

LA SIMULACION EN EL C.I.C. Y EN EL PROYECTO DE NUEVO CODIGO (PNC)

1. *Importancia de la voluntad interna y presunción a favor de la misma*

Siendo el mutuo consentimiento de los contrayentes la causa eficiente del matrimonio —*consentimiento que no puede suplirse por ninguna potestad humana*, como se afirma en el c. 1081,1 del *Codex* y en el c. 1057,1 del PNC—, es evidente que la falta de voluntad interna de uno o de ambos contrayentes hace nulo el matrimonio, no obstante la fingida manifestación externa del consentimiento.

Para resolver esta contradicción entre la voluntad interna y su manifestación externa, el Derecho Canónico, desde sus orígenes, no dio preferencia a la manifestación externa de la voluntad, según la *Eckklärungstheorie*, sino a la voluntad interna, de acuerdo con la *Willenstheorie*, descubierta por los canonistas muchos siglos antes que lo hiciera Savigny.

Sin embargo, como es normal entre personas medianamente serias y formales que su manifestación externa corresponda a su intención interna, justamente el c. 1086,1 del CIC y el c. 1101,1 del PNC, basándose en este hecho general, establecen una presunción de derecho a favor de la conformidad entre las palabras o signos empleados en la celebración del matrimonio y el consentimiento interno de la voluntad, presunción que admite prueba en contrario: «Se presume que el consentimiento interno de la voluntad está en conformidad con las palabras o los signos empleados en la celebración del matrimonio» (c. 1101,1 del PNC y sustancialmente lo mismo en el c. 1086,1 del CIC).

2. *Concepto de simulación y clases de la misma*

Se entiende por simulación la divergencia consciente entre la voluntad interna y su manifestación externa¹. Simula o finge celebrar matrimonio

1. Sobre la simulación, cf. Sánchez, *De sancto matrimonii sacramento*, lib. 1, disp. 19; lib. 5, disp. 9; P. Gasparri, *De matrimonio* II (Romae 1932) n. 814-31; F. Cappello, *De matrimonio* (Turín 1961) n. 593-604; J. Bank, *Connubia canonica* (Romae 1959) 364-78; Chelodi-Ciproiti, *Ius matrimoniale* (Vicenza 1947) n. 115-17; L. Miguélez, 'El matrimonio', *Comentarios al C.D.C.* vol. 2 (Madrid, B.A.C., 1963) n. 460-69; A. Bernárdez Cantón, *Curso de Derecho matrimonial canónico* (Madrid 1981) 229-51; O. Giacchi, *Il consenso matrimoniale* (Milán 1950) 64-92; E. Graziani, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico* (Milán 1956) 159-204; D. Staffa, *De conditione contra matrimonii substantiam* (Romae 1952); P. Fedele, 'Intentio et conditio contra matrimonii substantiam', *Riv. Dir. Priv.* (1936) 311 ss.; el mismo, 'Notae

quien externamente manifiesta su voluntad de celebrarlo, cuando en su interior no lo quiere, engañando al otro contrayente. Para que exista, pues, simulación en sentido propio ha de haber discrepancia consciente y voluntaria entre la manifestación externa del consentimiento matrimonial y lo que realmente se quiere en el interior de la voluntad.

La jurisprudencia canónica y una gran parte de la doctrina suelen distinguir entre la simulación *total* y la *parcial*, según que se excluya el matrimonio mismo o alguno de sus elementos esenciales. En realidad sólo la primera merece el nombre de simulación, ya que únicamente en ella se da engaño y conciencia del mismo y de la nulidad del matrimonio.

Por el contrario, en la llamada simulación parcial o más bien restricción mental del consentimiento, no hay divergencia alguna entre la voluntad interna y su manifestación, puesto que quien excluye algún elemento esencial del matrimonio, quiere contraer éste, si bien configurado a su antojo, en contra del derecho divino o eclesiástico, e incluso ignorando la nulidad del mismo que tal exclusión entraña.

Pero si quien rechaza o excluye algún elemento esencial del matrimonio, incluido generalmente en los tres clásicos bienes (*prolis, fidei et sacramenti*) es consciente de provocar con ello la nulidad del matrimonio y de engañar a la comparte y a la Iglesia, ya no incurriría en una simulