes. Por estas características el individuo, según el grado de afectación del trastorno, puede tener problemas para tener un adecuado uso de razón, para tener el juicio necesario para prestar su consentimiento, o en virtud del trastorno la imposibilidad de asumir las obligaciones del matrimonio.

### **Trastorno Obsesivo Compulsivo de Personalidad**

El individuo presenta un comportamiento rígido, exagerado y generalizado por el orden y el control, que atentan contra la espontaneidad y la flexibilidad de criterios y posturas. Este trastorno provoca que el individuo pierda el sentido de la actividad global por estar concentrado en el perfeccionismo, orden y detalles de la actividad que se realiza. Generalmente se ve reflejado en la excesiva dedicación al trabajo y su productividad, tiene dificultad para delegar tareas a excepción que se quienes la realicen se sometan plenamente a su visión, estándares, formas de entender y realizar las actividades. Los individuos mantienen una excesiva escrupulosidad e inflexibilidad sobre los temas de moral, ética o valores. Por estos motivos se afecta la capacidad de asumir las obligaciones del matrimonio, lo que conlleva que el consentimiento prestado al momento de celebrar matrimonio esté afectado.

### **Trastorno Histriónico de Personalidad**

Las personas que padecen este tipo de trastorno se caracterizan por mantener emociones exageradas en cada una de las actividades que realizan, buscando llamar la atención por parte de quienes están en su entorno. Generalmente se asocia a distimias, trastornos somatomorfos y alteraciones de conducta. Tienen un comportamiento sexualmente seductor o provocador, muestra expresiones emocionales superficiales, utiliza su aspecto físico para llamar la atención, muestra auto dramatización, teatralidad y exagerada expresión emocional. Es sugestionable, influenciable y considera sus relaciones más íntimas de lo que son en la realidad. Tienen dificultades para alcanzar la intimidad en las relaciones emocionales y sexuales. Por estos motivos tienen problemas para la vinculación en materia del matrimonio o para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, en consecuencia tienen afectado el consentimiento pues mal pueden entregarse a sí mismos, si por el trastorno de la personalidad no pueden profundizar en la relación. Aparece esta alteración de la conducta en la adolescencia o en la edad juvenil.

### **Trastorno Dependiente de Personalidad**

Los sujetos sometidos a este trastorno no tienen confianza en sí mismos para tomar decisiones, para la solución de problemas y en consecuencia dependen en demasía de otras personas para poder satisfacer sus necesidades físicas y emocionales. Producto de esta dependencia son capaces de todo con tal de conservar una relación o vínculo con el "dominante", pueden llegar inclusive al sufrimiento o daño a sí mismos. Son muy influenciables para sus decisiones al estar sometidos a otros que lo aprueben y cuando se enfrentan a la crítica aparecen sensaciones de profunda tristeza y depresión. De igual forma se presentan trastornos de ansiedad y problemas somáticos. Por estas características quien lo padece no tiene la libertad interna suficiente para poder desarrollar el proceso volitivo, de ahí que el consentimiento prestado para el matrimonio esté imperfecto. Al no poder ser dueño de sí mismo en sus actos tampoco puede disponer de sí para comprometerse a las obligaciones del matrimonio.

### **Trastorno de Personalidad causado por Casos de Anorexia o Bulimia**

En este tipo de trastornos hay perturbaciones obsesivo-compulsivas, que acompañan las crisis agudas, relacionadas con el cuerpo, el peso y la comida. Sin embargo estas obsesiones al encontrarse presentes en todo momento provocan que, fuera de las crisis agudas, igual sean tan fuertes que se constituyen en una condición premórbida avanzada que llega a producir iguales consecuencias o características que los casos agudos. La obsesión está tan presente que no deja espacio para otro tema distinto. En casos extremos se puede llegar a la muerte por la enfermedad, sino igual se presentarán problemas de adaptación en la familia, trabajo, sociedad por su falta de autosuficiencia y autoestima no lograrán inserción social, por ello el consentimiento prestado en el matrimonio no tiene libertad, así mismo por este pensamiento obsesivo existirá dificultad para asumir las obligaciones del matrimonio. Los anoréxicos, según la experiencia <sup>23</sup>, sólo logran entablar una comunicación superficial, cuando ésta se da, de lo contrario se da una total separación de vidas. La anorexia consiste en la falta anormal de ganas de comer, inapetencia, mientras que la bulimia consiste en la ansiedad y desesperación por comer, acompañado de formas antinaturales de devolver lo ingerido.

### **Trastornos de Intoxicación aguda y crónica por abuso de alcohol y otras sustancias psicoactivas,**

Estas se consideran independientes a otros trastornos que generalmente acompañan al sujeto. En esencia la persona que padece esta situación no tiene suficiente uso de razón por el daño que estas sustancias han causado a su organismo o por que presentan una falta de libertad que ha comprometido el juicio correcto de la realidad. Se ha llegado a demostrar que se presentan perturbaciones a nivel de la inteligencia y/o de la voluntad. Evidentemente esta situación (efectos) debe haber estado presente al momento de la celebración del matrimonio y en la práctica provocarán una fuerte dificultad para asumir las obligaciones del matrimonio por el abandono de la familia, abandono de las obligaciones de todo nivel por el sometimiento a este tipo de sustancias, el gasto económico en el vicio, pudiendo llegar a atentar contra el patrimonio propio o de la familia para satisfacer su necesidad, así mismo se puede llegar al homicidio por el mismo fin sin sentir conciencia ni remordimiento por ello. De igual forma existe una grave tendencia a sugerir el uso a otras personas.

Cualquiera de estos trastornos, bajo la visión de del DSM-IV, implica la insuficiencia para la vinculación relacional del individuo y por ende la imposibilidad de consentir en los términos de las obligaciones esenciales del matrimonio.

De esta exposición se puede entender que, aplicado al matrimonio, el consentimiento puede verse afectado en el proceso de su formación pura, o luego de realizado el acto de consentir puede devenir en viciado.

---

<sup>23</sup> Presentación Doctora Carmen Ojeda, Curso de Nulidad Eclesiástica, Quito 14-17 Septiembre de 2009.

## CAPÍTULO II

### LEGISLACIÓN ECUATORIANA VIGENTE

**Normas de derecho positivo que rigen la materia.-** A continuación se realizará el análisis de las normas Constitucionales y de Derecho Civil que rigen la celebración del matrimonio civil y que nos dan el marco jurídico dentro del cual debemos realizar el estudio del consentimiento matrimonial.

#### 1.- Normas Constitucionales e Instrumentos Internacionales aplicables.-

La Constitución de la República del Ecuador dispone en el artículo 67:

*"Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.*

*El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, **se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes** y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal".*<sup>24</sup>

SIC (Las letras en negrillas son mías)

De igual forma debemos citar otras normas constitucionales relacionadas con el tema estudiado:

*Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: ...*

*3. El derecho a la integridad personal que incluye:*

*a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. ...*

*5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás. ..."*

Considerando que el matrimonio y el consentimiento (materia de nuestro análisis y estudio) también ha sido tratada en instrumentos internacionales es necesario remitirnos al artículo 426 de la Constitución:

*"Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.*

*Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.*

<sup>24</sup> Constitución de la República del Ecuador, R.O. 20, Octubre de 2008.

*Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidas en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.*

Me he permitido hacer esta concordancia con la finalidad de citar instrumentos internacionales que ayudarán al desarrollo de la tesis:

**1. “Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto De San José de Costa Rica" suscrito el 22 de Noviembre de 1969”.**

*Art. 17.- Protección a la familia.-*

*1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.*

*2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.*

**3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. ...”**

**(SIC. Error en la Fuente, el resaltado en negrillas es mío)**

**2. “Declaración Universal de Derechos Humanos”**

*Art. 16.-*

*1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.*

**2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos, podrá contraerse el matrimonio. ...”**

**(SIC. Error en la Fuente, el resaltado en negrillas es mío)**

**3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.- R.O. 101, 24/01/1969.**

*“Art. 23.-*

*1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*

*2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.*

**3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.**

*4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al*

*matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos".*

**(SIC. Error en la Fuente, el resaltado en negrillas es mío)**

Estas normas constitucionales y de instrumento internacionales nos dan claridad jurídica respecto de las nuevas consideraciones que el asambleísta ha tomado sobre el tema y de las condiciones progresistas que deben ser desarrolladas por la Ley al continuar normando el matrimonio.

Debe señalarse que la Constitución actualmente constituye una norma de aplicación directa y vinculante de conformidad al artículo 426 de la Constitución. Es necesario hacer énfasis en que, el matrimonio deberá celebrarse por un hombre y una mujer y que la norma constitucional resalta que el matrimonio consiste en *"la unión"* de ellos. Lo asimila a un consorcio de vida, alejándose de la visión *"contractualista"* tradicional. De igual forma, define que *"la unión"* encuentra su fundamento en el *"libre consentimiento de las personas contrayentes"*. La norma fundamental acepta de manera expresa la importancia esencial de la prestación de un adecuado acto humano decisorio, exteriorizado en el consentimiento, como requisito fundamental para su celebración. En consecuencia, el juzgador precisa realizar el debido análisis de la formación del consentimiento, para dirimir respecto de la validez o no del matrimonio. Ello también implica que, para ese análisis, deberá considerar los avances de la ciencias psicológicas y psiquiátricas que estudian la correcta formación del *"acto humano"* y por ende de su exteriorización: del consentimiento.

Bajo estas consideraciones, es necesario explicar que se deben generar las actualizaciones a la normativa legal vigente en coherencia a la norma fundamental, como se lo estudiará más adelante. También resulta interesante analizar que se requiere de capacidad legal de los celebrantes, lo cual enfatiza también la necesidad de clarificar el requisito de *"capacidad legal"* aplicable al matrimonio.

Algunos estados en sus legislaciones han puesto en vigencia el denominado *"matrimonio consensual"*. Entendiendo éste, como el reconocimiento de existencia de matrimonio que hace el derecho a la unión de personas en la que, únicamente se requiere el consentimiento de los individuos como origen del vínculo matrimonial. Considero que éste, no es el caso de Ecuador, en parte, en consideración a que la misma Constitución en el artículo 67, segundo inciso, establece que existen más requisitos fundamentales para el matrimonio, como lo son: *"...unión entre hombre y mujer, ..... igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal."*, indispensables para su existencia y validez. Por otra parte, la Constitución dispuso al definir las uniones de hecho, en el artículo 68<sup>25</sup> que la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial generarán los mismos derechos y obligaciones que tiene el matrimonio, pero en ningún momento el asambleísta les dio la calidad de matrimonio consensual, sino sólo unión de hecho consensual, por tanto no se aplica en el Ecuador.

---

<sup>25</sup> "Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.

El asambleísta para el matrimonio fijó, como requisito constitucional, la diferencia de de sexos, pero para las uniones de hecho no. Esta conclusión se la puede desarrollar de la lectura del precitado artículo 68, cuando dispone: **“la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial”**, sin que haya hecho la distinción. Interpretando la norma constitucional al tenor de los artículos 11 numeral 4<sup>26</sup> y el 427<sup>27</sup> de la misma carta fundamental se infiere que, en el caso de las uniones, fue más progresista la consideración jurídica; seguro con la finalidad de regularizar la situación de una parte de la población heterosexual, así como también las uniones del mismo sexo que exigían una forma de hacer efectiva su derecho de igualdad jurídica ante la Ley.

## 2.- Normas del Código Civil.-

El Código Civil tradicionalmente ha definido el matrimonio de la siguiente manera:

*Art. 81.- Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.*

Para un mejor entendimiento del matrimonio los tratadistas han explicado la definición de la siguiente manera:

**a) “El matrimonio es un contrato”.-** Para explicar esta parte de la definición legal, debemos remitirnos a la que el legislador ha elaborado para “Contrato”, que podemos encontrarla en el Libro Cuarto del Código Civil en el Artículo 1454<sup>28</sup>. El legislador, al definir el matrimonio como un contrato, lo hizo en virtud del evidente acuerdo de voluntades entre los contrayentes, que también es la base de los convenios normados en el Libro Cuarto del Código Civil.

El matrimonio se fundamenta en el consentimiento mutuo y libre por el que manera conciente, las partes se comprometen a las finalidades del matrimonio civil, esto es, vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente. Sin embargo, es preciso aclarar que no podría plenamente aplicarse al matrimonio civil; toda vez que, cada parte no puede estar compuesta por una o más personas, pues el matrimonio es monogámico. De igual forma debe exponerse que *“el acuerdo de voluntades”* no permite que las partes pacten libremente sus futuros efectos, condiciones o compromisos; sino que los derechos y obligaciones ya han sido previstos por el legislador cuando señaló los fines del matrimonio. Así mismo el legislador fijó los derechos y obligaciones, los que son desarrollados en el Código Civil a partir del artículo 136 en el Libro Primero.

<sup>26</sup> “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: ...

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales...”

<sup>27</sup> “Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.”

<sup>28</sup> “Art. 1454.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”, Código Civil ecuatoriano.

Las finalidades del matrimonio las enmarcó en *"vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente"*. Por ello, tratadistas han explicado que el matrimonio es un contrato sólo al momento de su celebración (por el acuerdo de voluntades), sin embargo constituye una institución jurídica, pues el derecho ya ha previsto sus finalidades, efectos, derechos y obligaciones. Para Manuel Somarriva Undurraga, la idea de considerarlo como institución y como contrato *"no es inconciliable"*<sup>29</sup>, bajo la explicación antes indicada. Para Marcel Planiol y Georges Ripert, la palabra matrimonio tiene dos sentidos, el primero consiste en la *"convención o voluntad de vivir juntos y otra el género de vida que de ella resulta"*<sup>30</sup>, en el primer sentido se puede explicar que el matrimonio se contrae, termina, es válido o nulo, situaciones que son implícitas a los contratos. Por ello *"afirmar que el matrimonio no es un contrato equivale a jugar con las palabras, porque es un estado de vida, que nace de un contrato, llamado también matrimonio"*<sup>31</sup>. Renard lo explica de la siguiente manera: *"Las leyes del matrimonio y las condiciones para que sea benéfico, no se han dejado a la libre selección o decreto arbitrario de los que lo contraen; sin duda hay libertad de contraerlo, pero el matrimonio no es el contrato mismo, sino la unión producida por el contrato..."*<sup>32</sup>. A través del consentimiento las partes, que contraen matrimonio, deciden adecuar sus conductas a los fines del matrimonio que han sido ya referidos. El consentimiento prestado en el matrimonio debe ser coherente con las finalidades señaladas y seguir todo el proceso del acto humano, esto es: conocer, entender, valorar, ponderar, discernir, elegir, exteriorizarlo de manera libre aceptando las finalidades matrimoniales antes indicadas, así como la ejecución de esa decisión en coherencia al consentimiento prestado debidamente.

Las finalidades, esto es la cohabitación, procreación, implícito el débito conyugal, así como la protección y auxilio mutuo entre los cónyuges será el debido actuar de quienes lo han contraído. Cabe señalar que la definición civil de matrimonio y su contenido es muy similar en Ecuador, Chile, Colombia, Perú y Argentina; poco a poco en todos estos países las legislaciones se ha desarrollado consideraciones de igualdad de derechos y obligaciones entre los cónyuges, superando situaciones de desigualdad de la mujer. En nuestro país lo podemos apreciar al leer el artículo 67 de la Constitución Política del Ecuador, así como el artículo 136 segundo inciso<sup>33</sup> que prevén que el matrimonio se fundamenta en la igualdad de derechos y obligaciones de los celebrantes.

**b) Solemne**.- Para comprender esta característica nos debemos remitir nuevamente al Cuarto Libro de nuestro Código Civil, en esta ocasión al artículo 1459<sup>34</sup>. De esta forma tenderemos claro cuándo un contrato es real, consensual o solemne. Es evidente

<sup>29</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, Derecho de Familia, Tomo I, Ediar Editores 1988, Pág. 18.

<sup>30</sup> Planiol, Marcel y Ripert, Georges, Derecho Civil, Derecho Civil, Oxford, Volumen 8, Primera Serie, Pág. 115.

<sup>31</sup> Íbidem.

<sup>32</sup> Renard, G. La Théorie de L'institution. T.I., p 138-140, citado por Larrea Holguín, Juan, Derecho Civil del Ecuador, Tomo II, Derecho Matrimonial, Cuarta Edición.

<sup>33</sup> "Art. 136.- Los cónyuges están obligados a guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.

El matrimonio se constituye sobre la base de igualdad de derecho y deberes de ambos cónyuges."

<sup>34</sup> Art. 1459.- El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

que el matrimonio no es *“contrato real”*, pero sí evidencia que sea *“consensual”* por la voluntad de ambos contrayentes; y *“solemne”*, pues la ley ha previsto las formalidades que debe cumplir. De la definición constitucional actual, se podría creer que el desarrollo legal debe seguir esa visión (consensual), sin embargo, la mayor parte de las legislaciones han previsto los requisitos formales a cumplirse en su celebración, pues los estados deben garantizar la estabilidad que debe tener el matrimonio para la formación de familias y éstas para un correcto desenvolvimiento de la sociedad. El legislador en el Ecuador ha previsto que el matrimonio debe cumplir formalidades esenciales para su validez que están expresamente señaladas en el artículo 102 del Código Civil<sup>35</sup>, que de no cumplirse provocarían que el acto no surta efectos civiles. El señalamiento hecho por el asambleísta cuando dispuso en el artículo 67 que el matrimonio se fundamentará en el *“libre consentimiento”* no es contrario que éste debe ser prestado ante el funcionario autorizado y competente. Esta formalidad asegura el trato que la gravedad del acto requiere, así como permite a través del funcionario, asegurar que el consentimiento prestado sea el adecuado.

**c) “Un hombre y una mujer”.-** La mayor parte de las legislaciones siguen esta consideración. En el Ecuador ha sido ratificada a nivel constitucional en el segundo inciso del artículo 67 ya invocado. Los estados en los que es legal el matrimonio entre parejas del mismo sexo son los Países Bajos (2001), Bélgica(2003), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Noruega (2009), Suecia (2009), Portugal, Islandia, Argentina, México, y Uruguay (2010), dentro de los Estados Unidos, existen estados en los que también es permitido como lo son: Massachussets (2004), Connecticut (2008), California (2008), Iowa (2009), Maine (2009), New Hampshire y Distrito de Columbia (2010); y Nueva York (2011). A nivel legal el artículo 81 deja claro que requiere de diferencia de sexos, sin embargo no es así para las uniones de hecho, como ya lo he expresado. Que sea entre un hombre y una mujer es coherente con la característica del matrimonio de ser una institución monogámica.

**d) “Se unen”.-** Esta expresión resalta la plena articulación que debe existir entre los cónyuges desde el momento de la celebración, en relación con la visión uniforme que les permitirá vincularse perfectamente en sus intereses, sexualidad y proyectos de vida. Se atenderá contra esta esencia del matrimonio si por alguna causa interna o externa de los individuos no están en capacidad lograr la unión total de ellos. La unión matrimonial debe ser plena, por ello no podrá estar sujeto a condición, plazo o modalidad. Por este motivo, en el año 1989 se reformó el artículo 81 del Código Civil y se le eliminó de la definición las expresiones *“actual”* e *“indisoluble”*. En el primer caso, la palabra *“actual”* podría hacer entender que la unión es únicamente al momento de la celebración; y en el segundo caso, la palabra *“indisoluble”*, era poco coherente con la realidad de terminar el matrimonio por divorcio que se encontraba vigente en el Ecuador.

---

<sup>35</sup> Art. 102.- Son solemnidades esenciales para una validez del matrimonio: 1) La comparecencia de las partes, por sí o por medio de apoderado especial, ante la autoridad competente; 2) La constancia de carecer de impedimentos dirimientes; 3) La expresión de libre y espontáneo consentimiento de los contrayentes; 4) La presencia de dos testigos hábiles; y, 5) El otorgamiento y suscripción del acta correspondiente.

e) **"Con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente".-** Estas son las finalidades del matrimonio que se refieren a la cohabitación, la procreación y el socorro que deben prestarse. Desarrollando, de manera adicional, este punto podemos explicar los avances de la legislación, en cuanto a la igualdad de derechos, toda vez los tratadistas exponían que era la mujer quien tenía la obligación de seguir al marido y de recibirle en su casa<sup>36</sup>. También se explica que debe incorporarse los alimentos que se deben mutuamente, el débito conyugal, la protección que debe dar el marido a su mujer y la obediencia de ésta a su favor. El auxilio y el socorro mutuo, es explicado en dos ámbitos principales. El primero estará vinculado con lo patrimonial, pues cada cónyuge deberá aportar en la medida de sus posibilidades para el mantenimiento del hogar común; y el segundo con la asistencia moral y espiritual en los diversos reveses de la vida como enfermedades o situaciones difíciles. Doctrinarios hacen diferencias entre los derechos y obligaciones matrimoniales, de los fines propiamente, sin embargo se podría concluir que los derechos y obligaciones matrimoniales que constan a partir del artículo 136 del Código Civil ecuatoriano, son un desarrollo de los primeros. Para el Doctor Juan Larrea Holguín debería también incorporarse otra finalidad dentro de la definición civil: la educación de la prole.

Luego de analizar la definición del matrimonio podemos concluir que ésta prevé requisitos que tienen que cumplirse para la celebración del matrimonio, por ello la doctrina ha explicado que existen requisitos esenciales para su existencia y también requisitos para su validez.

### **3. Determinación de Requisitos de Existencia y Requisitos de Validez.-**

Los requisitos de existencia permitirán establecer si el matrimonio se realizó o no, a diferencia de los segundos, que permiten determinar que si el matrimonio existente surte o no efectos civiles.

#### **a) Requisitos de existencia.-**

Doctrinalmente se discute mucho este tema, toda vez que el legislador no ha establecido expresamente requisitos de existencia, sino que estos se pueden colegir del cumplimiento de los elementos esenciales propios del "contrato" de matrimonio. Sin embargo las legislaciones, incluida la nuestra, han asimilado la inexistencia jurídica como una consecuencia de la nulidad y la existencia como el resultado de la validez. Nuestra legislación no desarrolla acción para declarar la inexistencia, sino acciones encaminadas a declarar la nulidad (invalidez) de los actos y contratos. Doctrinarios han explicado que en el caso de inexistencia de matrimonio basta con dejar constancia de tal situación. Para el caso de la invalidez se deberá seguir el respectivo juicio de nulidad, pues ésta debe ser declarada judicialmente. La doctrina jurídica, ha identificado los siguientes requisitos de existencia:

- Diferencia de sexos
- Consentimiento: simple expresión positiva de la voluntad : "si acepto"
- Ante funcionario autorizado (autoridad con facultad de celebrar)

---

<sup>36</sup> Larrea Holguín; Juan, Derecho Civil del Ecuador, Tomo II, Derecho Matrimonial, Cuarta Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones 1985. Pág. 68.

**Diferencia de Sexos.-** Como expusimos anteriormente la Constitución de la República del Ecuador, así como el Código Civil, en sus sendas definiciones han dispuesto que el matrimonio puede ser contraído sólo entre un hombre y una mujer, vetándose la posibilidad de matrimonios entre personas del mismo sexo; de tal forma que, si dos hombres o dos mujeres acuden a celebrarlo, no habrá matrimonio por más que exista el consentimiento mutuo de las parejas del mismo sexo.

Podría darse el caso que una persona haya corregido sus datos del Registro Civil, consecuencia de un cambio de sexo de femenino a masculino o viceversa, luego intente a contraer matrimonio. Aceptada la actualización del cambio será muy difícil oponerse al matrimonio en tal situación, pues ha sido aceptado por la propia autoridad de Registro Civil, seguramente bajo la respectiva instrucción judicial. Procederá legalmente el matrimonio, pese al evidente atentado contra la moral y las buenas costumbres, sin embargo si la condición de cambio de sexo fue ocultada al otro contrayente, podría la situación en un vicio del consentimiento.

**Consentimiento.-** Se considera al consentimiento en su forma más simple, esto es, en la exteriorización positiva de la voluntad, decir “sí” “acepto” frente a la autoridad. En esta etapa, en ningún momento se analiza si el consentimiento estuvo viciado o forzado, o si existe plena voluntad o entendimiento del acto por parte del o los sujetos que intervienen. Es casi imposible que se dé un caso en el que no exista consentimiento, salvo en que lo hubiera forjado respecto de alguien que no lo pudiera prestar. Para Somarriva sólo la falta absoluta de consentimiento provocará la inexistencia, esta situación es muy difícil de suceder, pues implicaría que la autoridad declare casados a quienes no expresaron su voluntad<sup>37</sup>. El matrimonio se funda en el mutuo consentimiento de los contrayentes que acuden a celebrarlo ante la autoridad correspondiente, por ello, una vez que se expresado el consentimiento por hombre y mujer, así estuviere defectuoso de alguna manera, se habrá celebrado el contrato e iniciará su existencia, aunque luego se lo declare nulo por la causa que fuere, generará los efectos, derechos y obligaciones propios de la institución. De esta manera podemos demostrar que para que un matrimonio sea declarado nulo, previamente debe verificarse su existencia.

**Ante funcionario autorizado.-** Es más evidente que este requisito sea considerado esencial para la existencia, toda vez que, mal podrá existir matrimonio si una pareja acude a celebrarlo ante alguien no habilitado para ello. Debe ser contraído ante el funcionario idóneo con capacidad suficiente para celebrarlo, esto es, es el Jefe del Registro Civil o su delegado, no jueces, notarios u otros funcionarios, así lo dispone el artículo 94 del Código Civil<sup>38</sup>. De esta manera el Estado guarda la seriedad del acto y lo anota en el Registro Civil correspondiente.

Para el tratadista Manuel Somarriva es necesario diferenciar entre inexistente y nulo, pues el matrimonio nulo puede dar origen a un matrimonio putativo<sup>39</sup>, mientras

<sup>37</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, Derecho de Familia, Tomo I, Ediar Editores, Santiago de Chile, 1988, Pág. 28.

<sup>38</sup> “Artículo 100 C.C.- El matrimonio civil en el Ecuador se celebrará ante el Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación, ...” (SIC.- se ha extraído sólo una parte de la norma citada)

<sup>39</sup> Art. 94 C.C.- “El matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere, surte los mismos efectos civiles que el válido, respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, y respecto

que un matrimonio inexistente jamás habrá "nacido" para el derecho ni tiene oportunidad de generar uno putativo. De igual forma en el caso de la nulidad, ésta debe ser declarada judicialmente, mientras que en el segundo caso sólo debe ser constatada por el juzgador.

**b) Requisitos de Validez.-** El legislador ha previsto que la validez de un acto o un contrato estará determinada por el cumplimiento de los artículos 9 y 1697 del Código Civil; esto es, si el acto o contrato ejecutado no es de aquellos que están prohibidos expresamente por la Ley y si éste ha sido cumplido con los requisitos que la misma Ley prescribe, pues estaremos frente a un acto o contrato válido. Por el contrario, realizar un acto vedado por la normativa legal provocará la nulidad del mismo, excepto si la propia Ley ha designado otro efecto para tal caso. De igual forma, si al acto o contrato le hace falta uno o más de los requisitos señalados por la Ley se tendrá la misma consecuencia: su nulidad o invalidez.

Conforme al libro Cuarto del Código Civil la nulidad podrá ser absoluta o relativa, dependiendo en el primer caso si la causa es por: a) objeto o causa ilícita, b) omisión de requisitos o formalidades previstas por la Ley para su validez, c) en consideración a la naturaleza de los actos o contratos, o d) por haber sido ejecutados por personas absolutamente incapaces; y en el segundo caso, por cualquier otro vicio que lo afecte.

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún de oficio, cuando ésta fuere manifiesta. Puede ser solicitada por cualquiera que tenga interés en ello, salvo la persona que ha ejecutado el acto o contrato en conocimiento o debiendo conocer del vicio o por el Ministerio Público. Este tipo de nulidad no puede sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de sus participantes. En cambio la nulidad relativa sólo puede ser declarada por el juez, únicamente a petición de parte afectada y sólo respecto a quienes la Ley les ha conferido esa facultad, sus herederos o cesionarios. La nulidad relativa puede ser subsanada por la ratificación de las partes o por el transcurso del tiempo.<sup>40</sup>

Sin embargo tratándose del matrimonio esta doble posibilidad no existe, sólo estaremos frente a la nulidad, que afectará al contrato de matrimonio quitándole su valor plenamente. Es por este motivo que los tratadistas explican que las causas de nulidad matrimonial están expresa y taxativamente previstas en la Ley. La doctrina ha distinguido tres requisitos principales para la validez de un matrimonio, su falta provocará la nulidad, teniendo cada una de ellas varias posibilidades:

- Consentimiento libre y espontáneo.
- Capacidad de los contrayentes.
- Solemnidades.

Para los efectos de la tesis, me referiré puntual y principalmente a las dos primeras, pues en ellas se encuentran las que tienen que ver con el estudio del consentimiento.

---

de los hijos concebidos dentro de dicho matrimonio. Pero dejará de surtir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges. ..."

<sup>40</sup> Artículos 1699 y 1700 del Código Civil.

#### 4. Consentimiento libre y espontáneo.-

##### a) Análisis del Consentimiento en el Matrimonio.-

Tal cual la Constitución y los Instrumentos Internacionales lo han previsto se requiere de un libre y espontáneo consentimiento, por ello, se lo estudiará ya no como la simple expresión positiva de la voluntad, sino que se debe profundizar en su análisis, en primera instancia para poder determinar si el proceso de formación del consentimiento se ha desarrollado correctamente, esto es, si hubo el correcto proceso del intelecto de entendimiento, deliberación y voluntad en el acto de consentir (acto humano), o si el mismo ha quedado afectado por alguna causa externa o interna, más conocidas como “vicios”. Generalmente las legislaciones han desarrollado a plenitud los vicios del consentimiento, que afectan a la voluntad del individuo, sin embargo se ha obviado el análisis y el desarrollo jurídico respecto de la formación del consentimiento mismo como causa de nulidad matrimonial. Entendiendo tal el correcto conocer, discernir, valorar, elegir, exteriorización y ejecución del acto, lo cual supone un sano estado de capacidad de intelecto y voluntad de la persona. La intención de esta tesis es evidenciar la necesidad de una reforma legal que prevea en un sólo artículo las posibles causas de incapacidad consensual, las mismas que son distintas a las ya desarrolladas para el consentimiento viciado.

El consentimiento es la manifestación de la voluntad por la cual de manera unilateral o bilateral se declara, reconoce o adquiere derechos u obligaciones permitiendo en consecuencia, la generación de un acto o contrato.

Cabe resaltar que previo a la formación del “acto jurídico” ha existido todo un proceso de formación del consentimiento y de la voluntad (acto humano), el cual fue analizado desde el punto de vista psicológico en la primera parte de esta tesis, y se definió el mismo como “acto voluntario del hombre”. Este se materializa o expresa en los términos constantes en el instrumento y con las formalidades que la Ley haya previsto. Por ello, puede llegar a confundirse la voluntad y el acto jurídico en sí, pero se hace evidente que la voluntad y la manifestación de ésta es necesaria para que exista acto jurídico.

En el caso del matrimonio la voluntad se manifiesta ante la autoridad competente, aunque estuviera afectada por algún motivo, e inclusive pueda quedar oculta la afectación para el funcionario pertinente.

##### b) Coherencia entre Consentimiento Expresado y Voluntad Interna.-

Para el estudio deberá analizarse si la voluntad expresada a través del consentimiento es real, esto es, que el acto esté soportado por una verdadera voluntad interna psicológicamente considerada y por ello que sea íntegro. El consentimiento según Bonnacase es “... *el acuerdo de voluntades constitutivos del contrato.*”<sup>41</sup>, el cual

<sup>41</sup> Bonnacasse, Julien; Tratado Elemental de Derecho Civil, Primera Serie, Volumen 1, Biblioteca Clásicos del Derecho, Oxford University Press, México, Septiembre del 2000, Pág. 794.

debe mantener su integridad para que sea válido. No lo habrá " ... si se ha otorgado únicamente por error, o si se ha obtenido por violencia, o sorpresa debida a dolo" <sup>42</sup>.

Como lo expuse anteriormente, el consentimiento libre y espontáneo, supone que éste sea real, esto es, de acuerdo con la intención psicológica interna. Que haya uniformidad entre lo querido (el acto volitivo) y su exteriorización. De no ser así, estaríamos frente a una "simulación" del acto matrimonial. Siguiendo al doctor César Coronel en su obra "La Simulación de los Actos Jurídicos", acto simulado es "... el que tiene apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece. Está destinando a producir una ilusión en el público, o porque induce a creer en su existencia, cuando en verdad no se realizó o porque produce una imagen distinta de su verdadera naturaleza" <sup>43</sup>. En este mismo libro, el Doctor Coronel Jones, explica su naturaleza jurídica, indicando que la simulación no constituye un vicio del consentimiento, no es asimilable al dolo, ni es una causal de nulidad. En el Capítulo IV de la misma obra, al estudiar los "Actos Simulables y no Simulables", considera que el matrimonio es de aquellos "Actos Extrajudiciales" no simulables, incluso por considerar que se celebra con la intervención de la autoridad competente que le da formalidad. Debemos aceptar que el legislador no ha considerado la simulación como capítulo de nulidad al prever las nulidades matrimoniales, las mismas que para esta institución son taxativas, particulares y sui generis. Sin embargo atendiendo la realidad, es indiscutible que debería ser prevista como causal de nulidad tal como lo hace el derecho canónico en el artículo 1101 <sup>44</sup> al normar el consentimiento matrimonial. No coincido con el planteamiento del Doctor Coronel, respecto que expresar el consentimiento frente a la autoridad de Registro Civil, asegura que el consentimiento expresado bajo dicha formalidad, responda necesariamente al acto interno de la voluntad verdadera del individuo. Podemos poner por ejemplo, los casos de las personas extranjeras que se casan con ecuatorianos, sólo bajo la intención de obtener la nacionalidad por naturalización, acogiéndose al numeral 4 del artículo 8 de la Constitución <sup>45</sup>. En estos casos el matrimonio es sólo una simulación y la intención principal no está en iniciar el consorcio de vida bajo las finalidades del artículo 81 del Código Civil, sino de obtener nacionalidad. Por ello se consiente en el matrimonio externamente, pero internamente se lo rechaza en sí mismo o se rechaza alguno de sus elementos esenciales. Considerando el contenido del artículo 67 de la norma fundamental es necesario reformar el Código Civil para que conste un capítulo de nulidad referente a la simulación del acto matrimonial.

---

<sup>42</sup> Bonnecasse, Julien; Tratado Elemental de Derecho Civil, Primera Serie, Volumen 1, Biblioteca Clásicos del Derecho, Oxford University Press, México, Septiembre del 2000, Pág. 798-799.

<sup>43</sup> Coronel Jones, César; La Simulación de los Actos Jurídicos, Editorial Nomos Ltda., Bogotá – Colombia, Enero de 1989, Pág. 22.

<sup>44</sup> Art. 1101 Código de Derecho Canónico.- " 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 voluntad el matrimonio mismo, o un elemento esencial del matrimonio, o una propiedad esencial, contraen inválidamente".

<sup>45</sup> Art. 8 constitución de la República del Ecuador.- "Son ecuatorianas y ecuatorianos por naturalización las siguientes personas: ...

4. Las que contraigan matrimonio o mantengan unión de hecho con una ecuatoriana o un ecuatoriano, de acuerdo con la ley. ...".

### c) Vicios del Consentimiento.-

La doctrina jurídica ha establecido que junto a la existencia del consentimiento es necesario la integridad del mismo, identificado tres tipos situaciones atentatorias a las que ha denominado “vicios” y son: a) error, b) fuerza y c) dolo, de conformidad al artículo 1467 del Código Civil<sup>46</sup>, desarrollando su alcance en los subsiguientes artículos del referido capítulo.

Tratándose del matrimonio, el legislador sólo ha considerado los dos primeros vicios en el desarrollo de las normas civiles que provocan la nulidad del matrimonio. Según Larrea Holguín: *“No se suele admitir el dolo como vicio de consentimiento matrimonial sea porque no interesa quién haya causado el error, sea porque se pondría en grave peligro la estabilidad del matrimonio si se permitiera probar que hubo engaño (intención dolosa de inducir al error). El dolo implica una actitud subjetiva – intención – encaminada a perjudicar, y el mayor perjuicio se produciría, si precisamente se declarara nulo el matrimonio por dolo. Además se haría necesario ingresar en el peligroso laberinto de la investigación de las intenciones, cosa extremadamente difícil”*.<sup>47</sup> Así podemos entender que el dolo puede estar implícito en alguna de las causas sí previstas, como por ejemplo, el dolo puede ser la razón del error, o de la fuerza empleada para provocar el consentimiento, pero lo evidente y susceptible de probar en el proceso es el error o la fuerza más no aquél.

De igual forma Larrea explica que la nulidad por dolo siempre tiene carácter de indemnización, y en este caso no hay mejor reparación que restablecer las cosas al estado anterior. Situación que ya se da probando el error o la fuerza y declarando la nulidad del acto matrimonial.

El legislador ecuatoriano, siguiendo estas consideraciones, recogió en el artículo 96 del Código Civil<sup>48</sup> los vicios particulares aplicables al matrimonio. Estas situaciones que afectan el consentimiento pueden provenir ya fuere de uno o de ambos contrayentes, pero siempre deberán estar presentes al momento de celebrarse el matrimonio, esto es deben ser actuales.

Si esta circunstancia estuviere presente de manera previa o anterior al acto matrimonial, implicaría que la situación fue aceptada por el o los contrayentes, en consecuencia, el consentimiento prestado no se vería afectado pues se ha otorgado con la venida de “el”, o de “los” participantes. Si la situación se presentara en un momento posterior a la celebración, la decisión se habría tomado sin que haya estado bajo

---

<sup>46</sup> Art. 1467.- Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo.

<sup>47</sup> Larrea Holguín, Juan, Derecho Civil del Ecuador, Tomo II, Derecho Matrimonial, Cuarta Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1985, Pág. 86.

<sup>48</sup> Art. 96.- “Es igualmente causa de nulidad del matrimonio la falta de libre y espontáneo consentimiento por parte de alguno o de ambos contrayentes, al tiempo de celebrarse el matrimonio, sea que provenga de una o más de estas causas:

1. Error en cuanto a la identidad del otro contrayente;
2. Enfermedad mental que prive del uso de razón;
3. Rapto de la mujer, siempre que ésta al momento de celebrarse el matrimonio, no haya recobrado la libertad; y,
4. Amenazas graves y serias, capaces de infundir un temor irresistible.”.

influencia o sometimiento alguno. Por ello el legislador previó expresamente que la o las causas previstas en la Ley deben presentarse "al momento de celebrarse el matrimonio", esto es, afectar o estar vigentes en el instante de prestar el consentimiento. Las causas que afectan al matrimonio posterior a su celebración no lo serán de nulidad, sino de divorcio.

Luego de esta explicación procedo al análisis de las causas previstas en el Código Civil de manera taxativa como vicios del consentimiento.

#### **i) Error en cuanto a la identidad del otro contrayente.-**

El error consiste en tener juicio impreciso o equivocado que contrasta de manera contraria con la realidad o la naturaleza de las cosas. Cabanellas lo explica como: "...vicio del consentimiento originado por un falso juicio de buena fe, que en principio anula el acto jurídico cuando versa sobre el objeto o la esencia del mismo..."<sup>49</sup>. En consecuencia, es la falsa apreciación que tenemos de la realidad. En virtud de ésta consentimos para la celebración de un acto o contrato. Si no hubiera esa equivocación no lo habríamos consentido o aceptado.

El error, por regla general, no vicia el consentimiento, sino cuando ésta sea la razón trascendental para contratar, conforme al artículo 1471<sup>50</sup>. Es evidente que en el caso del matrimonio la otra persona es la causa principal del contrato, por ello el legislador lo previó como causa de nulidad matrimonial por vicio del consentimiento.

El error, conforme al Código Civil, se debe dar en "cuanto a la identidad del otro contrayente". Para Manuel Somarriva el alcance del error puede darse respecto de a) la persona física, b) en cuanto a la persona civil o social; o c) en cuanto a las cualidades de la misma.

En el primer caso, esto es, el error en cuanto a la identidad física de la persona, los tratadistas no tienen discusión doctrinal, resulta evidente que si alguien contrae matrimonio con una persona que se creía era determinado sujeto por ser físicamente igual, pero no lo es, pues existe un consentimiento viciado; sin embargo es una situación muy poco probable en la realidad. Expone Meza Barros "*De esta índole es el error sobre la persona física del contrayente, como el de quien se casa con María creyendo casarse con Juana, que la suplantó en el acto del matrimonio (23)*".<sup>51</sup>

Considerando que el individuo no es sólo su realidad física sino también atributos y cualidades esenciales, se explican los dos siguientes casos, pero siempre entendiendo

<sup>49</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1988, Pág. 117.

<sup>50</sup> Art. 1471.- "El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. Pero, pero en esta caso, la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios que, de buena fe, haya padecido por la nulidad del contrato".

<sup>51</sup> Meza Barros, Ramón; Manual de Derecho de la Familia, Tomo I, Colección Manuales Jurídicos No. 67, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, Pág. 38; (23) *Tal es el ejemplo propuesto por Pothier. Recuérdese el caso bíblico de Jacob en que Lia suplantó a Raquel*".

que dichas cualidades deben importar o ser esenciales del individuo. De tal forma que cambiándolas cambia la personalidad misma y por ende la consideración de contraer matrimonio.

En el segundo, se entendería que existe error cuando el individuo tiene una serie de características civiles que le dan un lugar dentro de la sociedad. La doctrina acepta estas cualidades civiles vician el consentimiento matrimonial. Planiol y Ripert, para este caso ponen por ejemplo el siguiente: *“...un aventurero falsifica los documentos que amparan a otra persona, y se presenta bajo un nombre que no es el suyo. No hay error sobre el individuo físico; el matrimonio ha querido contraerse con él pero ha habido un error sobre su filiación y origen, lo que constituye un error sobre la persona, es decir sobre su identidad jurídica”*<sup>52</sup>.

El tercer caso referente a las cualidades de la persona es muy amplio, pues podría referirse a cualquier calidad del individuo, sin embargo los doctrinarios lo han restringido a las cualidades sustanciales de la persona que llevarían a tomar la decisión de contraer el matrimonio. Meza Barros las explica con el siguiente ejemplo: *“... como si una mujer cree casar con un hombre honrado y lo hace con quien carga una larga serie de condenas criminales o un varón cree contraer matrimonio con una mujer honesta y se casa con una prostituta”*<sup>53</sup>. Somarriva lo explica con el siguiente ejemplo: *“...error en la calidad de hijo legítimo, en la religión, en el estado civil (se cree que la persona es soltera, cuando en realidad es divorciada), en la virginidad de la mujer, en creer honrado e intachable al otro contrayente, cuando en realidad ha sufrido una condena infamante, en cuanto a la fortuna, los títulos, etc.”*<sup>54</sup>. Por ser estas “cualidades” muy relativas se ha considerado que ellas deben ser sustanciales del individuo, de aquellas significativas para tomar la decisión de contraer matrimonio. Valencia Zea cita el Código Civil Alemán que, solucionarían estas dudas pues *“...tiene en cuenta el error sobre la persona o aquellas cualidades personales que de haberse conocido exactamente y con apreciación racional de la esencia del matrimonio, éste no se habría celebrado”*<sup>55</sup>.

La Constitución de la República del Ecuador ha desarrollado en el numeral 28 del Artículo 66 cuáles serían los atributos de la identidad personal<sup>56</sup>, pero no ha sido taxativa, pues al referirse a las características materiales e inmateriales de la identidad ha utilizado la expresión “tales como”. No obstante, esta norma constitucional ayuda en gran medida a darle aplicación al numeral 1 del artículo 96, pues previamente sólo la

<sup>52</sup> Planiol, Marcel y Ripert, Georges, Derecho Civil, Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, Volumen 8, Oxford University Press, México D.F., México, Septiembre 2000, Pág. 148.

<sup>53</sup> Meza Barros, Ramón; Manual de Derecho de la Familia, Tomo I, Colección Manuales Jurídicos No. 67, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, Pág.39.

<sup>54</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, Derecho de Familia, Tomo I, Ediar Editores, Santiago de Chile, 1988, Pág. 32.

<sup>55</sup> Valencia Zea, Arturo; Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Familia, Reimpresión Quinta Edición, Editorial TEMIS Librería, Bogotá, Colombia, 1985, Pág. 125.

<sup>56</sup> Art. 66.-“Se reconoce y garantizará a las personas: ...

28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales. ...”.

doctrina y no la legislación desarrollaba el posible contenido y alcance de este capítulo de nulidad; por ende se ha ampliado y hecho más flexible las nulidades matrimoniales.

## ii) Enfermedad mental que prive del uso de la razón.-

La enfermedad mental que priva del uso de la razón supone la presencia en el individuo de una anormalidad psíquica que impide el proceso del razonamiento, ya fuere de manera perenne o transitoria pero, en ambos casos, debe afectarlo al momento del acto matrimonial. Constituye un *"desorden de la actividad del intelecto o volitiva de la psiquis"*<sup>57</sup> y más que un vicio del consentimiento constituiría una *incapacidad*<sup>58</sup>, pues el sujeto está en imposibilidad de prestar su consentimiento por la falta de todo tipo de deliberación interna y por ende de conscientemente decidir respecto de la realidad. Es importante resaltar que la nulidad matrimonial no se provocará por error, fuerza o por dolo (vicios del consentimiento) sino por la absoluta incapacidad de consentir. De ahí la postura que esta causal debería extraerse del artículo 96 y junto con las otras causas de "incapacidad para consentir" plasmarse en uno nuevo que trate de la formación del consentimiento matrimonial.

Luis Parraguez sostiene que el Código Civil *"ha incurrido en una impropiedad al considerar a la enfermedad mental como vicio del consentimiento, toda vez que ella no ocasionan propiamente una distorsión de la libertad y espontaneidad de una voluntad de por sí sana, rasgo característico de tales vicios, sino que determina un estado más o menos permanente en el cual existe un deterioro de la voluntad y por ende, incapacidad del sujeto para celebrar actos jurídicos"*<sup>59</sup>. Ratificamos esta postura, pues cuando citamos los vicios del consentimiento señalados en el artículo 1464, esta situación no se encontró entre las causas enumeradas. Del mismo modo la doctrina no ha previsto ni desarrollado la enfermedad mental, cualquiera que fuera su denominación o forma de presentarse, como vicio del consentimiento pues no es uno de sus casos, sino que se la estudia como una incapacidad, pues constituyen causas que *"alteran la libre y correcta manifestación de la voluntad"*.

Sin embargo es preciso aclarar que, cuando el legislador la consideró como causa de nulidad, aunque erróneamente la incorporó en el artículo 96, trató de diferenciar e incorporar situaciones menos complejas que la demencia, pues ésta última es el estado más grave de alteración mental y que inclusive el legislador la previó en los artículos 1463 del Código Civil (definiéndola como incapacidad absoluta) y tratándose del matrimonio en el referido numeral 5 del 95, como un impedimento dirimente absoluto. Cabe resaltar que las causas de nulidad matrimonial son particulares, sui generis y taxativas, distintas de las causas de nulidad absoluta o relativa señaladas en el Libro Cuarto del Código Civil. Sobre la demencia en sí, me pronunciaré más adelante.

---

<sup>57</sup> García Baquerizo, José Miguel, Anotaciones de Clases Derecho Civil Personas, DocuCentro, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, John Chester Castro, Guayaquil, Ecuador, 2008, Pág. 41.

<sup>58</sup> González Alarcón, Hugo Manuel, Derecho Civil Personas y Familia, Texto Guía, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Sistema de Educación a Distancia, Octubre 2004.

<sup>59</sup> Parraguez Ruíz, Luis; Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Volumen I, Personas y Familia, Universidad Técnica Particular de Loja, Ciencias Jurídicas, Gráficas Hernández C. Ltda., Cuenca, 1999, Pág. 192.

Una vez diferenciada de la causal “demencia”, debemos señalar qué es lo que el legislador consideró para definir a la “enfermedad mental que priva del uso de la razón” como causa de nulidad. La enfermedad mental consistiría un trastorno o anomalía de los procesos cognoscitivos, de razonamiento, de comportamiento, de elección, de la aptitud para captar la realidad del entorno y adaptarse a ella, incluyendo también la facultad de relacionarse afectivamente. Por ello se considera más apropiado expresar estas situaciones como “trastornos mentales” que comprenden las psicopatologías. Estas se encuentran recogidas por el denominado CIE-10, que constituye la décima versión de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Otros Problemas de Salud, el mismo que está a cargo y publicado por la Organización Mundial de la Salud, de la Organización de Naciones Unidas. Este compila los códigos que contienen las clasificaciones de enfermedades, síntomas, eventuales causas, entre otros, y que en el Capítulo V, bajo el Código “F00-F99”, contiene los “Trastornos Mentales y del Comportamiento” que se clasifican de la siguiente manera:

1. (F00-F09) Trastornos mentales orgánicos incluidos los sintomáticos.
2. (F10-F19) Trastornos mentales y de comportamiento debidos a consumo de psicotrópicos.
3. (F20-F29) Esquizofrenia, trastorno esquizotípico y trastornos de ideas delirantes.
4. (F30-F39) Trastornos del Humor (Afectivos).
5. (F40-49) Trastornos neuróticos, secundarios a situaciones estresantes y somatomorfos.
6. (F50-59) Trastornos del comportamiento asociados a disfunciones fisiológicas y a factores somáticos.
7. (F60-69) Trastornos de la personalidad y de comportamiento del adulto.
8. (F70-79) Retraso Mental.
9. (F80-89) Trastornos del desarrollo psicológico.
10. (F90-98) Trastornos del comportamiento y de las emociones de comienzo habitual en la infancia y adolescencia.
11. (F99) Trastornos mentales sin especificar.

Cada uno de estos códigos incluye subclasificaciones, que no son otra cosa que el detalle de las posibles enfermedades que se presentan y adecuan a cada clasificación de acuerdo a las similitudes entre ellas. Cabe resaltar que, dentro de estos grandes grupos de enfermedades mentales, no todas las subclasificaciones provocarían la nulidad matrimonial civil, en virtud del numeral 2 del artículo 96 del Código Civil, pues en algunos casos, aquellas ya derivan en demencia (que está prevista como causal de nulidad matrimonial por constituir impedimento dirimente absoluto) y en otros, el trastorno (que no ha derivado en demencia) debe ser de tal gravedad que afecte el uso de la razón al momento de celebrar el matrimonio. Por ello, la situación se vuelve muy compleja. Necesariamente el juzgador, para llegar a la conclusión de la nulidad, deberá asistirse de peritos que le proporcionen la certeza, a mi consideración principalmente sobre tres temas: a) La existencia de una enfermedad mental de las previstas en el CIE-10, distinta de la demencia; b) Que esta enfermedad mental, en sus consecuencias o características, provoca la pérdida del uso de la razón de quien la padece; c) Que aquella afectó al individuo, pues se encontraban presentes sus efectos al momento de

la celebración del matrimonio. Considero que a la norma legal estudiada le hace falta un elemento esencial y que constituiría otra materia de prueba dentro del proceso: e) Cómo la enfermedad o trastorno mental impide que la persona pueda cumplir obligaciones esenciales del vínculo matrimonial (por la falta de razonamiento).

Sólo de esta forma el juez podrá concluir que el aparente consentimiento prestado no fue tal, pues quien lo expresó no estaba en aptitud de consentir.

Cabe resaltar que, estos trastornos mentales, al no ser de la gravedad de la demencia se presentan en diversos grados y no son necesariamente apreciables o determinables a simple vista. Eventualmente, el propio sujeto que las padece, puede que no estar conciente de su existencia, consecuencia del propio trastorno.

Resulta en principio extraño que en los casos previamente citados, se evidencie esta incapacidad consensual luego del matrimonio, sin embargo es sólo en la convivencia que se podría confirmar el trastorno mental. Estos hechos, que deberán ser valorados por los peritos, retrotraerán el análisis al momento de la prestación del consentimiento, pues tal como se expresó en el capítulo de análisis del Derecho Canónico, quien no es dueño de sí, producto del trastorno mental, mal puede obligarse para con otro comprometiéndose a las obligaciones del matrimonio.

Luego de este análisis se puede concluir que el individuo que padece una enfermedad mental que le priva del uso de razón, no padece en sí de un vicio de su consentimiento, sino que está imposibilitado de prestarlo, por ello, por técnica jurídica, no corresponde que este numeral segundo del artículo 96 se encuentre al tratar los vicios del consentimiento matrimonial.

También será aplicable los diversos trastornos de la personalidad que estudiamos en el punto "Estudio de los diversos tipos de trastornos de la personalidad" en "Impedimentos de la Psicología y Psiquiatría Moderna", bajo la Escuela de la Asociación Americana de Psiquiatría, que sigue el DSM-IV.

**iii) "Rapto de la mujer, siempre que ésta, al momento de celebrarse el matrimonio, no haya recobrado la libertad".**

En el presente caso se hace evidente el uso de la fuerza, de hecho, el caso citado por el numeral 3 del artículo 96 prevé que la mujer no ha recobrado la libertad en el momento de la celebración del matrimonio, por ello está viciado el consentimiento del que contrae bajo esta situación.

El rapto es la sustracción de la mujer de su hogar ya fuera con intenciones matrimoniales verdaderas o con fines deshonestos. Puede presentarse como rapto de fuerza o de seducción. El de fuerza es cuando por medio de violencias se sustrae a la mujer. En el de seducción se utiliza el engaño muchas veces con promesa matrimonial.

En nuestra legislación el Código Penal ha tipificado el delito del “Rapto” de los artículos 529 al 532,<sup>60</sup>. El primer caso, del artículo 529 del Código Penal, se protege al menor de más de siete años de edad; sin embargo, esta circunstancia no es de las previstas en el artículo 96, numeral 3 del Código Civil, toda vez que, por una parte, el raptado es un varón, y por otra parte, ya fuere mujer o varón, cualquiera de éstos no podría contraer matrimonio por ser impúberes. El varón que no ha cumplido 14 y la mujer que no ha cumplido 12 años, no puede contraer matrimonio pues tienen un impedimento dirimente absoluto conforme al artículo 95 numeral 2 del Código Civil<sup>61</sup>.

En el segundo caso, esto es el artículo 530 del Código Penal, el legislador previó el rapto de una niña menor de dieciséis años y fijó como sanción una pena de 3 a 6 años de reclusión menor. En este caso, bajo el estudio del Derecho Civil, la raptada no podría contraer matrimonio sin la autorización de quien debe prestarlo. El consentimiento se perfecciona con la licencia, asenso u autorización de la o las interpuesta (s) persona (s) que ejerce (n) la representación legal o la tutoría o la guarda. Así lo dispone el artículo 87 del Código Civil<sup>62</sup>. Sino no se diera la autorización, se entiende que el consentimiento es insuficiente y en consecuencia, el matrimonio celebrado sería nulo. Este caso de minoría de edad, la doctrina lo estudia dentro de los “otros casos” de impedimentos dirimientes.

En el caso del artículo 531 del Código Penal, esto es el rapto de una mujer de más de dieciséis años, sí podría celebrarse el matrimonio civil pese a la minoría de edad, si al momento de la celebración a la autoridad competente no le fuere evidente la privación de la libertad. A esta conclusión se puede llegar luego de revisar el artículo 89 del Código Civil<sup>63</sup>.

El Código Penal dispone en el artículo 532 que si el raptor contrae matrimonio con la menor de edad, no podrá ser perseguido por el delito cometido. El legislador ha entendido que, el matrimonio contraído, hace suponer el consentimiento válido de la mujer raptada pues ha consentido no sólo en el hecho del rapto, sino en regularizar su situación bajo la formalización mediante el matrimonio. Por ello dispone el mismo

---

<sup>60</sup> Código Penal Art. 529.- “Será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de cuarenta a cien sucres el que, con fines deshonestos, por medio de violencias, artificios o amenazas, hubiere arrebatado o hecho arrebatar a un menor de más de siete años de edad”.

Código Penal Art. 530.- “Si la persona arrebatada es una niña menor de dieciséis años, la pena será de tres a seis años de reclusión menor”.

Código Penal Art. 531.- “El que hubiere arrebatado o hecho arrebatar a una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiere consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor, será reprimido con uno a cinco años de prisión”.

Código Penal Art. 532.- “El raptor que se casare con la menor que hubiere arrebatado o hecho arrebatar, y los que hubieren tomado parte en el rapto, no podrán ser perseguidos sino después de haber sido definitivamente declarada la nulidad del matrimonio”.

<sup>61</sup> Código Civil Art. 95.- “Es nulo el matrimonio contraído por las siguientes personas: ...

2. Los impúberes; ...”

<sup>62</sup> Código Civil, Art. 87.- “Si la persona que debe prestar este consentimiento lo negare, aunque sea sin expresar causa alguna, no podrá procederse al matrimonio de los menores de los menores de dieciséis años. Pero los mayores de esta edad tendrán derecho a que se exprese la causa del disenso, y se califique ante el juez competente”.

<sup>63</sup> Código Civil República del Ecuador Art. 89.- “El matrimonio del menor que hubiese cumplido dieciséis años será válido, aunque no hubiere obtenido el asentimiento o licencia del ascendiente que debe dárselo. Pero será destituida de su cargo la autoridad ante quien se hubiere celebrado dicho matrimonio”.

artículo que sólo podrá ser perseguido el raptor declarada definitivamente la nulidad del matrimonio. En este caso existe una prejudicialidad civil en materia penal, pues se requerirá terminar con el juicio civil de nulidad de matrimonial

Este caso nos permite entender la importancia que el legislador le da al consentimiento de la mujer mayor de dieciséis años, así hubiera sido sustraída de su hogar, pues lo supone válido mientras ella si ella no impugne el acto matrimonial acusando y demostrando procesalmente el uso de la fuerza para su realización.

#### iv) "Amenazas graves y serias capaces de infundir un temor irresistible".-

Las amenazas constituyen una forma del uso de la fuerza, conforme a lo dispuesto en los artículos 1472 y 1473 del Código Civil<sup>64</sup>. Las amenazas, esto es la promesa de hacer daño contra otro, deben ser graves y serias. Debe entenderse como materia grave, aquellas promesas que aseguran un peligro a la vida del amenazado, su cónyuge, ascendientes o descendientes. De igual forma el término "serias" debería entenderse como digno de crédito. Cabe resaltar que la amenaza debe ser actual, esto es, vigente a la época de la celebración del matrimonio. Esta situación es la que ha llevado al individuo, sometido a la fuerza moral, a prestar su consentimiento, por ello se encuentra viciado.

#### 5.- Análisis de la Incapacidad para consentir en el caso del Demente.

Para explicar la incapacidad para consentir del demente, me voy a permitir explicar cómo llegamos al estudio de este tipo de incapacidad.

De conformidad a los artículos 1461, 1462 y 1463 del Código Civil<sup>65</sup> la capacidad legal es un requisito general para la celebración de cualquier acto o contrato. Quien no la tiene sufre de algún tipo de incapacidad, pudiendo presentarse como absoluta,

<sup>64</sup> Código Civil República del Ecuador, Art. 1472.- "La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento".

Código Civil República del Ecuador, Art. 1473.- "Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza el que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona, con el fin de obtener el consentimiento".

<sup>65</sup> Código Civil República del Ecuador, Art. 1461.- "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

1. Que sea legalmente capaz;
2. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
4. Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra."

Código Civil del Ecuador, Art. 1462.- "Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces".

Código Civil del Ecuador, Art. 1463.- "Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. ... ". \*

\*(S.I.C. El artículo continúa, ha sido resumido por el transcribiente)

relativa o en forma de prohibiciones específicas que no constituyen en sí alguna incapacidad, sino que se aplican a personas determinadas en razón de su situación, cargos o circunstancias previstas por la Ley.

En el estudio del matrimonio, la doctrina explica que la capacidad de las partes constituye uno de los requisitos para la validez del mismo y que la capacidad matrimonial consiste en la ausencia de impedimentos.

Se entiende como impedimentos los obstáculos que imposibilitan la celebración de matrimonio válido.

En la generalidad de los casos, provocarán la nulidad del contrato matrimonial. Se los clasifica como impedimentos dirimientes e impedientes.

#### **Impedimentos Dirimientes.-**

Son aquellos que provocan disolución del vínculo matrimonial por nulidad, pues constituyen un obstáculo a su validez. El legislador, en su mayoría, lo agrupó en el artículo 95 del Código Civil<sup>66</sup>. Se clasifican en:

**a) Absolutos:** Son aquellas causales que impiden la celebración del matrimonio con cualquier persona, pues quien está afectado por uno de ellos no podrá celebrar matrimonio válido. Aquí podemos encontrar: i) La Impubertad, ii) El vínculo matrimonial no disuelto, iii) La Impotencia, y iv) La Demencia. (Art. 95 numerales 2, 3, 4 y 5).

**b) Relativos:** Son aquellas causales que impiden la celebración del matrimonio pero sólo respecto de determinadas personas, por ello hará imposible el matrimonio válido con ciertos sujetos. En esta clasificación encontramos: i) El matrimonio celebrado por el cónyuge sobreviviente con el autor o cómplice del delito de homicidio o asesinato del su marido o mujer, y ii) Los casos de parentesco. (Art. 95 numerales 1, 6, 7 y 8).

**c) Otros Impedimentos dirimientes.-** Son las causales previstas en la Ley, que provocarán la nulidad matrimonial pero no se encuentran en el artículo 95 del Código Civil, sino en diversos artículos. En esta clasificación encontramos: i) El caso de los púberes menores de 16 años, quienes, sino cuentan con el consentimiento de quien debe prestarlo, no pueden celebrar matrimonio, ii) El caso de quien fue actor de juicio de divorcio seguido en rebeldía del demandado que no puede celebrar matrimonio, sino luego de un año contado desde que se ejecutorió la sentencia, iii) El caso de la mujer, quien no podrá celebrar matrimonio sino transcurridos, al menos 300 días desde la

---

<sup>66</sup> Código Civil de la República del Ecuador, Art. 95.- "Es nulo el matrimonio contraído por las siguientes personas:

1. El cónyuge sobreviviente con el autor o cómplice del delito de homicidio o asesinato del marido o mujer;
2. Los impúberes;
3. Los ligados por vínculo matrimonial no disuelto;
4. Los impotentes;
5. Los dementes;
6. Los parientes por consanguinidad en línea recta;
7. Los parientes colaterales en segundo grado civil de consanguinidad; y,
8. Los parientes en primer grado civil de afinidad".

fecha en que murió el marido, iv) El caso de las mujeres que han terminado el vínculo matrimonial por nulidad o divorcio, quedando sometidas, de conformidad a la Ley, a la misma regla anterior. (Artículos 87, 105, 120, 135 del Código Civil).

#### **Impedimentos Impedientes.-**

Son aquellas causas previstas en la Ley, que imposibilitan la celebración del matrimonio, pero que pese a estar presentes en la celebración del mismo no provocarán su nulidad, pero sí una sanción administrativa o pecuniaria, según el caso. Aquí encontramos los siguientes casos: i) El del mayor de 16 años menor de 18 que contrae matrimonio, ii) El impedimento que tienen los guardadores o sus descendientes para contraer matrimonio con el pupilo, y iii) El requisito de realizar inventario solemne de los bienes, por parte de la persona que va a contraer segundas nupcias. Estas causales de impedimentos impedientes las encontramos en los artículos 89, 90, 131 al 134 del Código Civil.

#### **Determinación de la Materia Analizada.-**

Los casos que se encuentran en estudio son los de incapacidad para consentir y específicamente podríamos decir que existe este tipo de incapacidad en el caso del impedimento dirimente absoluto "Demencia", pues es imposible que éste preste su consentimiento.

Podría explicarse que el consentimiento no se constituye plenamente cuando no se ha perfeccionado por la falta de licencia o autorización debe otorgarla, como en el caso de los púberes menores de 16 años. Por ello vamos a estudiar directamente estos casos.

#### **Caso de los Dementes.-**

El artículo 95, numeral 5 prevé que es nulo el matrimonio contraído por los dementes. Lo cual tiene una perfecta coherencia con el 1463 del mismo Código Civil, pues están clasificados como incapaces absolutos. La incapacidad que adolecen les impide cumplir con el supuesto del artículo 1461 pues, por una parte no tienen la capacidad legal, y por otra no pueden prestar su consentimiento por no poder realizar el proceso intelectual del análisis y deliberación respecto de las cosas sometidas a su entendimiento y decisión.

Por esta doble consideración el legislador la entendió como una causa de origen distinto a la prevista en el numeral 2 del artículo 96, esto es, la "falta de libre y espontáneo consentimiento" por adolecer de una enfermedad mental que prive del uso de la razón.

Sin embargo la demencia, como lo he expresado, constituye la situación más extrema y grave de desorden mental, por ello, la enfermedad mental y la demencia suponen que el sujeto, por su condición, no tiene la posibilidad de consentir. Siendo el matrimonio un "contrato" que necesita fundarse en el consentimiento de sus contra-

yentes de una manera libre y espontánea, pues es lógico entender que derive el acto en la nulidad del mismo.

La demencia entendida como la degeneración cerebral que conlleva la pérdida de uso de la razón, facultad del conocimiento, del juicio, la memoria, la deliberación y la ejecución, es por lo general irreversible.

La Organización Mundial de la Salud ha consolidado los casos de demencia en el CIE-10, encontrándose en la Clasificación F00 a F03:

#### **F00 Demencia en la enfermedad de Alzheimer.**

Constituye una enfermedad de degeneración cerebral que presenta rasgos neuropatológicos y neuroquímicos con lesiones en los lóbulos temporales y parietales y es considerada irreversible. Aquí encontramos:

F00 Demencia en la enfermedad de Alzheimer de inicio precoz.

F00.1 Demencia en la enfermedad de Alzheimer de inicio tardío

F00.2 Demencia en la enfermedad de Alzheimer atípica o mixta.

F00.9 Demencia en la enfermedad de Alzheimer sin especificación.

#### **F01 Demencia vascular**

Este tipo de demencia se distingue de la de Alzheimer por la forma de su inicio, toda vez que su origen se da, por regla general, por una serie de problemas vasculares importantes que provocan infartos en el tejido cerebral de manera acumulativa. Aquí encontramos:

F01.0 Demencia vascular de inicio agudo.

F01.1 Demencia multi-infarto.

F01.2 Demencia vascular subcortical.

F01.3 Demencia vascular mixta cortical y subcortical.

F01.8 Otras demencias vasculares.

F01.9 Demencia vascular sin especificación

#### **F02 Demencia en enfermedades clasificadas en otro lugar.**

En esta clasificación encontramos casos de demencia distintos a la que tiene origen en Alzheimer o vascular, sino a otras enfermedades, así encontramos:

F02.0 Demencia en la enfermedad de Pick.

F02.1 Demencia en la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob.

F02.2 Demencia en la Enfermedad de Huntington.

F02.3 Demencia en la enfermedad de Parkinson.

F02.4 Demencia en la infección por VIH.

F02.8 Demencia en enfermedades específicas clasificadas en otro lugar.

### **F03 Demencia sin especificación.**

Esta categoría comprende las demencias que han sido comprobadas pero que no pueden encasillarse en alguna de las previstas en las clasificaciones de la F00 a la F02.9.

Como hemos estudiado la demencia es un proceso degenerativo, por regla general irreversible el mismo que afecta la facultad cognoscitiva y en consecuencia afecta todas las demás instancias y capas de la razón. De ahí su imposibilidad otorgar consentimiento válido para celebrar actos y contratos.

El legislador ha previsto como discutible que el demente pueda celebrar actos válidos en intervalos lúcidos. Ante esta situación se hace imprescindible contar con la colaboración de peritos que, permitan al juzgador resolver en sentencia la nulidad matrimonial por demencia.

El Código Civil en el Libro Primero, en las normas relativas a las "Reglas Especiales Relativas a la Curaduría del Demente", ha previsto que el para que la referida curaduría pueda otorgarse es necesario que el individuo se encuentre en un estado habitual de demencia<sup>67</sup>.

De igual forma el artículo 486 del Código Civil prevé que, una vez declarado interdicto al demente, sus actos serán nulos aunque se alegue que han sido celebrados en un intervalo de lucidez y mientras que no se hubiere hecho tal declaración judicial, sus actos gozarán de la presunción de validez, hasta probarse lo contrario<sup>68</sup>.

Para proceder a la declaración de interdicción es necesaria la participación de dos facultativos que certifiquen la condición del demente, conforme al artículo 752 del Código de Procedimiento Civil<sup>69</sup>.

### **Perfeccionamiento del Consentimiento por Licencia o Asenso al menor de edad.-**

En el caso de minoría de edad, relativo al púber menor de dieciséis años, que constituye por sí "otro tipo de impedimento dirimente" podemos observar que se

<sup>67</sup> Código Civil Ecuatoriano, Art. 478.- "El adulto que se halla en estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos.

La curaduría del demente puede ser testamentaria, legítima o dativa.

<sup>68</sup> Código Civil Ecuatoriano, Art. 486.-"Los actos y contratos del demente, posteriores a la sentencia de interdicción, serán nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido.

Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción serán válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente".

<sup>69</sup> Código de Procedimiento Civil del Ecuador, Art. 752.-"Si se solicita la interdicción judicial por causa de demencia, el juez nombrará dos facultativos que reconozcan al supuesto demente e informen sobre la realidad y naturaleza de la demencia, y el mismo juez acompañado del secretario, le examinará, por medio de interrogatorios, y se instruirá de cuanto concierna a la vida anterior, estado actual de la razón, y circunstancias personales del supuesto demente; sin perjuicio de oír, en privado, a los parientes y a las personas con quienes éste viva".

provoca la nulidad matrimonial por la falta de perfeccionamiento del consentimiento. Para que sea perfecto se requiere del ascenso, licencia o autorización de quien debe prestarlo.

#### **6.- ¿Quién puede iniciar la acción de nulidad matrimonial civil en los casos estudiados?**

El Art. 98 del Código Civil<sup>70</sup> soluciona esta duda y dispone que la nulidad puede ser solicitada por lo cualquiera de los cónyuges o por el Ministerio Público si se trata de defectos esenciales de forma (omisión de solemnidades) o sobre impedimentos dirimentes.

Por el contrario sólo podrá ser demandada por el cónyuge perjudicado, cuando se trate de vicios del consentimiento. Sin embargo al momento de ejemplificar respecto de los vicios del consentimiento equipara como tal, al que se casó con un demente.

De esta forma, hace un símil respecto de la situación del individuo que sufre una “enfermedad mental que priva del uso de la razón” con la situación del “demente”. Seguramente porque, en alguna manera, aceptó que ambos tienen una misma situación común: La imposibilidad de procesar y expresar un consentimiento válido, no por estar afectado por un vicio de aquel, sino por formación perfecta del mismo.

Cabe también señalar que la acción de nulidad es irrenunciable así lo dispone el artículo 123 del Código Civil<sup>71</sup>.

#### **7.- Conclusiones respecto del análisis del Consentimiento, su formación y vicios en la Legislación Ecuatoriana.**

1. En atención a la disposición constitucional que el matrimonio se fundamentará en el libre y espontáneo consentimiento es necesario un análisis minucioso a las normas legales que lo regulan.
2. En atención al artículo 1461 del Código Civil numeral 2, el legislador fijó como requisito para la validez de un acto o declaración de voluntad que la persona consienta en ello y que su consentimiento no adolezca de vicios. Quedando evidente la necesidad de diferenciar la debida formación del consentimiento de los vicios que podrían afectarlo.
3. En el estudio de la institución del matrimonio no se previsto un artículo que trate de la formación del consentimiento, sino que de manera directa se analiza los vicios del consentimiento matrimonial.

---

<sup>70</sup> Código Civil del Ecuador, Art. 98.- “La acción de nulidad del matrimonio puede proponerse por los cónyuges o por el Ministerio Público, si se funda en defectos esenciales de forma, o en los impedimentos dirimentes señalados en el artículo 95; pero si la acción se funda en los vicios del consentimiento señalados en el artículo 96, solamente podrá demandar el cónyuge perjudicado, esto es, el que incurrió en error, el que se casó con un demente, el que fue raptado o el que sufrió amenazas graves”.

<sup>71</sup> Código Civil del Ecuador, Art. 123.-“Son irrenunciables la acción de nulidad de matrimonio y la de divorcio. Lo es también el derecho del cónyuge a que, en caso de divorcio, se le entregue la parte de los bienes del otro, a que se refiere el artículo 112”.

4. Dentro de los vicios del consentimiento en el matrimonio se ha previsto en el numeral 2 del artículo 96 del Código Civil la causal de nulidad: "Enfermedad mental que prive del uso de razón", sin embargo ésta por sí no es un vicio del consentimiento pues no constituye error, fuerza o dolo.
5. Dentro del estudio de los impedimentos dirimientes del matrimonio se ha previsto en el numeral 5 del artículo 95 del Código Civil la causal de nulidad: "Demencia", sin embargo se evidencia.
6. Tanto la "enfermedad mental que priva del uso de la razón", así como la "demencia" constituyen trastornos mentales, que son de menor y mayor intensidad, respectivamente y que tienen una situación antecedente similar, esto es, en ambos casos, el sujeto sometido a cualquiera de ellas, está imposibilitado de expresar su consentimiento por fallas en el proceso de la razón y en consecuencia de la formación del consentimiento.
7. Las normas legales han quedado limitadas ante los avances de las ciencias psicológicas y psiquiátricas y se hace necesario tomar en cuenta esta situación para proponer reformas que permitan una flexibilización de las nulidades matrimoniales.
8. Que estas normas deben quedar claras para la correcta aplicación en los procesos judiciales.
9. En los casos de las enfermedades mentales, se podría presentar situaciones que "a priori" pasan desapercibidas, sin que exista conciencia en el propio sujeto que las padece, lo que podría permitir flexibilizar la norma legal que regula quién puede iniciar la acción de nulidad.
10. Que una forma de resolver estas interrogantes consiste en realizar un análisis comparativo con otras legislaciones para sustentar las conclusiones y presentar una recomendación.
11. Parte del análisis también puede soportarse sobre el estudio jurisprudencial sobre casos de nulidad matrimonial, en especial, los que son materia de estudio, esto es lo que tienen que ver con el consentimiento matrimonial.

### CAPÍTULO III

#### LEGISLACIÓN CANÓNICA.-

##### 1. Definición de Matrimonio Canónico.-

El Código de Derecho Canónico ha prestado un especial interés a la regulación del matrimonio, en el Título VII "Del Matrimonio". En la práctica, le ha otorgado 110 cánones en los que desarrolla su contenido, desde la atención pastoral que debe primar para la preparación matrimonial, el análisis pormenorizado de los impedimentos dirimientes, tanto generales como particulares, en el Capítulo IV trata del consentimiento matrimonial y sus vicios, la forma de celebración, los casos de matrimonio, sus efectos, la separación de los cónyuges y la forma de convalidación del matrimonio. En

una revisión rápida del contenido relativo al estudio podemos concluir que sí hace especial detenimiento en tratar el consentimiento como un capítulo individual a los otros, esto es, a los impedimentos y formas esenciales.

El Código de Derecho Canónico ha definido el Matrimonio en el canon 1055, sin embargo existen algunas disposiciones adicionales que nos ayudan a ampliar su definición.

*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.*

*3. Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento".*

De la lectura de la definición podemos evidenciar que, al igual que la legislación civil, se exige la diferencia de sexos para los que desean celebrarlo. Esta "alianza" constituye una coparticipación de ambos en el desarrollo del sacramento, siguiendo ambas la misma suerte, por ello está ordenado al bien de los cónyuges y verificarse como sacramento de la iglesia. Dentro de su definición también incorpora como finalidad la generación y educación de los hijos y conforme al numeral 2 del referido canon se lo considera un contrato.

Con la intención de proceder al análisis particular del consentimiento, es preciso citar textualmente el canon 1057 que dispone lo siguiente:

*Canon 1057.- "1. El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir.*

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

Del canon transcrito se puede entender la importancia del consentimiento para la celebración del mismo. Para el derecho eclesiástico, los ministros del sacramento son los propios contrayentes y no el sacerdote (autoridad eclesiástica) quien únicamente pide la manifestación del consentimiento los celebrantes y lo recibe en nombre de la Iglesia, conforme al canon 1108<sup>72</sup>. La legislación canónica coherentemente con las ciencias psicológicas ha expuesto que el matrimonio es un acto de la voluntad.

---

<sup>72</sup> Código de Derecho Canónico, Canon 1108. "1. Solamente son válidos aquellos matrimonios que se contraen ante el Ordinario del lugar o el párroco, o un sacerdote o diácono delegado por uno de ellos para que asistan, y ante dos testigos, de acuerdo con las reglas establecidas en los cánones que siguen, y quedando a salvo las excepciones de que se trata en los cánones 144, 1112.1, 1116 y 1127.1 y 2.; 2. Se entiende que asiste al matrimonio sólo aquel que, estando presente, pide la manifestación del consentimiento de los contrayentes y la recibe en nombre de la Iglesia".

## 2. Análisis del Canon 1095, relativo al Consentimiento Matrimonial y los casos de incapacidad consensual.-

La Legislación Canónica, reformada en 1983, recoge en un solo artículo todas las posibilidades que podrían afectar la formación del consentimiento. Así establece en el canon 1095 lo siguiente:

### *"Capítulo IV*

#### *Del Consentimiento Matrimonial*

*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>73</sup>*

Esta redacción obedece a los esfuerzos de los juristas y legisladores para concentrar en un solo canon (artículo) todas las posibilidades por las que una falla en el consentimiento provoca la nulidad matrimonial. Esta realidad (nulidad del matrimonio) se verifica en la imposibilidad de vinculación materializada en el fracaso de los contrayentes para constituir el matrimonio. Esta explicación nos lleva a la conclusión que tras cada fracaso matrimonial podría existir un indicio de incapacidad y por ello es necesario profundizar en el fracaso. En estos casos, el fracaso no se da por una situación de falla en lo meramente formal de la prestación consentimiento, sino más bien, en la falla del individuo que penetra su esencia misma, que pudo haber estado oculta, pero se evidencia en el desarrollo vivencial del matrimonio. Demostrará la imposibilidad del sujeto de prestar su consentimiento libre, puro y "limpio" al momento de celebrar el matrimonio. Este canon señala la capacidad necesaria como el estado psíquico que permite el uso de razón suficiente que permite el equilibrio necesario entre entendimiento y voluntad que provoca que el sujeto asimile, comprenda y quiera los derechos y obligaciones del matrimonio, así como que pueda asumir esos derechos y obligaciones a lo largo de la convivencia como cónyuges. El autor Viladrich explica este canon de la siguiente manera: en el matrimonio "se reflejan las tres dimensiones de la voluntariedad del acto del consentimiento, las cuales tienen una manifestación en los tres criterio de la capacidad para el matrimonio, que serían los siguientes: a) la capacidad para el acto humano de la manifestación del signo nupcial, el cual corresponde con la necesidad del suficiente uso de razón del n. 1 del canon 1095; b) la capacidad para definirse o constituirse en la identidad de esposo o esposa, que se corresponde con la discreción de juicio necesaria del n. 2 del canon; c) la capacidad para crear con los actos la relación mediante la cual el consorcio vive su normal ordenación a sus fines, que se corresponde con la capacidad de asumir las obligaciones esenciales del n. 3 del canon."<sup>74</sup> Estas

---

<sup>73</sup> Código de Derecho Canónico, Canon 1095.

<sup>74</sup> El Consentimiento Matrimonial, Viladrich, P.J., Pamplona, Pág. 29-31.

palabras del tratadista Viladrich explican las tres dimensiones del consentimiento en el matrimonio y que se recogen en las tres posibilidades por las cuales se puede ver afectado el consentimiento matrimonial provocando la nulidad del mismo. Los tratadistas explican que esta presentación del canon no obedece a tres capacidades distintas o a una incapacidad que se presenta en distintos grados. Realmente el canon reconoce en sus líneas “una categoría conceptual unitaria que reúne tres defectos de una única capacidad consensual”, a tal punto que la consecuencia jurídica de cualquiera de ellos es la misma: la invalidación del consentimiento prestado para la celebración del matrimonio. Esta consecuencia es obvia pues no existen tres tipos distintos de consentimiento que se prestan, sino que es uno solo. La doctrina explica que en los dos primeros numerales se ha querido dar importancia al “acto psicológico” (falta de uso de razón o falta de discernimiento) mientras que en el tercer numeral se ha tomado en cuenta la situación del sujeto en sí mismo considerado (su capacidad para asumir las obligaciones del matrimonio). Vale hacer notar que el conocimiento y entendimiento del matrimonio en sí pertenece a la inteligencia y ésta se deriva del uso de la razón, por ello esta situación está prevista en el numeral primero; mientras que el correcto discernimiento, esto es, la deliberada decisión tomada en plena libertad externa e interna entre posibilidades debidamente analizadas y ponderadas por el sujeto corresponde a la completa discreción de juicio para el acto humano. Esta discreción de juicio supone implícito el conocimiento de los conceptos, alcances y fines del matrimonio a través del uso de la razón y particularmente la facultad valorativa sobre todo ese concepto (derechos y obligaciones esenciales) para así poder tomar la libre decisión de elección exteriorizada a través de prestar el consentimiento. En el tercer caso la persona puede tener el suficiente uso de razón, así como tener la capacidad valorativa de elección pero está imposibilitada de realizar, en la práctica, lo que ha prometido pues no puede ejecutar o asumir las obligaciones propias del matrimonio, por más que las quiera y exprese su voluntad.

En el caso del numeral primero, podría darse la situación que la “falta de uso de razón” se dé por una enfermedad mental que prive de ella de manera habitual o basta (canónicamente) con una enfermedad mental que afecte sólo al momento de celebrar el matrimonio; mientras que los casos de “discreción de juicio” y el de “incapacidad para asumir” la afectación del consentimiento se presentará siempre de manera “habitual”. Según el tratadista Viladrich,<sup>75</sup> de la estructura de este canon se puede concluir que quien incurre en la causal primera lo hace también en la segunda y en la tercera. De igual forma quien incurre en la segunda lo hace en la tercera, sin embargo quien incurre en la causal tercera no incurre en las dos anteriores. Por este motivo se ha llegado a explicar con claridad que, este canon en sus numerales, recoge todas las posibilidades de afectación del consentimiento y que, éstas causas previstas, están íntimamente ligadas a los avances del conocimiento y de la ciencia psicológica y psiquiátrica pues prevé todas las posibilidades de afectación en el consentimiento por desórdenes mentales. Así tenemos, en primer lugar que, son incapaces de contraer matrimonio:

---

<sup>75</sup> Comentario Exegético, Viladrich, P.J. Pág. 1223.

a) **Caso de "quienes carecen de suficiente uso de razón."** Esta suficiencia de razón la podemos encontrar históricamente, pasando desde las normas de Graciano <sup>76</sup> que recoge la realidad del "furioso" entendiendo como tal al que está fuera de su sana razón, sin juicio. También se lo encuentra en los "Decretales de Gregorio IX" que vuelve a recoger la situación del furioso <sup>77</sup> y establece que aquel no tiene consentimiento pues no tiene dominio de sí mismo. Cabe anotar que también en este grupo se encuentran aquellos que no tienen dominio de sí en su realidad masculina o femenina. Esto es de su corporalidad, por ello quien no dispone de su corporalidad no puede contraer matrimonio pues no puede entregar o donar algo que no tiene. Los Decretales de "Rufino" también recogen la incapacidad del furioso, pero principalmente hacen una lista de impedimentos, defectos y vicios y que expresan que el furioso puede tener una incapacidad a nivel del ánimo, cuerpo y alma. En el inicio de la Rota Romana se empieza a establecer que existen algunas causas de incapacidad psíquica, y se estima que la edad de 14 años sería en la que el individuo tiene uso de la razón de la capacidad psico-sexual mínima para la celebración del matrimonio. Por este motivo, histórico, para las personas normales, la pubertad es el requisito mínimo de edad que supone el legislador como suficiente uso de la razón, sin embargo no es el único. Bajo esta casual encontramos que las personas pueden tener una causa "habitual", como se lo expresó anteriormente, y esa causa habitual no es otra sino una enfermedad mental que presente al momento de celebrar el matrimonio afectó el consentimiento. También encontraremos la persona que ha sido afectada únicamente de manera "actual", al momento de celebrar el matrimonio, por una enfermedad mental que lo privó del uso de la razón necesario para prestar su consentimiento. Para una mejor explicación podemos citar al tratadista Corsino Alvarez-Cortina: "Carece del suficiente uso de razón quien no tiene, en el momento de manifestar su consentimiento –cualquiera que sea la causa que origina esta falta- aquel dominio armónico de las facultades sensitivas, intelectivas y volitivas necesarias para que el acto de contraer se pueda definir como un acto humano. El "término uso de razón" se refiere no sólo al elemento intelectual del acto del consentimiento, sino también a la necesaria voluntariedad para que el acto se pueda definir como <propio>, en el sentido de personal y libre, es decir, como acto voluntario que exige una suficiente libertad e intencionalidad"<sup>78</sup> Los tratadistas explican que el concepto utilizado "razón" no puede limitarse al entendimiento, sino que abarcará todo el proceso de percepción, deliberación, decisión y ejecución, esto es, la armonía entre el entendimiento y voluntad pues todos estos elementos constituyen el "acto humano" al que nos referimos en los primeros capítulos de esta tesis y que permiten la validez del matrimonio. De esta explicación se puede colegir que el requisito es un mínimo de capacidad de uso de razón pues como el propio texto lo expresa es un "suficiente uso de razón", un conocimiento mínimo.

b) **Caso de "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".** Para explicarlo adecuadamente me permito citar al tratadista Panizo Orallo que en su libro "La capacidad psíquica necesaria" expresa: "El proceso del conocimiento

<sup>76</sup> "El furioso no puede contraer matrimonio, pero si lo contrae que no se lo separe".

<sup>77</sup> Decretales Gregorio 9: "El furioso no puede celebrar matrimonio, porque no tiene consentimiento".

<sup>78</sup> La incapacidad consensual, Corsino Alvarez-Cortina, Pág. 139.

intelectivo arranca de la percepción del matrimonio como una realidad posible; sigue su camino cuando las facultades cognoscitivas constituyen las nociones abstractas y teóricas del matrimonio; y llega a su fin cuando la facultad crítico-valorativa aplica estas nociones generales a la situación concreta de la persona en cuestión”<sup>79</sup>. El tipo de discernimiento que se estudia es calificado, pues se limita a los derechos y deberes esenciales del matrimonio y además es proporcional a los mismos para sí poder entender y decidir correctamente respecto de los derechos y obligaciones con la persona con la que se contrae el matrimonio. Esta situación podría explicar cómo alguien puede tener determinado “buen discernimiento” para algunos temas, pero respecto del matrimonio los tiene equivocados. Definitivamente podemos expresar que existe otro nivel de estudio del consentimiento, pues mientras en el primer numeral se requería de un mínimo de uso de razón, en éste se exige la facultad valorativa necesaria libre de todo tipo de coacciones externa e interna para que la elección hecha por el sujeto sea plenamente válida y eficaz. En este numeral se ha previsto que la persona esté sometida a un defecto psíquico ni su gravedad, sino que como efecto de ese defecto psíquico el sujeto se vea imposibilitado de desarrollar en su interior la valoración, ponderación y deliberación crítica respecto de su decisión en contraste con los derechos y obligaciones del matrimonio. Los tratadistas han encontrado dentro de este canon el desarrollo de algunas situaciones que provocarían la falta de discreción de juicio como lo son: a) la inmadurez afectiva y b) la falta de libertad interna, sin embargo no porque exista estas se genera la invalidez del consentimiento, sino que siempre tendrá que valorarse cómo aquellas situaciones afectan a la persona respecto de la prestación del consentimiento matrimonial.

**i) Respecto de la inmadurez afectiva**, entendiéndola ésta como el estado de la personalidad por el cual el individuo se encuentra imposibilitado de discernir en buen juicio sobre los derechos y obligaciones del matrimonio, por lo que no todo tipo de madurez lo invalida, sino sólo el que es capaz de afectar el interior del individuo en un grado tal que impide elegir libre y voluntariamente. Se considera que la inmadurez deberá ser grave, profunda, seria, que provoque la incapacidad de la vida conyugal. Para el tratadista Orallo se puede dar por exagerada fijación en la imagen de los padres, la necesidad de protección, la falta de autonomía, el egoísmo, narcisismo, vanidad que provocarán, en algunas ocasiones, absoluta incapacidad de solucionar conflictos<sup>80</sup>.

**ii) La falta de libertad interna**, consiste en la imposibilidad para un correcto entendimiento y ponderación de la realidad matrimonial por alteraciones psíquicas que afectan la voluntad por estar sometida a una incapacidad o debilidad. Todo acto humano debe desarrollarse en libertad de elección y en libertad del vínculo con el otro, inmune a limitaciones externas o internas que influyan obligatoriamente para determinada elección. Por lo tanto la falta de libertad interna puede tener su causa en limitaciones externas de la libertad o en incapacidades intrínsecas. En estos casos el sujeto, sometido a ella, presenta una fuerte conmoción interna por la cual pierde el dominio de sí mismo, sometido a la causa externa o interna que se presenta. Por ello no

---

<sup>79</sup> La Capacidad psíquica necesaria”, Panzío Orallo, S., Pág. 458.

<sup>80</sup> La Capacidad psíquica necesaria, Panzío Orallo, Pág. 467-468.

es necesario estar sometido a una psicopatía o psicosis, sino que esta situación de falta de libertad también puede estar presente en una persona normal. Existen casos comunes como por ejemplo cuando el matrimonio se da por un embarazo inesperado o cuando los sujetos no tienen la valentía de dar por terminada la relación, o se han dejado llevar por presiones sociales, disgustos familiares entre otros. Para valorar esta falta de libertad interna se deberá evaluar a la persona, en su carácter y personalidad, para poder determinar si ésta puede quedar o no sometida a la causa intrínseca o externa que afecta su consentimiento invalidándolo por actuar sin ponderar, valorar, discernir libremente el acto del matrimonio, en coherencia con la definición de acto humano voluntario.

**c) Caso de "quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica."** En esta causal nos estaremos refiriendo a las personas que tienen el suficiente uso de razón, tienen el suficiente discernimiento y discreción de juicio, sin embargo existe en estos sujetos una incapacidad, una imposibilidad de asumir, de ejecutar de cumplir a lo que se han comprometido, en particular cumplir las obligaciones esenciales e inherentes del matrimonio. En otras palabras quien padece de este tipo de incapacidad conoce intelectualmente de manera plena lo que es el matrimonio, lo quiere y en virtud de ello decide por él y por determinada persona, sin embargo no puede ejecutar sus actos propios. Esta incapacidad no es relativa o referente a alguien, sino que es "erga omnes", esto es respecto de todos. No se trata de tener una dificultad sino de estar imposibilitado de donarse y en consecuencia de crear el vínculo. En este caso se debe analizar, más que el consentimiento al momento de la celebración, la forma en que se ha vivido el vínculo. Debido a que el propio canon se refiere a causas de naturaleza psíquica deberá probarse aquella y no sólo su presencia, sino cómo ésta afecta al sujeto imposibilitándolo para cumplir las obligaciones esenciales del matrimonio. Es preciso también señalar que el Código de Derecho Canónico no enumera una lista de los derechos y deberes esenciales del matrimonio. En materia canónica se ha tenido que acudir al desarrollo que consta en la Jurisprudencia y en la Doctrina para tener una idea de cuáles son. Los tratadistas como Hervada explica lo integran todos esos "deberes de justicia" que se enmarcan en la entrega y aceptación de ambos cónyuges y que se encuentran contenidos en el vínculo jurídico. El Papa Juan Pablo II en un discurso a la Rota Romana explica los deberes de justicia y la Jurisprudencia y la Doctrina los enmarca en el respeto de "Bonus Prole", "Bonus Fidei", "Bonus Sacramenti" y "Bonus Coniugum". Respecto de este último se explica que consiste en la aceptación del otro en su realidad masculina o femenina provocando la vinculación psicológica-afectiva de ambos. De tal manera que existirá donación total y se cumplirá las finalidades y obligaciones matrimoniales. De lo contrario lo que se producirá es una destrucción del otro por una absorción sin respeto a su individualidad o el "absorberme" en el otro negándose el sujeto a sí mismo. Cabe resaltar que quien no puede donarse al otro, quien no puede asumir las obligaciones esenciales, no es dueño de sí mismo y por ello invalida su consentimiento, pues no puede cumplir su decisión o voluntad prestada en el matrimonio. También debe explicarse que las causas psicológicas pueden estar vinculadas a desórdenes mentales previstos en la ciencia psiquiátrica y psicológica, por ello es muy necesaria la intervención de un perito que haga la valoración de cada caso concreto para que

presentado el informe y pericia los jueces puedan llegar a una certeza moral de la nulidad matrimonial. Puede existir también una causa “relacional” pues las patologías se alimentan en la relación.

### 3. Proceso de formación del consentimiento desde el Derecho Canónico.-

Siguiendo al tratadista Panizo que explica: “El proceso psicológico del acto humano comienza por el entendimiento que percibe, se percata y anota la realidad; delibera sobre el fin y los medios; juzga y ofrece a la voluntad una serie de juicios prácticos sobre las diferentes posibilidades de alcanzar el fin, y que termina en uno de entre los varios juicios ofrecidos por el entendimiento, es decir, selecciona y elige”<sup>81</sup>. Esta explicación supone que el sujeto conoce plenamente lo que es el matrimonio y es capaz de valorar, querer, entender la decisión que ha tomado y que está plenamente capacitado para asumir sus obligaciones. Esta explicación nos hace notar que sigue plenamente la explicación tradicional de formación del consentimiento explicado por las ciencias psicológicas citadas en la primera parte de esta tesis. Esta decisión implica una capacidad para elegir con deliberación, con una capacidad psíquica o aptitud mínima, siendo el sujeto dueño y señor por el dominio racional de sus actos. Para el Derecho Canónico, conforme a la sentencia c. Tumaturi de febrero de 1998 se señala: “es necesario que los contrayentes estén dotados de la capacidad psíquica consensual que, examinando el íntimo nexo existente entre las esferas de la actividad intelectual, volitiva y afectiva que conciernen a la persona, consta de una triple especie de capacidad, esto es, a) perceptiva, o la que toma conciencia de la realidad matrimonial; b) discretiva, por la que se modera la autonomía estimativa y electiva de los derechos y obligaciones esenciales; c) asuntiva, por la que se mantienen la potencia de la asunción y el cumplimiento de las obligaciones esenciales del matrimonio”<sup>82</sup>. A esta estructura de formación del consentimiento debe agregarse otras fuerzas que actúan inconcientemente, afectando sus emociones, motivaciones y voluntad. Una de estas fuerzas es la afectividad. El tratadista Panizo Orallo las explica como inclinaciones del querer y que se refieren a las situaciones del ánimo como lo son la ira, amor u odio. La afectividad por ello afecta el actuar del hombre y como lo ha explicado su definición, en ella encontramos las emociones, los estados de ánimo y los sentimientos. a) Las emociones se los ha definido con afectos violentos y de corta presencia; b) los estados de ánimo, son las formas básicas de los afectos como lo son la alegría, la tristeza y angustia; y c) los sentimientos, que son los afectos más fuertes que las emociones. Dentro de los afectos encontramos tres principales: a) La alegría que es una situación de regocijo interno; b) la tristeza, que se la explica como un estado de pesadumbre; y c) La angustia, que es la consecuencia interna provocada por vivir una situación de peligro, por este motivo está muy vinculada al miedo. Debemos también explicar que ante las vivencias los individuos pueden actuar de dos formas, una actuación conciente y valorada debidamente y otra de manera automática o reactiva. En esta última no existe generalmente discernimiento, sino una conducta de reacción inconciente, sobre la que no se discierne, se actúa únicamente para superar una situación desagradable. Este tipo de proceder provocará

---

<sup>81</sup> El Consortium Totius vital; Falta de Libertad Interna, Panizo Orallo, Pág. 254.

<sup>82</sup> C. Tumaturi, 19 de Febrero de 1998, ME, 124 (1999) 20-22.

una inestabilidad afectiva que impedirá tanto la vinculación matrimonial como el debido desarrollo psicológico del individuo, pues se actuará "voluntariamente" pero sin discernir sus propias actuaciones, en los casos más graves. Las respuestas reactivas no siempre son absolutamente inconscientes. Puede darse casos de respuestas reactivas sean proporcionalmente adecuadas u acordes a las situaciones, y otras en que no. La duración, intensidad, proporcionalidad de las actuaciones ayudarán a ponderar el grado o intensidad de la anormalidad.

Una vez que se ha explicado estos elementos constitutivos de la construcción del consentimiento, se debe también insistir en el que el acto decisorio se desarrollará iniciando en las percepciones, que provocarán una valoración intuitiva o inmediata respecto de lo percibido, luego continuará el proceso de implícito de conocer, querer, realizar y obrar, en el que interviene un correcto juicio crítico-valorativo que permita al individuo comprender y asumir la responsabilidad de sus actos y en particular, las obligaciones esenciales del matrimonio, evidenciando una madurez en la personalidad.

#### **4. Áreas de la psique se deben estudiar para determinar la incapacidad de consentir.-**

En este campo, el Derecho Canónico tiene un vasto recorrido tanto doctrinal y jurisprudencial por ello, se ha definido que la ayuda pericial es indispensable en este tipo de causas. Existe una consideración generalizada que las áreas a estudiarse con las que tienen que ver con la valoración y análisis del conocimiento (que debe considerar para el análisis la sensación, percepción, reflexividad, deliberación, el juicio teórico-crítico-práctico) y de la voluntad (que debe profundizar en factores afectivos, ambientales, sociales, entre otros). Por este motivo se considera que debe profundizarse en el análisis de los siguientes aspectos:

1. Nivel de Conciencia
2. Pensamiento
3. Percepción
4. Afectividad
5. Atención
6. Memoria
7. Voluntad
8. Juicio

1.- Nivel de Conciencia.- Me permitiré citar al tratadista García Faílde para la explicación de la conciencia psicológica: "función psíquica mediante la cual la persona está despierta, lúcida alerta, vigilante, dándose cuenta de su mundo interior y de su mundo exterior y a la vez sabiendo de que se da cuenta de todo eso tiene capacidad de responder a estímulos internos y externos"<sup>83</sup>. Sus principales alteraciones se dan por exceso o por defecto, siendo las primeras aquellas condiciones en que la persona se encuentra hipervigilante, atento o tenso por las situaciones y que derivarán en estados

---

<sup>83</sup> Tratado de Derecho Procesal, García Faílde J.J., Pág. 261

de ideas delirantes y provocando que la persona tenga actos reactivos agresivos e inesperados. El defecto por el contrario, lo comprenden estado en que el sujeto tiene disminución de la conciencia y en consecuencia de su reacción. Llegando a casos de fallas de entendimiento de la realidad con lo imaginario conocidos como confusión, o de dificultad para aprehensión del entorno conocido como la obnubilación. Evidentemente ambas situaciones afectan el consentimiento matrimonial.

2.- Pensamiento.- Es la consecuencia de aplicar el razonamiento a las diversas situaciones de la vida, por él se generarán posturas sobre la base de las percepciones y recuerdos anteriores así como influenciados por la psiquis del sujeto. Respecto del pensamiento encontramos que puede presentarse las siguientes situaciones: a) Pensamiento inhibido, que se caracteriza por aparecer problemas y obstáculos en la formación de las ideas conocido como la “bradipsiquia” común en las crisis depresivas o de naturaleza orgánica; b) Pensamiento acelerado, conocido como “taquipsiquia”, por la cual los individuos pasan de una idea a la otra con rapidez y que se evidencia en la expresión y exteriorización hablada de sus pensamientos. c) El Pensamiento ideofugitivo, una forma más grave del anterior y en él se puede evidenciar ya problemas al hablar por la avidez de ideas y expresiones que se quedan incompletas al hablar. d) Pensamiento perseverante, que se da cuando el individuo mantiene y expresa los mismos pensamientos una y otra vez de manera reiterativa; e) Pensamiento prolijo, en estos casos la persona no puede tener una correcta discreción entre los detalles y lo principal de los temas que analiza, tratando a ambos por igual y perdiendo la prioridad de las cosas; f) Pensamiento disgregado, que se caracteriza por la imposibilidad de expresar ideas de manera lógica; g) Pensamiento bloqueado, situación en la que la mente del sujeto se queda en blanco pues se ha perdido la idea que estaba en su mente. Tratándose del contenido del pensamiento, éste puede presentar: ideas delirantes, erróneas y distintas a la realidad que el sujeto no puede cambiarlas porque las considera plenamente reales. Así puede considerar que está siendo perseguido, acorralado o se manifiesta como crisis de celos e infidelidad de su pareja; también puede presentarse como ideas sobrevaloradas, por la cual las personas no aceptan críticas a sus ideas por considerarlas exageradamente importantes por ello presentan cuadros de fanatismo en diversas áreas; también pueden presentarse ideas obsesivas, que se presentan inconsciente e involuntariamente en el sujeto limitando o sometiendo plenamente la voluntad y la conciencia.

3.- Percepción.- Para explicarlo utilizaré las palabras de Cabrera Forneiro y Fuertes Rocañín: “La percepción es el acto que pone en relación nuestra conciencia con el mundo exterior”<sup>84</sup>. Esta percepción tiene un origen sensorial pero influenciado por las vivencias y emociones vividas anteriormente. Los trastornos en la percepción pueden provocar alucinaciones o ilusiones. Las alucinaciones pueden ser auditivas o visuales.

4.- Afectividad.- El tratadista García Faílde las explica como: “conjunto de emociones, sentimientos, afectos, que despiertan en nosotros acontecimientos internos y externos y que inciden en nuestra forma de pensar, de comportarnos, de relacionarnos

---

<sup>84</sup> Psiquiatría y Derecho, Cabrera Forneiro J. y Fuertes Rocañín, J.C., Pág. 126.

con los demás”<sup>85</sup> Este elemento participa de una manera doble en la formación del consentimiento pues está presente al momento que percibimos la realidad y de igual forma nos ayuda a la vinculación o relación con los demás, influyendo en ambos casos en la decisión libre, por ello puede llegar a afectar especialmente en la formación del consentimiento matrimonial. Dentro de la afectividad se estudia aspectos como lo son: a) Emociones, b) Sentimientos, c) Pasiones, d) Humor; e) Distrofias que constituyen los trastornos a la afectividad. Se presentan algunas distrofias según sus características, así tenemos: a) Distrofia Maníaca, en la que el sujeto tiene exaltada su vitalidad; b) Distrofia Depresiva, por la cual el sujeto tiene problemas con su estabilidad y presenta depresión, baja autoestima y seguridad; c) Distrofia de Angustia, la que provoca temor. Hay otras alteraciones como lo son: a) Labilidad Afectiva: que consiste en cambios bruscos de sentimientos; b) Incontinencia afectiva, que consiste en que el sujeto está imposibilitado de controlar sus afectos pues estos aparecen súbitamente sin posibilidad de contenerlos, y c) Ambivalencia Afectiva, por la cual se tiene sentimientos contrarios al mismo momento.

5.- Atención.- Los tratadistas Cabrera Forneiro y Fuertes Rocañín la explican de la siguiente manera: “manifestación de la afectividad, por medio de la cual se fortalecen las ideas que despiertan interés y son inhibidas las demás”<sup>86</sup> Está muy vinculada a la afectividad pues por regla general pues las personas dependiendo de la afectividad centra en mayor o menor grado la atención. Sus trastornos son dos: la Hipoprosexia que es la falta de atención y la Hiperprosexia que es la exagerada atención en temas.

6.- Memoria.- Para los tratadistas Cabrera Forneiro y Fuertes Rocañín la memoria el “adquirir, retener y utilizar secundariamente una experiencia” Para los tratadistas la memoria comprende funciones de registro, retención y recuerdo y respecto de ella puede haber una Hipermnesia, que consiste en facilidad para remitirse a las vivencias pasadas, o las Amnesias que pueden presentarse de manera total o parcial.

7.- Voluntad.- Es otro de los campos que tienen que valorarse para el análisis de un consentimiento adecuado. La voluntad consiste en la facultad de autodeterminación firme del sujeto luego de su proceso de valoración crítico-práctico sobre las opciones que tiene. Los tratadistas explican que debe diferenciarse la voluntad de otras funciones como lo son sentir, apetecer, desear, motivar y querer. Mientras el querer es propio del proceso volitivo, siendo un antecedente de este, sin embargo el sentir y el apetecer son instancias distintas y se lo puede evidenciar pues el compromiso matrimonial no se puede fundar en ellos, pues terminado estos debería terminar el matrimonio lo cual no tiene sentido. Como se expresó anteriormente sobre la voluntad interviene profundamente los afectos para dosificarla. Es necesario resaltar que aun estando presente la afectividad para una persona normal ésta no la afecta pues el proceso deliberativo no se ve influido por ella, sin embargo no será así con los individuos pusilánimes que se ven quebrantados por los afectos al momento de discernir. Para el tratadista García Failde el acto volitivo tiene las siguientes etapas: a) Concepción, entendiéndola ésta como el

---

<sup>85</sup> Tratado de Derecho Procesal, García Failde, J.J., García Failde, J.J., Pág. 272.

<sup>86</sup> Psiquiatría y Derecho, Cabrera Forneiro J. y Fuertes Rocañín, J.C., Pág.135.

momento en el que se presentan las ideas básicas del objeto o situación que se considera; b) Deliberación, que consiste en el análisis de favorable o desfavorable de las posibilidades de acción, hasta que se llega a escoger un opción de las consideradas; c) Decisión, que consiste en el momento en que el sujeto escoge firmemente una opción y constituye el antecedente de la voluntad; d) Ejecución, que se da en el momento en el que se actúa o exterioriza la voluntad, ésta puede presentar alteraciones como lo son la Abulia (que es la ausencia de decisiones en el sujeto. También pueden presentarse otro tipo de comportamientos como los llamados “actos en cortocircuito” que lo constituyen los actos impulsivos; los actos de “obediencia automática” en la que los individuos no razonan sino que cumplen las órdenes impartidas sin que preceda la deliberación; también encontramos “actos de negativismo” en los que el individuo reniega y se opone a toda idea que se le plantea.

8.- El juicio.- Se lo explica como la facultad que tiene el sujeto para valorar lo favorable o desfavorable de las opciones que tiene, así como el reconocimiento de mantener un problema o enfermedad.

##### **5. Medios de valoración de la psique humana desde la pericia psicológica y psiquiátrica.-**

Estos procesos requieren necesariamente la participación de peritos psicólogos o psiquiatras que hagan la valoración del sujeto, para que los juzgadores puedan tener las características de la persona y según sus características se pueda determinar si el consentimiento fue o no válido. Los peritos desarrollan su actuar a través de dos herramientas principales que son: a) la entrevista y la b) los tests. En el primer caso provocará una intermediación del perito al valorar y examinar al paciente y en el segundo caso permitirá profundizar en la psiquis del paciente y según los resultados asimilar su resultado a una de los trastornos de la personalidad previstos en el DSM-IV y CIE-10, de esta forma, según las características, se podrá tener la valoración adecuada para determinar si esa situación afectó o no el consentimiento matrimonial. Esta pericia, que es expresada en términos psicológicos y psiquiátricos, luego deberá ser traducida a lenguaje jurídico canónico para que se constituya en causal de nulidad eclesiástica, al comprobarse que el sujeto no tenía capacidad para prestar su consentimiento por falta de uso de razón, por una falta de discreción de juicio o por la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica. Respecto de la entrevista se puede expresar que no debe ser solamente una, sino que este medio es directo con el sujeto y por ello deberá procurarse más de una sesión, siempre priorizando la confianza para poder profundizar en la psiquis a través de las preguntas. También de éstas se podrá definir los tests que se pueden aplicar por las áreas a explorar. Las entrevistas suponen una investigación en la vida del sujeto desde su infancia hasta el momento actual de la entrevista, revisando sus relaciones vinculares con sus padres, hermanos, amores y los sentimientos que todo eso le trae al individuo. Con relación a los test, estos serán un mecanismo auxiliar de investigación al individuo, así como una forma de experimental de investigación. Cabe señalar que es imprescindible que juez y perito se entiendan el mismo significado en los términos que se utilizan para que exista certeza en las conclusiones y evitar malos entendidos o

errores en la valoración de la pericia. Entre los términos que deben estar claros y unánimes entre juez y perito se encuentran: a) Capacidad; b) Normalidad; y c) Madurez.

a) Capacidad.- Lo primero que debe señalarse es que el concepto de capacidad requerido por el Derecho Canónico es un mínimo, no se requiere de una incapacidad absoluta, sino la mínima pertinente proporcionada para el entendimiento de lo que es el matrimonio. Se ha determinado que la "capacidad psíquica" será entonces: a) Conocimiento mínimo que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, para la procreación con cooperación sexual. b) Tener la capacidad de discernimiento necesaria para la decisión del matrimonio; c) capacidad decisoria libre para la elección, en forma inmune a presiones internas y externas.

## 6. ¿Quiénes pueden iniciar la acción?.-

La legislación canónica no hace las diferencias de la legislación civil, en cuanto a la titularidad de las acciones de nulidad matrimonial. Esta situación es comprensible en ámbito canónico, considerando que lo que busca la justicia canónica no es culpable, como en el caso de la civil, sino la paz y salvación de las almas. Así podemos citar textualmente el siguiente canon:

*Canon 1476. "Cualquier persona, esté o no bautizada, puede demandar en juicio; y la parte legítimamente demandada tiene obligación de responder."*

## 7. Conclusiones.-

- 1.- Los diferentes tipos de trastornos de personalidad se presentan como alteraciones o anormalidades respecto de la parte emocional, afectiva, motivacional y relacional de los sujetos, más se estudia la parte cognoscitiva de ellos en sí. Lo cual implica un área distinta de estudio de la persona para determinar si ha afectado al momento de prestar el consentimiento.
- 2.- Estas dimensiones de la persona se ven afectadas y según su intensidad dañan el proceso volitivo o la prestación del consentimiento en sí mismo.
- 3.- Los individuos se pueden presentar como aparentemente normales, sin embargo de los síntomas y características de comportamiento, así como de la debida valoración de los sujetos se podrá concluir, individualmente, el diagnóstico que deberá concluir determinando uno de los trastornos de personalidad indicados. Que éste estuvo presente a la época de celebración del matrimonio y cómo afectó en el proceso volitivo y de prestación del consentimiento. En consideración a que los trastornos de personalidad se presentan en diversos grados o etapas, el análisis deberá ser individual, particular a cada caso, con la intención de poder probar y evidenciar que la afectación fue tal que influyó, disminuyó o eliminó la libertad interna para tomar la decisión o ésta provoca la anulación del proceso volitivo.

- 4.- En ocasiones, aunque el sujeto aunque llegue a la voluntad y decisión, por el trastorno, no está en dominio de su persona y no podrá cumplir los compromisos a los que se obliga, en particular, los matrimoniales.
- 5.- Los trastornos de personalidad se han previsto en el DSM-IV-TR <sup>87</sup>, que menciona diez tipos y los clasifica en los siguientes grupos: a) Grupo A, de trastornos graves y excéntricos: i) Trastorno Paranoide, ii) Trastorno esquizoide, iii) Trastorno esquizotípico; b) Grupo B, Trastornos dramáticos, emocionales y erráticos: i) Trastorno antisocial, ii) Trastorno Límitrofe, iii) Trastorno histriónico; iv) Trastorno narcisista; Grupo C, Trastornos ansiosos o temerosos: i) Trastorno de la personalidad por evitación; ii) Trastorno por dependencia, y iii) Trastorno obsesivo-compulsivo de la personalidad. De igual forma se encuentran previstos en el CIE-10, desarrollado por la Organización Mundial de la Salud y al que nos hemos referido en esta tesis.
- 6.- En los casos antes descritos el Derecho Canónico acepta que se pueda iniciar el proceso de nulidad matrimonial, sin embargo es necesario resaltar, en esta etapa de la tesis, que bien podría intentarse la nulidad del matrimonio civil. Cabe resaltar que en ambos casos se ha afectado la constitución del consentimiento. Por ello en las siguientes partes de la tesis se analizará las consideraciones jurídicas en el Derecho Civil.
- 7.- En ambos casos se necesitará una adecuada valoración de la prueba, que se centrará en *“métodos psicológicos de apreciación de la conducta”* y específicamente el análisis de los *“estados de la conciencia”* a través de una auto observación o a través de *“peritaje psicológico y los tests”*, que han de cumplir con requisitos de validez y confiabilidad. Estos últimos principalmente se clasifican en *“psicométricos”* y en *“pruebas mentales”* para ubicar al individuo en uno de los *“inventarios de la personalidad”* que se ha descubierto por la ciencia <sup>88</sup>.
- 8.- La experiencia de este tipo de casos procesales, por defectos en el consentimiento, dentro del Derecho Canónico es amplia y abundante. Estos procesos tienen su base legal en el canon 1095 actual, que ha recogido las diversas formas de afectación del consentimiento, pues constituye un capítulo individual para el análisis y valoración de las nulidades matrimoniales.

## CAPÍTULO IV

### COMPARATIVO LEGISLACION DE OTROS PAÍSES

#### 1. Legislación de los Estados Unidos Mexicanos

<sup>87</sup> DSM-IV-TR, Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales de la Asociación Psiquiátrica de los Estados Unidos.

<sup>88</sup> Varela, Casimiro A., Valoración de la Prueba, No. 37, Editorial Astrea, Lavalle 1208, 1048 – Buenos Aires. Pág. 73-78.

**a) Definición de Matrimonio.-**

México regula el matrimonio en su Código Civil, tratándolo en el Título Quinto, del Libro Primero. Mantiene en su legislación la posibilidad de celebrar esponsales en el Capítulo I y en el Capítulo II, el legislador mexicano no previó una definición para el matrimonio, sino que directamente procedió a fijar los requisitos para contraerlo.

**b) Consentimiento Matrimonial en la legislación.**

El consentimiento matrimonial no ha sido tratado específicamente respecto de los contrayentes, pues se lo ha hecho en la parte general, sin embargo cabe aclarar que el matrimonio en el resto de artículo de manera particular se trata respecto del consentimiento para explicar el que tiene prestarlo el padre, madre, padres, abuelos, tutores o Juez.

*Código Civil Mexicano.-*

*Art. 149.- "El hijo o la hija que no haya cumplido dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre, si vivieren ambos, o del que sobreviva. Este derecho lo tiene la madre, aunque hay contraído segundas nupcias, si el hijo vive con ella. A falta o por imposibilidad de los padres, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos, o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, si los dos existieren, o del que sobreviva, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos".*

*Art. 150.- Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tutores; y faltando éstos, suplirá el consentimiento, en su caso, el Juez de de lo Familiar de la residencia del menor".*

No obstante lo explicado veremos más adelante que sí se da acción de nulidad en las causas previstas en el artículo 156.

**b) Consideración del Consentimiento y del que tiene algún tipo de deficiencia mental como causa de nulidad Matrimonial.-**

El Código Civil Mexicano dispone en el artículo 156:

*"Art. 156.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:*

- a. La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada;*
- b. La falta de consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos;*
- c. El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa;*
- d. El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;*
- e. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;*

f. *El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;*

g. *La fuerza o miedo graves. En caso de raptor, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad;*

h. *La embriaguez habitual, la morfinomanía, la eteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. La impotencia incurable para la cópula; la sífilis, **la locura** y las enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias;*

i. **El idiotismo y la imbecilidad:**

j. *El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.*

*De estos impedimentos sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.”*

(SIC.- El resaltado: negritas y subrayado es mío)

Este artículo 156 del Código Civil mexicano guarda relación con el 235 del mismo cuerpo legal que lo define como causa de nulidad matrimonial de manera expresa

*“Art. 235.- Son causa de nulidad de un matrimonio:*

I. *Error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiéndolo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra;*

II. *Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el 156;*

III. *Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103”.*

### c) **¿Quién puede iniciar la acción?**

El Código Civil mexicano ha previsto que podrán iniciar acciones diversas personas dependiendo de la causal, así tenemos que si es por falta de perfeccionamiento del consentimiento porque no se dio la licencia o autorización de quien tenía que darlo generalmente será él quien puede iniciarla:

*“Art. 238.- La nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes sólo podrá alegarse por aquel o aquellos a quienes les tocaba prestar dicho consentimiento, y dentro de treinta días, contados desde que tenga conocimiento del matrimonio.”*

*“Art. 240.- La nulidad por falta de consentimiento del tutor o del juez podrá pedirse dentro del término de treinta días por cualquiera de los cónyuges o por el tutor; pero dicha causa de nulidad cesará si antes de presentarse demanda en forma sobre ella se obtiene la ratificación del tutor o de la autorización judicial confirmando el matrimonio”.*

En los casos de los vicios del consentimiento pues podrá iniciarla el cónyuge agraviado:

*"Art. 245.- El miedo y la violencia serán causa de nulidad del matrimonio si concurren las circunstancias siguientes: ...*

*La acción que nace de estas causas de nulidad sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado dentro de sesenta días desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación".*

En los casos los impedimentos de artículo 156, específicamente respecto de las causas: "locura" e "idiotismo" e "imbecilidad", por regla general se da a ambos cónyuges la posibilidad de demandar:

*Art. 246.- La nulidad que se funde en alguna de las causas expresadas en la fracción VIII del artículo 156, sólo puede ser pedida por los cónyuges dentro del término de sesenta días, contados desde que se celebró el matrimonio".*

*Art. 247.- Tienen derecho de pedir la nulidad a que se refiere la fracción IX del artículo 156 el otro cónyuge o el tutor del incapacidad".*

## **2. Legislación de la República Bolivariana de Venezuela.-**

### **a) Definición de Matrimonio.-**

La legislación venezolana trata el matrimonio en el Código Civil, publicado en la Gaceta Oficial No. 2990 del 26 de julio de 1982, en su Título IV. En este título se trata de los esponsales previamente a regular el matrimonio. Cabe señalar que no existe una definición de tal y lo más cercano a ella es la siguiente:

*"Art. 44.- El matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer. La Ley no reconoce otro matrimonio contraído en Venezuela sino el que se reglamenta por el presente Título, siendo el único que producirá efectos legales, tanto respecto de las personas como respecto de los bienes".*

### **b) Consentimiento Matrimonial en la legislación.**

La legislación venezolana no prevé un artículo relacionado con el consentimiento matrimonial, sin embargo más adelante sí se refiere a él cuando regula la forma en que debe prestarse ante el funcionario correspondiente.

*"Artículo 66.- Las personas que quieran contraer matrimonio lo manifestarán así ante uno de los funcionarios, de la residencia de cualquiera de los contrayentes, autorizados para presenciarlo e indicarán el que han escogido, entre los facultados por la Ley, para celebrarlo; y expresaran, además, bajo juramento, su nombre, apellido, edad, estado, profesión y domicilio, y el nombre y apellido del padre y de la madre de cada uno de ellos, de todo lo cual se extenderá un acta que firmarán el funcionario, las partes u otro a su ruego, si ellas no pudieren o no supieren hacerlo, y el Secretario.*

*Cuando el futuro contrayente fuere el mismo funcionario o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, no podrá intervenir en la formación del expediente ni en la celebración del matrimonio".*

*“Artículo 67.- La manifestación de que trata el artículo anterior se hará por ambos contrayentes personalmente o por mandatario con poder especial: y deberán ser asistidos de las personas cuyo consentimiento o autorización sea necesario para la celebración del matrimonio, a menos que presenten en el mismo acto documento auténtico en que conste el consentimiento o la autorización.*

*La presentación del documento autentico de esponsales, es suficiente para que cualquiera de los contrayentes pueda por sí solo hacer la manifestación, sin perjuicio de los demás requisitos que prescribe este artículo.*

*Cuando el funcionario ante el cual se haga la manifestación no sea el escogido para celebrar el matrimonio, hará a este la respectiva participación, a objeto de que proceda a fijar el cartel en su jurisdicción y de aviso del cumplimiento de tal formalidad como queda indicado”.*

### **c) Consideración del Consentimiento y del que tiene algún tipo de deficiencia mental como causa de nulidad matrimonial.-**

En la legislación venezolana se prevé que será nulo el matrimonio del que está sometido a demencia o que no se halle en su sano juicio. De igual forma resulta interesante el criterio del legislador venezolano que dispone que se entiende que no hay consentimiento cuando existe error en cuanto a la identidad de la persona, sin embargo, no se encontró el desarrollo de qué se entiende por tal:

*“Artículo 48.- Tampoco puede contraer válidamente matrimonio el entredicho por causa de demencia ni el que no se halle en: su juicio.*

*Si la interdicción ha sido únicamente promovida, se suspenderá la celebración del matrimonio hasta que la autoridad judicial haya decidido definitivamente”.*

*“Artículo 49.- Para que el consentimiento sea válido debe ser libre. En el caso de raptó no será válido el consentimiento si no se presta o ratifica después de devuelta la persona a su plena libertad. Se reputa que no hay consentimiento cuando existe error respecto de la identidad de la persona”.*

#### **d) ¿Quién puede iniciar la acción?**

Cabe resaltar que la acción de nulidad de matrimonio es concedida a al otro cónyuge, a su tutor o al mismo entredicho de demencia cuando ya ha sido rehabilitado.

*“Artículo 121.- El matrimonio celebrado por un entredicho, o cuando ya sufría la enfermedad por la cual se pronunció la interdicción, puede ser impugnado por su tutor, por el mismo entredicho ya rehabilitado, por el otro cónyuge y por el Síndico Procurador Municipal. La anulación no podrá pronunciarse si la cohabitación continuó por un mes después de revocada la interdicción”.*

### **3. Legislación de la República de Colombia.-**

La legislación de la República de Colombia regula el matrimonio en su Código Civil, en el Libro Primero, Título IV, a partir del artículo 113, en el que sí se define el matrimonio.

**a) Definición de Matrimonio.-**

*"Art. 113. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".*

La definición del Código Civil colombiano es similar a la del ecuatoriano en su artículo 81, es interesante exponer que el artículo 127 prevé que no podrán ser testigos para presenciar y autorizar un matrimonio: *"3) los que se hallaren en interdicción por causa de demencia; y 4) Todos los que actualmente se hallaren privados de la razón".*

**b) Consentimiento Matrimonial en la legislación.**

La legislación colombiana no prevé un artículo que defina el consentimiento matrimonial. Para el caso de los menores de edad, el legislador colombiano no lo ha entendido como requisito el que debe prestar el o los padres, representantes legales, ascendientes, tutores o curadores, sino sólo como un permiso expreso que sí lo equipara al consentimiento.

Lo que sí hace el Código Civil colombiano es indicar que debe expresarse de viva voz ante la autoridad.

En el artículo 135 se ha previsto que el matrimonio es un contrato y los contrayentes deben expresar su libre y espontánea voluntad.

*"Art. 135.- El matrimonio se celebrará presentándose los contrayentes en el despacho del juez, ante este, su secretario y dos testigos. El juez explorará de los esposos si de su libre y espontánea voluntad se unen en matrimonio; les hará conocer la naturaleza del contrato y los deberes recíprocos que van a contraer, instruyéndolos al efecto en las disposiciones de los artículos 152, 153, 176 y siguientes de este Código. En seguida se extenderá un acta de todo lo ocurrido, que firmarán los contrayentes, los testigos, el juez y su secretario, con lo cual se declarará perfeccionado el matrimonio".*

*"Art. 138.- El consentimiento de los esposos debe pronunciarse en voz perceptible, sin equivocación, y por las mismas partes, o manifestarse por señales que no dejen duda".*

**c) Consideración del Consentimiento y del que tiene algún tipo de deficiencia mental como causa de nulidad matrimonial.-****TITULO V.****DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO Y SUS EFECTOS**

*Art. 140. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:*

*1o) Cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos.*

*2o) Cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años, y una mujer menor de doce, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad.*

*3o) Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos. La ley presume falta de consentimiento en los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura, y en los mentecatos a quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes. Pero los sordomudos, si*

***pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos, contraerán válidamente matrimonio.***

4o) *Derogado.*

5o) *Cuando se ha contraído por fuerza o miedo que sean suficientes para obligar a alguno a obrar sin libertad; bien sea que la fuerza se cause por el que quiere contraer matrimonio o por otra persona. La fuerza o miedo no será causa de nulidad del matrimonio, si después de disipada la fuerza, se ratifica el matrimonio con palabras expresas, o por la sola cohabitación de los consortes.*

6o) *Cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer, por haber sido esta robada violentamente, a menos que consienta en él, estando fuera del poder del raptor....”.*

#### **d) ¿Quién puede iniciar la acción?**

En la legislación colombiana la acción la puede iniciar cualquiera de los cónyuges en los casos que nos encontramos estudiando, lo que tiene que señalarse es que en el caso respectivo lo hará el guardador o su representante legal, ante la evidente incapacidad de ejercicio.

*“Art. 144.- La nulidad a que se contraen los números 3o y 4o, no podrá alegarse sino por los contrayentes o por sus padres o guardadores”.*

#### **4. Legislación de la República del Perú**

##### **a) Definición de Matrimonio.-**

En la legislación peruana el matrimonio está regulado en el Código Civil, (Decreto Legislativo No. 295, promulgado el 24 de julio de 1984 y publicado el 25 de julio de 1984) en el Libro III que tiene el nombre de “Derecho de Familia” y la definición es la siguiente:

##### **Artículo 234.- Definición del matrimonio e igualdad de los cónyuges**

*El matrimonio es 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.*

*El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales..*

Esta legislación ha superado la visión “contractualista” del matrimonio. Mantiene el criterio de la diferencia de sexos.

##### **b) Consentimiento Matrimonial en la legislación.**

No se ha previsto un artículo que explique el consentimiento matrimonial. Sin embargo podemos apreciar que el consentimiento se lo prevé como la “unión voluntariamente concertada” que requiere de las formalidades señaladas en la Ley. La forma de prestarlo se detalla en el artículo 248 y siguientes:

##### **“Artículo 248.- Formalidades y requisitos**

*Quienes pretendan contraer matrimonio civil lo declararán oralmente o por escrito al alcalde provincial o distrital del domicilio de cualquiera de ellos.*

*Acompañarán copia certificada de las partidas de nacimiento, la prueba del domicilio y el certificado médico, expedido en fecha no anterior a treinta días, que acredite que no están incurso en los impedimentos establecidos en el Artículo 241, inciso 2. y 243 inciso 3., o si en el lugar no hubiere servicio médico oficial y gratuito, la declaración jurada de no tener tal impedimento.*

*Acompañarán también en sus respectivos casos, la dispensa judicial de la impubertad, el instrumento en que conste el asentimiento de los padres o ascendientes o la licencia judicial supletoria, la dispensa del parentesco de consanguinidad colateral en tercer grado, copia certificada de la partida de defunción del cónyuge anterior o la sentencia de divorcio o de invalidación del matrimonio anterior, el certificado consular de soltería o viudez, y todos los demás documentos que fueren necesarios según las circunstancias.*

*Cada pretendiente presentará, además, a dos testigos mayores de edad que lo conozcan por lo menos desde tres años antes, quienes depondrán, bajo juramento, acerca de si existe o no algún impedimento. Los mismos testigos pueden serlo de ambos pretendientes.*

*Cuando la declaración sea oral se extenderá un acta que será firmada por el alcalde, los pretendientes, las personas que hubiesen prestado su consentimiento y los testigos."(\*)*

**(\*) Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo 2 de la Ley N° 27118, publicada el 23-05-99.**

**c) Consideración del Consentimiento y del que tiene algún tipo de deficiencia mental como causa de nulidad matrimonial.-**

El legislador peruano señaló, que tienen un impedimento absoluto, con cualquier persona, el caso de los que padecieran crónicamente de una enfermedad mental, sin que se haga distinción si logran o no tener intervalos lúcidos, así como sin distinguir si son dementes declarados o si tienen una enfermedad mental leve.

**"Artículo 241.- Impedimentos absolutos**

*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. (\*)*

*2.- Los que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa y trasmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole.*

**3.- Los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos.**

*4.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable.*

*5.- Los casados."*

**(\*) Inciso vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo 1 de la Ley N° 27201, publicada el 14-11-99.**

**(SIC.- Error en la fuente, el resaltado en negrillas es mío)**

Este artículo guarda coherencia con el 274 y con el 277, que disponen en el primer caso la nulidad plena del matrimonio contraído por el enfermo mental. (sin que se defina demencia u otra situación). Cabe resaltar que se concederá la nulidad aún cuando la enfermedad se manifieste luego del matrimonio y aún cuando tenga intervalos lúcidos:

**“CAPITULO QUINTO****Invalidez del matrimonio****Artículo 274.- Causales de nulidad del matrimonio**

*Es nulo el matrimonio:*

**1.- Del enfermo mental, aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto o aquél tenga intervalos lúcidos. No obstante, cuando el enfermo ha recobrado la plenitud de sus facultades, la acción corresponde exclusivamente al cónyuge perjudicado y caduca si no se ejercita dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la incapacidad.**

*2. Del sordomudo, del ciegosordo y del ciegomudo que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable.*

*Empero, si aprenden a expresarse sin lugar a duda, es de aplicación lo dispuesto en el inciso 1.*

*3. Del casado. No obstante, si el primer cónyuge del bigamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, sólo el segundo cónyuge del bigamo puede demandar la invalidación, siempre que hubiese actuado de buena fe. La acción caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior.*

*Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de éste, sólo puede ser impugnado, mientras dure el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe.*

*En el caso del matrimonio contraído por el cónyuge de quien fue declarado presuntamente muerto, es de aplicación el artículo 68.*

*4. De los consanguíneos o afines en línea recta.*

*5. De los consanguíneos en segundo y tercer grado de la línea colateral.*

*Sin embargo, tratándose del tercer grado, el matrimonio se convalida si se obtiene dispensa judicial del parentesco.*

*6. De los afines en segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio anterior se disolvió por divorcio y el ex-cónyuge vive.*

*7. Del condenado por homicidio doloso de uno de los cónyuges con el sobreviviente a que se refiere el artículo 242, inciso 6.*

*8. De quienes lo celebren con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268.*

*No obstante, queda convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la*

*Omisión.*

9. De los contrayentes que, actuando ambos de mala fe, lo celebren ante funcionario incompetente sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de éste. La acción no puede ser planteada por los cónyuges.(\*)

**(\*) Rectificado por Fe de Erratas publicado el 24-07-84.**

**(SIC.- Error en la fuente, el resaltado en negrillas es mío)**

También el legislador peruano ha previsto una situación más leve que la enfermedad mental del artículo 274, pero en este caso se le ha otorgado a él la posibilidad de demandar, bajo las condiciones impuestas por la Ley.

**"Artículo 277.- Causales de anulabilidad del matrimonio**

*Es anulable el matrimonio:*

1. *Del impúber. La pretensión puede ser ejercida por él luego de llegar a la mayoría de edad, por sus ascendientes si no hubiesen prestado asentimiento para el matrimonio y, a falta de éstos, por el consejo de familia. No puede solicitarse la anulación después que el menor ha alcanzado mayoría de edad, ni cuando la mujer ha concebido. Aunque se hubiera declarado la anulación, los cónyuges mayores de edad pueden confirmar su matrimonio. La confirmación se solicita al Juez de Paz Letrado del lugar del domicilio conyugal y se tramita como proceso no contencioso. La resolución que aprueba la confirmación produce efectos retroactivos.(\*)*

2. *De quien está impedido conforme el artículo 241, inciso 2. La acción sólo puede ser intentada por el cónyuge del enfermo y caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento de la dolencia o del vicio.*

3. *Del raptor con la raptada o a la inversa o el matrimonio realizado con retención violenta. La acción corresponde exclusivamente a la parte agraviada y sólo será admisible si se plantea dentro del plazo de un año de cesado el rapto o la retención violenta.*

4. *De quien no se halla en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera. La acción sólo puede ser interpuesta por él, dentro de los dos años de la celebración del casamiento y siempre que no haya hecho vida común durante seis meses después de desaparecida la causa.*

5. *De quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan defectos sustanciales: la vida deshonrosa, la homosexualidad, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito doloso a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio. La acción puede ser ejercitada sólo por el cónyuge perjudicado, dentro del plazo de dos años de celebrado.*

6. *De quien lo contrae bajo amenaza de un mal grave e inminente, capaz de producir en el amenazado un estado de temor, sin el cual no lo hubiera contraído. El juez apreciará las circunstancias, sobre todo si la amenaza hubiera sido dirigida contra terceras personas. La acción corresponde al cónyuge perjudicado y sólo puede ser interpuesta dentro del plazo de dos años de celebrado. El simple temor reverencial no anula el matrimonio.*

7. *De quien adolece de impotencia absoluta al tiempo de celebrarlo. La acción corresponde a ambos cónyuges y está expedita en tanto subsista la impotencia. No procede la anulación si ninguno de los cónyuges puede realizar la cópula sexual.*

8. De quien, de buena fe, lo celebra ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de dicho funcionario. La acción corresponde únicamente al cónyuge o cónyuges de buena fe y debe interponerse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio”.

**(\*) Inciso vigente conforme a la modificación establecida por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 10-93-JUS, publicada el 23-04-93.**

**Nota: La Resolución Ministerial N° 10-93-JUS, recoge la modificación hecha anteriormente a este inciso por la Primera Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo N° 768, publicado el 04-03-92**

**(SIC.- Error en la fuente, el resaltado en negrillas es mío).**

#### **d) ¿Quién puede iniciar la acción?**

De conformidad a los artículos antes transcritos encontramos dos casos. En el primero, previsto en el artículo 274 y que corresponde al “enfermo mental”, podrá iniciar la acción el cónyuge perjudicado. Sin embargo la acción tiene un plazo de caducidad. Debe demandarse dentro del año contado desde el día en que cesó la incapacidad. Es interesante buscar el criterio del legislador y del desarrollo de la doctrina jurídica peruana. Por ejemplo según el tratadista Jorge Aguirre Montenegro, que publica la “Revista Digital Law & Iuris Perú”, en su análisis de la “Invalidez del Matrimonio”<sup>89</sup>, expone que “el cónyuge perjudicado” se refiere tanto al enfermo mental que recobra su capacidad como al cónyuge que casado fue informado que se casó con un enfermo mental. Adicionalmente cabe señalar que de conformidad al artículo 275 del Código Civil de Perú, el Ministerio Público tiene la obligación de interponer la acción, pero luego explica que también puede ser intentada por cualquiera que tenga un interés legítimo y actual. Por este último motivo se entiende que ambos cónyuges pueden intentarla, pero resulta extraño que puede presentar por cualquiera otra persona también.

El segundo caso, contenido en el artículo 277 que tiene que ver con los matrimonios anulables, y específicamente con el que tiene de manera pasajera una situación por la cual no se haya en pleno ejercicio de sus facultades mentales, se ha dispuesto que éste podrá iniciar la acción dentro del plazo de dos años de la celebración del matrimonio y cumpliendo las condiciones para dicha acción previstas en la Ley.

## **5. Legislación de la República de Chile**

### **a) Definición de Matrimonio.-**

El Código Civil Chileno reguló el matrimonio hasta que mediante Ley No. 19.947 sobre el Matrimonio Civil, promulgada el 7 de mayo de 2004 y vigente desde el 18 de noviembre del 2004 cambió las reglas que lo regían. Resulta interesante que la defini-

<sup>89</sup> Revista Digital Law & Iuris Perú, Invalidez del Matrimonio, <http://lawiuris.wordpress.com/2008/06/23/invalidez-del-matrimonio/> 14/12/2009.-

ción legal de matrimonio no consta como reformada expresamente por dicha ley (conocida también como la Ley del Divorcio).

*Código Civil Chile*

*“Título IV*

*DEL MATRIMONIO*

*Art. 102. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente.”*

**b) Consentimiento Matrimonial en la legislación.**

En el Código Civil no existe un artículo específico que defina o reglamente respecto del consentimiento matrimonial, sin embargo se asimila la autorización con la que se debe contar el menor de 18 años de edad al consentimiento, conforme a los artículos 114 y 115 del Código Civil, que se encuentran vigentes:

*“Art. 114. El que no habiendo cumplido dieciocho años años se casare sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo, podrá ser desheredado, no sólo por aquel o aquellos cuyo consentimiento le fue necesario, sino por todos los otros ascendientes. Si alguno de éstos muriere sin hacer testamento, no tendrá el descendiente más que la mitad de la porción de bienes que le hubiera correspondido en la sucesión del difunto”.*

*L. 19.221  
Art. 2º  
L. 10.271  
Art. 1º*

*“Art. 115. El ascendiente sin cuyo necesario consentimiento se hubiere casado el descendiente, podrá Art. 1º revocar por esta causa las donaciones que antes del matrimonio le haya hecho. El matrimonio contraído sin el necesario consentimiento de otra persona no priva del derecho de alimentos”*

*L. 10.271*

En la Ley 19.947 se dispone respecto del consentimiento normas más claras por las que se aprecia que el legislador le dio la importancia trascendental que tiene, no sólo lo explicó en su artículo 4 sino que estableció todos los tipos posibles de fallas de perfeccionamiento del consentimiento en el artículo 5. El legislador en el numeral 3 y 4 previó la falta absoluta del uso de la razón, los que están sometidos a trastornos o anomalías psíquicas y los que carecen de juicio y discernimiento que imposibilita la consolidación del matrimonio.

*“Artículo 4º.- La celebración del matrimonio exige que ambos contrayentes sean legalmente capaces, que hayan consentido libre y espontáneamente en contraerlo y que se hayan cumplido las formalidades que establece la ley.”.*

***“Artículo 5º.- No podrán contraer matrimonio:***

- 1º Los que se hallaren ligados por vínculo matrimonial no disuelto;**
  - 2º Los menores de dieciséis años;**
  - 3º Los que se hallaren privados del uso de razón; y los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio;**
  - 4º Los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio, y**
  - 5º Los que no pudieren expresar claramente su voluntad por cualquier medio, ya sea en forma oral, escrita o por medio de lenguaje de señas”.**
- (SIC. Error en la Fuente. El resaltado en negrillas es mío)

**c) Consideración del Consentimiento y del que tiene algún tipo de deficiencia mental como causa de nulidad matrimonial.-**

Los casos señalados son considerados como impedimentos dirimentes por falta de capacidad, quedan diferenciados de los vicios del consentimiento pues son tratados en el artículo 45 de la Ley.

*“Capítulo V  
De la nulidad del matrimonio  
Párrafo 1º*

*I. De las causales*

*Artículo 44.- El matrimonio sólo podrá ser declarado nulo por alguna de las siguientes causales, que deben haber existido al tiempo de su celebración:*

- a) Cuando uno de los contrayentes tuviere alguna de las incapacidades señaladas en el artículo 5º, 6º ó 7º de esta ley,*
- b) Cuando el consentimiento no hubiere sido libre y espontáneo en los términos expresados en el artículo 8º”.*

**d) ¿Quién puede iniciar la acción?**

El legislador otorgó la titularidad de la acción a cualquiera de los cónyuges conforme al artículo 46 de la Ley 19947:

*Párrafo 2º*

*De la titularidad y del ejercicio de la acción de nulidad*

*“Artículo 46.- La titularidad de la acción de nulidad del matrimonio corresponde a cualesquiera de los presuntos cónyuges, salvo las siguientes excepciones:*

- a) La nulidad fundada en el número 2º del artículo 5º podrá ser demandada por cualquiera de los cónyuges o por alguno de sus ascendientes, pero alcanzados los dieciséis años por parte de ambos contrayentes, la acción se radicará únicamente en el o los que contrajeron sin tener esa edad;*
- b) La acción de nulidad fundada en alguno de los vicios previstos en el artículo 8º corresponde exclusivamente al cónyuge que ha sufrido el error o la fuerza;*

c) *En los casos de matrimonio celebrado en artículo de muerte, la acción también corresponde a los demás herederos del cónyuge difunto;*

d) *La acción de nulidad fundada en la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto corresponde, también, al cónyuge anterior o a sus herederos, y*

e) *La declaración de nulidad fundada en alguna de las causales contempladas en los artículos 6º y 7º podrá ser solicitada, además, por cualquier persona, en el interés de la moral o de la ley. El cónyuge menor de edad y el interdicto por disipación son hábiles para ejercer por sí mismos la acción de nulidad, sin perjuicio de su derecho a actuar por intermedio de representantes”.*

## **6. Legislación de la República Argentina**

### **Definición de Matrimonio.-**

El legislador argentino regula el matrimonio en el Código Civil, sin embargo no hay una definición de matrimonio en el mismo.

### **b) Consentimiento Matrimonial en la legislación.-**

La legislación argentina tiene en su Código Civil un artículo que trata del consentimiento matrimonial, por el cual se resalta la necesidad de su formación plena, así como que no adolezca de vicios. Es en este artículo que trata del consentimiento que dispone que deberá celebrarse entre hombre y mujer y ante la autoridad que siendo competente puede celebrarlo. El legislador argentino fue muy expreso e indicó que si el matrimonio no cumple con estos requisitos será nulo. El Código Civil argentino también prevé el consentimiento que se presta para el matrimonio a distancia, permitiéndole acreditar el consentimiento del ausente dentro de los 90 días de la fecha de su otorgamiento. Cabe destacar que el artículo 172, en principio sí hace la diferencia entre la necesidad de consentimiento pleno y que el mismo sea libre:

#### *“Capítulo 4*

#### *Del consentimiento*

*Artículo 172: Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo.*

*El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”.*

#### *“Artículo 173:*

*Se considera matrimonio a distancia aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente ante la autoridad competente para autorizar matrimonios del lugar en que se encuentra.*

*La documentación que acredite el consentimiento del ausente sólo podrá ser ofrecida dentro de los noventa (90) días de la fecha de su otorgamiento”.*

**c) Consideración del Consentimiento y del que tiene algún tipo de deficiencia mental como causa de nulidad matrimonial.-**

En coherencia con el citado artículo 172, se ha considerado que tiene impedimento para la celebración del matrimonio el que se encuentra privado de la razón, por cualquier causa, fuere de manera permanente o transitoria, lo cual constituye una incapacidad para consentir, o en términos de la legislación argentina, un consentimiento pleno. Podemos llegar a esta conclusión también por el artículo.

*“Capítulo 3. De los impedimentos*

*Artículo 166: Son impedimentos para contraer el matrimonio:*

- 1. La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación;*
- 2. La consanguinidad entre hermanos o medio hermanos;*
- 3. El vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incisos 1, 2 y 4. El derivado de la adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí, y adoptado e hijo del adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada;*
- 4. La afinidad en línea recta en todos los grados;*
- 5. Tener menos de dieciocho años (texto conforme la ley 26.449) ..... Texto anterior: Tener la mujer menos de dieciséis años y el hombre menos de dieciocho años;*
- 6. El matrimonio anterior, mientras subsista;*
- 7. Haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges;*
- 8. La privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere;***
- 9. La sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera”.*

**(SIC. Error en la Fuente. El resaltado en negritas es mío)**

*“Artículo 175:*

*Vician el consentimiento la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente. También lo vicia el error acerca de cualidades personales del otro contrayente si se prueba que, quien lo sufrió, no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido el estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. El juez valorará la esencialidad del error considerando las condiciones personales y circunstancias de quien lo alega”.*

**d) ¿Quién puede iniciar la acción?**

El Código Civil argentino ha previsto la nulidad absoluta y la nulidad relativa respecto del matrimonio, sin embargo resulta contradictorio que luego de desarrollar un

artículo donde expresa la constitución plena del consentimiento, tratándose del caso del privado permanente o transitoriamente de la razón, lo considere nulidad relativa. Respecto de quién puede iniciar la acción se la otorga a quienes hubieren podido oponerse a su celebración. El incapaz podrá demandar la nulidad una vez que haya recobrado la razón y podrá también demandarla el cónyuge que contrajo matrimonio ignorando la carencia de razón de su consorte, al momento de la celebración.

*"Artículo 219: Es de nulidad absoluta el matrimonio celebrado con alguno de los impedimentos establecidos en los incisos 1ro., 2do., 3ro., 4to., 6to. Y 7mo. del artículo 166. La nulidad puede ser demandada por cualquiera de los cónyuges y por los que hubieren podido oponerse a la celebración del matrimonio".*

*"Artículo 220: Es de nulidad relativa:*

*1ro. Cuando fuere celebrado con el impedimento establecido en el inciso 5to. del artículo 166. La nulidad puede ser demandada por el cónyuge incapaz y por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. No podrá demandarse la nulidad después que el cónyuge o los cónyuges hubieren llegado a la edad legal si hubiesen continuado la cohabitación, o, cualquiera fuese la edad, cuando la esposa hubiere concebido;*

***2do. Cuando fuere celebrado con el impedimento establecido en el inciso 8vo. del artículo 166. La nulidad podrá ser demandada por los que podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. El mismo incapaz podrá demandar la nulidad cuando recobrase la razón si no continuare la cohabitación, y el otro cónyuge si hubiere ignorado la carencia de razón al tiempo de la celebración del matrimonio y no hubiere hecho vida marital después de conocida la incapacidad;***

*3ro. En caso de impotencia de uno de los cónyuges, o de ambos, que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos. La acción corresponde al cónyuge que alega la impotencia del otro, o la común de ambos;*

*4to. Cuando el matrimonio fuere celebrado adoleciendo el consentimiento de alguno de los vicios a que se refiere el artículo 175. La nulidad sólo podrá ser demandada por el cónyuge que haya sufrido el vicio de error, dolo o violencia, si hubiese cesado la cohabitación dentro de los treinta días de haber conocido el error o de haber sido suprimida la violencia".*

***(SIC. Error en la Fuente. El resaltado en negrillas es mío)***

*"Artículo 239: La acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en vida de ambos esposos.*

*Uno de los cónyuges puede, sin embargo, deducir en todo tiempo la que le compete contra el siguiente matrimonio contraído por su cónyuge; si se opusiera la nulidad del anterior, se juzgará previamente esta oposición.*

*El supérstite de quien contrajo matrimonio mediando impedimento de ligamen puede también demandar la nulidad del matrimonio celebrado ignorando la subsistencia del vínculo anterior.*

*La prohibición del primer párrafo no rige si para determinar el derecho del accionante es necesario examinar la validez del matrimonio y su nulidad absoluta fuere invocada por descendientes o ascendientes.*

*La acción de nulidad de matrimonio no puede ser promovida por el Ministerio Público sino en vida de ambos esposos .Ningún matrimonio será tenido por nulo sin sentencia que lo anule, dictada en proceso promovido por parte legitimada para hacerlo”.*

## **7. Legislación del Estado Plurinacional de Bolivia**

### **a) Definición de Matrimonio.-**

La legislación Boliviana no regula el matrimonio en su Código Civil, pese a que trata de las Personas Individuales. Se lo hizo por la expedición del Código de Familia, emitido mediante Ley No. 996 de 4 de abril de 1988. El Código de Familia no prevé una definición legal de matrimonio ni tampoco entra a una definición de contrato o de manera expresa la unión solemne del mismo.

### **b) Consentimiento Matrimonial en la legislación.-**

Tampoco ha previsto un artículo dedicado al consentimiento matrimonial o su formación, únicamente se refiere al matrimonio como un acto de la voluntad.

#### *“CAPÍTULO III*

#### *DE LAS FORMALIDADES PRELIMINARES, DE LA OPOSICION Y DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO*

#### *SECCIÓN I*

*DE LAS FORMALIDADES PRELIMINARES DEL MATRIMONIO ARTÍCULO 55.- (Manifestación del Matrimonio). El varón y la mujer que pretendan contraer matrimonio se presentarán personalmente o por medio de apoderado especial con poder notariado ante el oficial de registro civil del domicilio o residencia de cualquiera de ellos, expresando:*

*1º Su nombre y apellido; el lugar y fecha de su nacimiento; su estado civil añadiendo en caso de disolución o invalidez de matrimonio anterior el nombre del otro cónyuge, la causa y la fecha en que se produjo aquella o ésta; su profesión u oficio; y el nombre y apellido de los padres, salvo que no fueren conocidos.*

***2º Su voluntad de casarse.***

*3º La ausencia de impedimento o prohibición para el matrimonio. En caso de ser necesario el asentimiento de otras personas, se indicarán también sus nombres y datos personales”.*

***(SIC. Error en la Fuente. El resaltado con negrillas es mío)***

**c) Consideración del Consentimiento y del que tiene algún tipo de deficiencia mental como causa de nulidad matrimonial.-**

El consentimiento fue previsto en el artículo 69, por el cual se dispone que el oficial que celebra el matrimonio si tiene constancia que uno de los contrayentes no presta una voluntad libre y espontánea.

*"ARTÍCULO 69.- (Suspensión del matrimonio por negativa, falta de libertad y espontaneidad o arrepentimiento; exclusión de condiciones y términos). Si en el acto de la celebración alguno de los contrayentes rehúsa dar su respuesta afirmativa o declara que su voluntad no es libre ni espontánea o que se halla arrepentido, el oficial suspenderá inmediatamente el matrimonio, bajo su responsabilidad, y no admitirá la retractación que en el mismo día pudiera hacerse.*

*La declaración de voluntad afirmativa de los contrayentes no puede estar sujeta a término ni condición alguna. En caso de estarlo, se suspenderá el matrimonio y si, no obstante, se lo celebrare, el término y la condición se tendrán por no puestos".*

#### **d) ¿Quién puede iniciar la acción?**

En el caso previsto en el citado artículo anterior se puede anular el matrimonio a petición del que no expresó su voluntad o no la dio en forma afirmativa.

### **SECCIÓN II**

#### **DE LA ANULABILIDAD RELATIVA**

*ARTÍCULO 84.- (Falta de voluntad y privación del ejercicio de facultades mentales). El matrimonio puede anularse a demanda del contrayente que no expresó su voluntad o no la dio afirmativa, al ser interrogado por el oficial del registro, salvo que hubiese suscrito el acta matrimonial o, en caso contrario, cohabitado después de la celebración.*

## **8. Legislación de la República del Paraguay**

### **a) Definición de Matrimonio.-**

El legislador paraguayo reguló el matrimonio en el Código Civil, el mismo que fue emitido por Ley No. 1183/85. Está reglamentado en el Título III, Capítulo I del Matrimonio y podemos señalar que no existe una definición del tal en esta legislación.

### **b) Consentimiento Matrimonial en la legislación.-**

De la revisión de los artículos relativos al matrimonio, no se encuentra una definición de consentimiento matrimonial.

### **c) Consideración del Consentimiento y del que tiene algún tipo de deficiencia mental como causa de nulidad matrimonial.-**

El legislador ha previsto que no podrán contraer matrimonio tanto el que tiene interdicción por enfermedad mental como el que ha perdido el uso de la razón sin que llegue a la interdicción.

*“Art.143.- No pueden contraer matrimonio el interdicto por enfermedad mental, ni el que por cualquier causa hubiere perdido el uso de su razón que le suma en inconciencia, aunque sea pasajera”.*

**d) ¿Quién puede iniciar la acción?**

En el caso del citado artículo 143 podrá intentarse por el curador del interdicto, o los que hubieren podido oponerse al matrimonio, pero siempre se podrá intentar si luego de revocada la interdicción los esposos no han hecho vida conyugal.

En el caso de vicio del consentimiento lo podrá intentar el que incurrió en el error y dentro el plazo señalado por la Ley.

*“Art.181.- El matrimonio es anulable:*

***a) si fuese celebrado por cualquiera de los esposos con el impedimento del artículo 143. Si al tiempo de la celebración del matrimonio, existía ya sentencia de interdicción pasada en autoridad de cosa juzgada, o bien si la interdicción se hubiere pronunciado posteriormente, pero existiendo la enfermedad mental en el momento del matrimonio, la impugnación podrá ser removida por el curador del interdicto, o por los que hubieren podido oponerse al matrimonio. La acción no podrá ser promovida si después de revocada la interdicción, los esposos han hecho vida marital;***

*b) cuando alguno de los contrayentes no tiene la edad mínima exigida por la Ley. La anulación podrá demandarse por la persona que podría oponerse a la celebración. El derecho a la impugnación se extinguirá desde que el menor haya cumplido la mayoría de edad, y tratándose de la mujer siempre que ésta haya concebido. Si la impugnación se hubiere intentado antes, el juicio se sobreseerá;*

*c) si el consentimiento de uno de los contrayentes estuviese viciado por dolo, violencia o error sobre la identidad de la persona del otro cónyuge;*

*d) por causa de impotencia permanente, absoluta o relativa, existente al tiempo de celebrarse el matrimonio; La acción puede ser promovida por cualquiera de los cónyuges; y*

*e) cuando el matrimonio no ha sido realizado con las formas y solemnidades prescriptas. La inobservancia de éstas no podrá alegarse contra la validez del matrimonio, si existiesen el acta de su celebración y la posesión de estado”.*

***(SIC. Error en la Fuente. El resaltado en negrillas es mío)***

*“Art.182.- La acción de nulidad por vicio del consentimiento sólo podrá intentarse dentro de los sesenta días desde que se conoció el error o cesó la violencia, y, en el supuesto de raptó, desde que la víctima recuperó su libertad”.*

**9. Legislación de la República Oriental del Uruguay.-**

**a) Definición de Matrimonio.-**

El Código Civil uruguayo no prevé una definición de matrimonio en su texto.

**b) Consentimiento Matrimonial en la legislación.-**

El legislador uruguayo tampoco previó una definición del consentimiento matrimonial.}

**c) Consideración del Consentimiento y del que tiene algún tipo de deficiencia mental como causa de nulidad matrimonial.-**

El legislador uruguayo previó como impedimento dirimente del matrimonio la falta de consentimiento de alguno de los contrayentes, así consta del artículo 91 que se transcribe a continuación:

*“91. Son impedimentos dirimentes para el matrimonio:*

*1º. La falta de edad requerida por las leyes de la República; esto es, catorce años cumplidos en el varón y doce cumplidos en la mujer.*

*2º. La falta de consentimiento en los contrayentes. Los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito son hábiles para contraer matrimonio, siempre que se compruebe que pueden otorgar consentimiento. La comprobación se hará por informe médico aprobado judicialmente.*

*3º. El vínculo no disuelto de un matrimonio anterior.*

*4º. El parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o natural.*

*5º. En la línea transversal, el parentesco entre hermanos legítimos o naturales.*

*6º. El homicidio, tentativa o complicidad en el homicidio contra la persona de uno de los cónyuges, respecto del sobreviviente.*

*7º. La falta de consagración religiosa, cuando ésta se hubiere estipulado como condición resolutoria en el contrato y se reclamase el cumplimiento de ella en el mismo día de la celebración del matrimonio”.*

**(SIC. Error en la Fuente. Lo resaltado en negrillas es mío)**

**d) ¿Quién puede iniciar la acción?**

En el caso de los vicios del consentimiento se ha dispuesto que podrá intentarlo el cónyuge que no lo ha prestado de manera libre.

*“199. No puede decirse de nulidad del matrimonio contraído sin el consentimiento libre de los cónyuges, sino por el contrayente, cuyo consentimiento no ha sido libre.*

*Si el vicio del consentimiento proviniese de violencia o de error sobre la persona, no será admisible la demanda de nulidad, cuando haya mediado cohabitación continuada por sesenta días, desde que el cónyuge adquirió su libertad absoluta o conoció el error de que había sido víctima”.*

*“200. De los matrimonios contraídos con algunos de los impedimentos dirimentes de los números 1, 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 91, puede decirse de nulidad, según el caso, por los mismos cónyuges, por cualquier interesado o por el Ministerio Público.*

*Esta disposición es aplicable al caso del matrimonio clandestino, esto es, que no se haya contraído públicamente, en presencia del funcionario competente y de acuerdo con las disposiciones de este Código”.*

**10. Conclusiones**

De la comparación de las legislaciones de los países antes señalados, así como de la eclesiástica podemos sacar las siguientes conclusiones:

1. Varias legislaciones han previsto un artículo que define el matrimonio y en ésta ha considerado como elemento el consentimiento, dándole la importancia del caso.
2. Las legislaciones que no lo han previsto una definición, han desarrollado artículos que dan a entender su importancia.
3. Las legislaciones que más han previsto sobre la formación del consentimiento son la canónica y la chilena, las cuales han señalado plenamente todas las posibilidades de consentimiento imperfecto por la incapacidad de razón o discernimiento.

En estas legislaciones se ha diferenciado el consentimiento pleno de los vicios del mismo.

4. Se ha ratificado, en la comparación, que la inexactitud de que el legislador ecuatoriano haya incluido “la enfermedad mental que priva del uso de la razón” como un vicio del consentimiento porque constituiría una imposibilidad de consentir.
5. No es uniforme los términos utilizados para identificar al que padece un problema mental, por ejemplo idiota, imbecil, enfermo mental, enajenado mental, loco, furioso, entre otros.
6. Respecto de la nulidad o anulabilidad del matrimonio, respecto de estos casos, sí han sido previstas en todas las legislaciones, pero no en la misma consideración. Insisto que las legislaciones más claras son la canónica y la chilena.
7. Respecto de quién puede ejercer la acción, existe diversidad de criterios y situaciones complejas, sin embargo, la mayoría ha sido extensivo en que ambos cónyuges podrán iniciar la acción en los casos de incapacidad consensual.

## CAPÍTULO V

### ESTUDIO DE JURISPRUDENCIAS RESPECTO DE LA NULIDAD MATRIMONIAL EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

#### 1. Descripción de la investigación.-

Con la finalidad llegar a una claridad respecto de la forma de resolución por parte de jueces en los casos concretos presentados a solución judicial, bajo causales de demencia y/o enfermedad mentales, acudí a consultar la jurisprudencia contenida en las siguientes fuentes:

- a) “Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana, SILEC”, propiedad de “LEXIS S.A.” (medio digital); y
- b) Gacetas Judiciales en físico.

i) El criterio de investigación, fue buscar y recopilar sentencias que traten el tema. La mayor facilidad la brindó el sistema digital. Así, buscando bajo la modalidad, "Legislación Vigente" - "Jurisprudencia", "LEXIS", bajo los criterios de búsqueda i) Nulidad - Matrimonial (constante) ii) Demente, iii) Demencia, iv) Enfermedad mental, v) Locura, vi) Furioso, vii) Capacidad, con la finalidad de encontrar jurisprudencias que nos permitan conocer los criterios del juzgador respecto de la materia de esta investigación, me encontré con los siguientes resultados:

## **2. Resultados.-**

- A. Existen ingresadas al "LEXIS" 6,298 jurisprudencias en el periodo comprendido entre 1871 a 2009.
- B. De aquellas la cantidad de 520 corresponden a Nulidad de Actos y Contratos,
- C. De las detalladas en el numeral anterior 24 tienen aciertos al tema de nulidad matrimonial.
- D. De los 24 aciertos de nulidad matrimonial ninguno de ellos coincide con los términos de búsqueda: demente, demencia, enfermedad mental, locura, furioso.
- E. Respecto del tema de investigación que nos concierne, encontré en total, un número de 24 jurisprudencias, mismas que detallo a continuación:

### **NULIDAD DE MATRIMONIO POR:**

- 1. Impedimentos dirimentes, Sentencia de 3 de diciembre de 1898, Publicada en GACETA JUDICIAL NO. 1., AÑO 1. SERIE I, PAGINA 8.<sup>90</sup>  
Mediante la cual se ratifica que la nulidad matrimonial se da por "vicio oculto en la solemnidad", o por incapacidad de los contrayentes".
- 2. Personas competentes para conocer causas de nulidad de matrimonio, Sentencia de 21 de noviembre de 1910, Publicada en gaceta judicial. AÑO IX, SERIE II, NO. 98, PAGINA 784.<sup>91</sup>  
Mediante la cual se establece las autoridades competentes a esa fecha para conocer y tramitar las causas de nulidad matrimonial.
- 3. Persona competente para intervenir en un matrimonio, Sentencia de 28 de mayo de 1915, Publicada en GACETA JUDICIAL, AÑO XIV, SERIE III, NO. 85, PÁGINA 1915.<sup>92</sup>  
Por la cual se aclara, a esa fecha, quién debe actuar de Secretario en los Casos de Nulidad Matrimonial.
- 4. Consentimiento para matrimonio de menor de edad, Sentencia de 21 de mayo de 1917, Publicada en GACETA JUDICIAL, AÑO XVI, SERIE III, NO. 177, PÁGINA 2652.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> Anexo 1.

<sup>91</sup> Anexo 2.

<sup>92</sup> Anexo 3.

<sup>93</sup> Anexo 4.

**\* Esta Jurisprudencia resulta interesante pues equipara a la falta de consentimiento, la falta de la autorización o licencia que debió prestar la madre de la legítima.**

5. Delegación para matrimonio, Sentencia de 5 de julio de 1924, Publicada en GACETA JUDICIAL, AÑO XXIII, SERIE IV, NO. 153, PÁGINA 1227<sup>94</sup>.  
Mediante la cual se explica la delegación, que en aquella época, pueden conceder los Jefes y Tenientes Políticos, para que otro funcionario de orden administrativo celebre el matrimonio.
6. Vinculo de matrimonio no disuelto, Sentencia de 20 de marzo de 1926, Publicada GACETA JUDICIAL, AÑO XXV, Serie IV, NO. 208, PÁGINA 1667<sup>95</sup>.  
Existencia de matrimonio anterior no disuelto.
7. Procesal: Sustentación de juicio de nulidad. Sentencia de 30 de marzo de 1926, Publicada en GACETA JUDICIAL, AÑO XXV, SERIE IV, NO. 198, PÁGINA 1587<sup>96</sup>.  
Mediante la cual se explica que la nulidad de matrimonio debe seguirse en juicio ordinario ya que la ley no ha previsto expresamente trámite para ello.
8. Quién puede proponer la acción de nulidad, Sentencia de 13 de septiembre de 1929, Publicada en GACETA JUDICIAL, AÑO XXVIII, SERIE V, NO. 11, PÁGINA 171<sup>97</sup>.  
Falta de firma en el acta matrimonial.
9. Falta de consentimiento de un tercero, Sentencia de 7 de abril de 1930, Publicada en GACETA JUDICIAL, AÑO XXIX, SERIE V, NO. 24, PÁGINA 478<sup>98</sup>.  
Contrayente que tenía 15 años al momento de celebrar el matrimonio y requería de la licencia de sus padres, so pena de viciar de nulidad el acto.  
**\*Esta sentencia es interesante porque ya ha cambiado el criterio de licencia o autorización en esos casos.**
10. Procesal: Falta de intervención de autoridad competente, Sentencia de 6 de octubre de 1930, Publicada en GACETA JUDICIAL, AÑO XXIX, SERIE V, NO. 37, PÁGINA 896<sup>99</sup>.  
Mediante la cual aclara, que la fecha, las causas matrimoniales tendrán siempre 3 instancias y debe actuar el Ministerio Fiscal y un Defensor de Matrimonios (figura que seguramente se la recogía del Derecho Canónico).
11. Declaratoria en sentencia ejecutoriada, Sentencia de 21 de febrero de 1931, Publicada en GACETA JUDICIAL, AÑO XXX, SERIE V, NO. 42, PÁGINA 998<sup>100</sup>.  
El matrimonio subsistirá mientras no se declare la nulidad.

---

<sup>94</sup> Anexo 5.

<sup>95</sup> Anexo 6. (3 Fojas útiles)

<sup>96</sup> Anexo 7 (2 Fojas útiles)

<sup>97</sup> Anexo 8

<sup>98</sup> Anexo 9

<sup>99</sup> Anexo 10

<sup>100</sup> Anexo 11

12. Falta de consentimiento de un tercero. Sentencia de 22 de septiembre de 1932, Publicada en GACETA JUDICIAL, AÑO XXXI, SERIE V, NO. 69, PÁGINA 1633<sup>101</sup>.  
Se produce la nulidad del matrimonio si faltare el consentimiento de quien debe prestarlo.
13. Procesal: Falta de intervención de autoridad competente, Sentencia de 23 de mayo de 1936, Publicada en GACETA JUDICIAL, AÑO XXXV, SERIE V, NO. 127, PAGINA 3035<sup>102</sup>.  
Ratifica una vez más que en los juicios de nulidad matrimonial deben intervenir como partes el Ministerio Fiscal y un defensor de matrimonios.
14. Falta de constancia de delegación en la diligencia de inscripción, Sentencia de 14 de marzo de 1947, Publicada en GACETA JUDICIAL, AÑO LII, SERIE VII, NO. 4, PÁGINA 369<sup>103</sup>.  
Por la cual no se concede la nulidad de matrimonio por no estar prevista como causal la falta de delegación del Jefe o Teniente Político, en la diligencia de inscripción de matrimonio.
15. Falta de delegación de autoridad que celebra matrimonio. Sentencia de 4 de julio de 1950, Publicada en GACETA JUDICIAL, AÑO LV, SERIE VII, NO. 11, PÁGINA 1254<sup>104</sup>.  
Por la cual se deja establecido que la falta de autorización escrita del Teniente Político del Cantón respectivo, a favor del Jefe Político que celebró el matrimonio, provocó la nulidad del matrimonio.
16. Matrimonio entre púberes. Sentencia de 28 de mayo de 1956. Publicada en GACETA JUDICIAL, AÑO LIX, SERIE VIII, NO. 11, PÁGINA 1041<sup>105</sup>.  
Por la cual se ratifica que el matrimonio de púberes menores de dieciocho años que no cuentan con autorización de quien tiene que prestarla es nulo.
17. Declaración de nulidad de matrimonio después de que uno de los cónyuges muere. Sentencia de 7 de julio de 1956. Publicada en GACETA JUDICIAL, AÑO LIX, SERIE VIII, NO. 11, PÁGINA 1072<sup>106</sup>.  
Por el cual se dispone que una vez que el matrimonio ha terminado por la muerte de uno de los contrayentes ya no es de interés moral ni de la ley conocer si dicho matrimonio estuvo viciado de nulidad.
18. Cónyuge competente para proponer la nulidad de matrimonio. Sentencia de 24 de junio de 1957. Publicada en GACETA JUDICIAL, AÑO LX, SERIE VIII, NO. 14, PAGINA 1332<sup>107</sup>.

---

<sup>101</sup> Anexo 12

<sup>102</sup> Anexo 13

<sup>103</sup> Anexo 14 (2 fojas útiles)

<sup>104</sup> Anexo 15 (3 fojas útiles)

<sup>105</sup> Anexo 16

<sup>106</sup> Anexo 17

<sup>107</sup> Anexo 18 (2 fojas útiles)

En la que se declara nulo el matrimonio celebrado ante una autoridad no competente por no se del domicilio de ninguno de los contrayentes.

19. Procesal: Sentencia debe tratar sobre los puntos en los que se trabó la litis. Sentencia de 11 de febrero de 1959. Publicada en GACETA JUDICIAL, AÑO LXI, SERIE IX. NO. 5, PAGINA 522<sup>108</sup>  
Mediante la cual se dispone que no es posible atender la petición que en tercera instancia ha planteado la parte para ejercer la acción de nulidad del matrimonio.
20. Procesal: Consulta de Nulidad de Matrimonio. Sentencia de 4 de octubre de 1967. Publicada en GACETA JUDICIAL, AÑO LXXI. SERIE XI. NO. 1, PAGINA 47<sup>109</sup>.  
Mediante la cual se ratifica que, en aquella época, las causas tienen tres instancias e intervendrán en ellas el Ministerio Público.
21. Existencia de pluralidad de domicilios. Sentencia de 16 de enero de 1969. Publicada en la GACETA JUDICIAL, AÑO LXXIV. SERIE XI. NO. 7. PAGINA 926<sup>110</sup>.  
Mediante la cual se aclara que no será causa de nulidad de matrimonio el hecho que un contrayente tenga pluralidad de domicilio.
22. Vía para llevar un proceso de nulidad. Sentencia de 8 de abril de 1983. Publicada en GACETA JUDICIAL, AÑO LXXXIII. SERIE XIV. NO. 2. PÁGINA 363<sup>111</sup>  
Por la cual se ratifica que la vía ordinaria es la apta, legalmente, para seguir el juicio de nulidad matrimonial.
23. Nulidad de matrimonio en segundas nupcias. Sentencia de 15 de noviembre de 1983. Publicada en GACETA JUDICIAL. AÑO LXXXIV. SERIE XIV. NO. 5. PÁGINA 1210<sup>112</sup>.  
Por la cual se declara nulidad por contraer la mujer, segundas nupcias antes de cumplir un año de inscrita la sentencia que declaró el divorcio.
24. Ejecución de sentencia de nulidad de matrimonio. Sentencia de 17 de diciembre del 2003. Publicada en GACETA JUDICIAL AÑO CV. SERIE XVII, NO. 14. PÁGINA 4540<sup>113</sup>.  
Por la cual se declara que el juez que declaró la nulidad matrimonial no es el competente para conocer de los bienes luego de disuelta la sociedad conyugal.

#### **ii) Resultados bajo otros Criterios de Búsqueda.-**

El Sistema de LEXIS, en Legislación Vigente – Jurisprudencia, mediante búsqueda palabra por palabra, genera los siguientes resultados:

---

<sup>108</sup> Anexo 19 (3 fojas útiles)

<sup>109</sup> Anexo 20

<sup>110</sup> Anexo 21 (3 Fojas útiles)

<sup>111</sup> Anexo 22

<sup>112</sup> Anexo 23 (2 Fojas útiles)

<sup>113</sup> Anexo 24 (5 Fojas útiles)

1. Demente: Con esta palabra solo encontramos doce sentencias
  - 1.1 Estado de interdicción (27 de mayo 1896)
  - 1.2 Interdicción por demencia (18 de octubre de 1904)
  - 1.3 Curador de demente (24 de octubre de 1904)
  - 1.4 Curaduría de incapaces en juicio (04 de noviembre de 1922)
  - 1.5 Incapacidad por interdicción (04 de febrero de 1924)
  - 1.6 Prohibición por ser curador (24 de junio de 1943)
  - 1.7 Divorcio de cónyuge demente (14 de mayo de 1970)
  - 1.8 Legítimo contradictor (28 de octubre de 1974)
  - 1.9 Interdicción por demencia (08 de marzo de 1976)
  - 1.10 Aptitud para otorgar testamento (20 de febrero 1981)
  - 1.11 Posesión de inmueble por menores de edad ( )
  - 1.12 Compraventa de demente antes de interdicción (29 de marzo de 1999)
2. Loco: El sistema solo arroja una jurisprudencia.
  - 2.1 Aptitud para otorgar testamento (20 de febrero de 1981)
3. Imbécil/ imbecilidad: el sistema no arrojó ninguna coincidencia.
4. Furioso/ furia: el sistema no arrojó ninguna información.
5. Incapaz: El sistema solo contiene nueve sentencias.
  - 5.1 Tinterillos
  - 5.2 Incapaz por interdicción
  - 5.3 Impugnación de paternidad
  - 5.4 Representación legal conjunta
  - 5.5 Declaración de paternidad
  - 5.6 Nulidad de escritura y nulidad de contenido
  - 5.7 Declaración judicial de la paternidad
  - 5.8 Juicio de nulidad de testamento
  - 5.9 Posesión de inmueble por menores de edad
6. Idiota: Lexis no contempla coincidencias.
7. Capacidad Legal: El sistema contempla treinta similitudes.
  - a. Capacidad de menores adultos (03 de octubre de 1912)
  - b. Personería Jurídica de las municipalidades (01 de diciembre de 1922)
  - c. Capacidad Jurídica de la mujer (22 de marzo de 1923)
  - d. Nulidad de testamento (11 de diciembre de 1930)
  - e. Exclusión de bienes de la mujer casada (23 de septiembre de 1937)
  - f. Capacidad litigiosa (20 de enero de 1938)
  - g. Nulidad de contrato (28 de noviembre de 1938)
  - h. Paternidad disputada (23 de mayo de 1939)
  - i. Retención o secuestro de bienes municipales (19 de diciembre de 1942)
  - j. Contrato secreto, simulación (13 de septiembre de 1950)
  - k. Ilegitimidad de personería (27 de febrero de 1952)
  - l. Mujer casada comerciante (06 de noviembre de 1964)
  - m. Aceptante de letra de cambio sin poder (21 de enero de 1975)
  - n. Aval de mujer casada (20 de enero de 1976)
  - o. El marido no es representante de la mujer (02 de octubre de 1980)
  - p. Jurado de capitanes (13 de enero de 1981)

- q. Excepción de personería incompleta (18 de mayo de 1982)
- r. Actor menor de edad en juicio laboral (23 de marzo de 1983)
- s. Transformación de compañía (12 de mayo de 1989)
- t. Indemnización de perjuicios por arbitrario uso telefónico (09 de noviembre de 1994)
- u. Resoluciones sin atribución legal (29 de noviembre de 1994)
- v. Destitución de profesores municipales (15 de marzo de 1995)
- w. Renuncia para acogerse a la jubilación (09 de julio de 1997)
- x. Calificación de la demanda por el juez (14 de enero de 1999)
- y. Incautación de divisas por exportación (25 de mayo de 1999)
- z. Elementos de la unión de hecho (25 de junio de 1999)
- aa. Ilegitimidad de personería (17 de mayo del 2001)
- bb. Estipulación a favor de tercero (26 de febrero del 2003)
- cc. Falta de legítimo contradictor e ilegitimidad de personería (07 de junio del 2006)
- dd. Ilegitimidad de personería (29 de marzo del 2007)

#### **CONCLUSIONES DE ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA.-**

1. Respecto de los 24 casos de Jurisprudencia de “Nulidad Matrimonial” existentes, ninguno de ellos se refiere puntualmente a los casos materia del estudio sobre dementes o enfermos mentales.
2. Bajo los otros criterios de búsqueda de Jurisprudencia sobre nulidad de Matrimonio o respecto de consentimiento de éstas para el matrimonio.
3. Se genera una razonable duda entre, respecto si:
  - a. El numeral 2 del artículo 96 ó el 5 del 95 del Código Civil Ecuatoriano no son aplicados para intentar la “Nulidad Matrimonial”, o
  - b. Por la trascendencia, o la situación de las partes, este tipo de casos, no llegan a tramitarse a nivel jurisprudencial.
4. No obstante, es evidente que, las causales estudiadas, no son capítulos de nulidad que se intenten de manera común por el foro.
5. Aplicando el avance de las Ciencias Psicológicas y Psiquiátricas respecto de la demencia y de las enfermedades o trastornos mentales, debería ser más común la presentación de juicios de nulidad de matrimonio.
6. Sobre la base de los mismos adelantos científicos en las áreas de la psiquiatría e inclusive sobre otras ramas del derecho, es necesario adecuar las normas legales para flexibilizar la legislación respecto de los casos de nulidad.
7. Se puede concluir que la demencia, prevista en el numeral 5 del artículo noventa y cinco del código civil (que contiene los impedimentos dirimentes), así como el numeral 2 del artículo 96 del código civil (que contiene como causal la enfermedad mental que priva del uso de la razón) tienen una misma base común. Esto es, la imposibilidad de consentir por parte del contrayente afectado.

8. También se puede concluir que en el caso de la enfermedad mental que priva del uso de razón al momento de contraer matrimonio (Art. 96,2 C.C.), no nos encontramos frente a un real vicio del consentimiento. Toda vez que no se trata ni de un DOLO, ni de FUERZA ni de ERROR, por lo cual se ratifica que dicha consideración no es exacta por parte del código civil.
9. Así mismo se ratifica que lo común entre ambas causales relacionadas es la falta de formación del debido consentimiento ya fuere por casos graves como la demencia o por casos más leves como un inconveniente mental al momento de la celebración.
10. de los avances de las ciencias podemos concluir que los problemas de formación del consentimiento se presentan por causas graves (demencia) ya fuere por causas leves (trastornos fuertes de la personalidad) e inclusive por no poder cumplir las obligaciones (situación que se notará o constatará luego de celebrado el matrimonio) pues no se podrá cumplir las obligaciones derivadas del matrimonio. En consecuencia, el consentimiento que se prestó, en aparente normalidad, no podía ser perfecto, pues jamás se podrá cumplir los efectos derivados del mismo. Provocando su nulidad.
11. Podemos concluir que la legislación canónica en sus reformas de los años ochenta ya incorporó estos avances científicos al texto normativo, sin embargo el código civil ecuatoriano se ha mantenido sin modificaciones, en esta materia.
12. Podemos apreciar que la mala formación del consentimiento, sí ha sido prevista positivamente; no solo por la legislación canónica, sino también por la legislación civil, en particular la chilena; lo cual demuestra que es imprescindible atender la "mala formación del consentimiento matrimonial" como causal de nulidad, como capítulo separado e independiente.
13. Tratándose del matrimonio es plenamente posible atender esta diferenciación, toda vez que, las causales de nulidad matrimonial son de orden estricto, particular y sui generis; y no tienen que ver con las causales de nulidad general del libro cuarto del código civil.
14. Quien está sometido a una causal de este tipo y en general a no poder consolidar o conformar un debido consentimiento, no sólo que provocan la nulidad del matrimonio, sino que bien podrían, a través de sus representantes, solicitar judicialmente la nulidad de matrimonio. Por ello es necesario reformar el artículo pertinente del código civil.
15. Como conclusión final se debe exponer que es necesaria una reforma de los artículos 95, 96 y 98 del Código Civil, a fin de corregir los errores actuales, actualizar la legislación a los avances de las ciencias psiquiátricas, prever como causal de nulidad matrimonial, la falta de consentimiento en los términos antes indicados; y finalmente reformar el artículo 98 para prever los sujetos que pueden ejercer dicha acción. Por este motivo presento un texto de reforma al Código Civil.

## CAPITULO VI

### RECOMENDACIÓN Y PROPUESTA

#### 1. Recomendación

A fin de solucionar la inexactitud del legislador ecuatoriano de haber incorporado como vicio del consentimiento el caso de la “enfermedad mental que priva del uso de razón”, que se encuentra en el numeral 2 del artículo 96 del Código Civil, causal que luego del análisis pertinente se ha concluido que tiene el mismo fundamento o antecedente del caso del demente contenido en el numeral 5 del artículo 95 del Código Civil, a criterio del expositor, se evidencia la necesidad una reforma al Código Civil.

Ante la falta de un artículo que prevea la formación plena del “consentimiento matrimonial”, a fin de evitar manifestaciones del consentimiento imperfectas, así como contrarias a la voluntad interna del individuo, considero recomendable proceder a la incorporación de un artículo en el Código Civil que prevea el particular.

Luego que se ha evidenciado, del análisis comparativo de legislaciones, que el consentimiento expresado en el matrimonio civil sigue las mismas etapas de formación y debe adecuarse a los avances de las ciencias psicológicas y psiquiátricas en cuanto a la formación del acto voluntario y por ende del consentimiento, considero indispensable la reforma antes expuesta.

Ante la necesidad de garantizar el pleno cumplimiento de la norma constitucional, contenida en el segundo inciso del artículo 67, la cual ordena que el matrimonio se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes, en concordancia con la disposición contenida en el artículo 84 de la norma fundamental, que ordena que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa, tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, considero menester recomendar la reforma de las citadas normas del Código Civil.

De igual forma, con la intención de hacer efectiva la aplicación de las normas constitucionales y de hacer más flexible la acción de nulidad matrimonial, que respecto de la materia estudiada no existe jurisprudencia por ende aplicación a casos concretos, es de mi parecer procedente la recomendación de la citada reforma, en especial al artículo 98 del Código Civil, que prevé quién es titular de las acciones de nulidad matrimonial.

Por este motivo, me permito sugerir el siguiente texto:

#### 2. Propuesta de Reforma

**EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL**

### **Considerando**

Que en el año 2008 entró en vigencia la nueva Constitución de la República del Ecuador, en la que se introducen cambios sustanciales a diversas instituciones jurídicas, entre ellas el matrimonio y se estableció que se fundamentará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal;

Que el artículo 84 de la Constitución dispone que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución;

Que es indispensable ajustar la normativa legal a las disposiciones constitucionales, para garantizar la vigencia de los derechos y la supremacía constitucional;

Que se requiere que las normas constitucionales y legales sean de aplicación directa en beneficio de la sociedad y que los administradores de justicia puedan resolver los asuntos sometidos a su conocimiento desde una visión constitucional;

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, expide la siguiente:

#### **LEY REFORMATORIA AL CODIGO CIVIL**

Art. 1.- Agréguese un Artículo Innumerado antes del artículo 96 del Código Civil que diga:

##### **Del Consentimiento**

Art. (...) Será nulo el matrimonio, que no se fundamente sobre un pleno y libre consentimiento, conforme a las normas que van a expresarse, que guarde conformidad a las palabras o signos usados para expresar la voluntad de constituirlo, por ello provoca nulidad del matrimonio si alguno o ambos contrayentes excluyeren todas o alguna de sus finalidades esenciales; o fueren incapaces de contraer matrimonio por alguna de las siguientes causales:

- a) Carecer del suficiente uso de la razón;
- b) Tener un defecto grave de juicio con respecto a los derechos y obligaciones del matrimonio;
- c) Estar impedido para asumir las obligaciones de la esencia del matrimonio por razones de naturaleza psíquica; y
- d) No poder expresar con claridad su voluntad de contraer matrimonio por medio oral o escrito.

Art. 2.- Sustitúyase el artículo 98 por el siguiente:

Art. 98.- La acción de nulidad del matrimonio puede proponerse por los cónyuges o por el Ministerio Público, si se funda en defectos esenciales de forma, en las incapacidades para prestar consentimiento pleno, o en los impedimentos dirimentes; pero si la acción se funda en los vicios del consentimiento señalados en el artículo 96 solamente podrá demandar el cónyuge perjudicado, esto es, el que incurrió en el error, el que fue raptado o el que sufrió amenazas graves.

Art. 3.- Elimínese el numeral 5 del artículo 95 y el numeral 2 del artículo 96 del Código Civil.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los .... días del mes de ..... de .....

### **BIBLIOGRAFÍA**

- Bonnacasse, Julien; Tratado Elemental de Derecho Civil, Primera Serie, Volumen 1, Biblioteca Clásicos del Derecho, Oxford University Press, México, Septiembre del 2000.-
- Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1988.-
- CIE-10.- Que consiste en la Clasificación de Trastornos Mentales CIE-10, ..... Internet, .....
- Código Civil Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, Actualizado abril 2008,
- Código Civil de Estados Unidos Mexicanos (2009)
- Código Civil República Bolivariana de Venezuela (2009)
- Código Civil República de Colombia (2009)
- Código Civil República del Perú (2009)
- Código Civil República de Chile (2009)
- Código Civil República de Argentina (2009)
- Código Civil del Estado Plurinacional de Bolivia (2009)
- Código Civil de la República del Paraguay (2009)
- Código Civil de la República Oriental del Uruguay (2009)
- Código Penal ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Procedimiento Civil ecuatoriano Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código de Derecho Canónico,
- Constitución de la República del Ecuador, R.O. 20, Octubre de 2008.
- Coronel Jones, César; *La Simulación de los Actos Jurídicos*, Editorial Nomos Ltda., Bogotá, Colombia, Enero de 1989.
- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, II tomo.
- DSM-IV.- Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales, Cuarta Versión emitido por la "American Psychiatric Association", Internet, .....

- García Baquerizo, José Miguel, Anotaciones de Clases Derecho Civil Personas, DocuCentro, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, John Chester Castro, Guayaquil, Ecuador, 2008.
- González Alarcón, Hugo Manuel, Derecho Civil Personas y Familia, Texto Guía, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Sistema de Educación a Distancia, Octubre 2004.
- Larrea Holguín; Juan, Derecho Civil del Ecuador, Tomo II, Derecho Matrimonial, Cuarta Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones 1985.
- Meza Barros, Ramón; Manual de Derecho de la Familia, Tomo I, Colección Manuales Jurídicos No. 67, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989.
- Ojeda, Carmen Dra., Presentación "Trastornos psicopatológicos y la nulidad matrimonial", Curso "Nulidad Matrimonial", Quito 14-17 Septiembre de 2009.
- Parraguez Ruíz, Luis; Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Volumen I, Personas y Familia, Universidad Técnica Particular de Loja, Ciencias Jurídicas, Gráficas Hernández C. Ltda., Cuenca, 1999.
- Planiol, Marcel y Ripert, Georges, Derecho Civil, Derecho Civil, Oxford, Volumen 8, Primera Serie, .....
- Revista Digital Law & Iuris Perú, Invalidez del Matrimonio, <http://lawiuris.wordpress.com/2008/06/23/invalidez-del-matrimonio/14/12/2009.->
- Royo Marín, Antonio, O.P., Teología Moral para Seglares I, Moral Fundamental y Especial, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid MCMLXXIII.
- Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana, SILEC, LEXIS. ( investigaciones a diciembre del 2009)
- Somarriva Undurraga, Manuel, Derecho de Familia, Tomo I, Ediar Editores, Santiago de Chile, 1988.
- Valencia Zea, Arturo; Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Familia, Reimpresión Quinta Edición, Editorial TEMIS Librería, Bogotá, Colombia, 1985.
- Viladrich, Panzio Orallo, García Faílde.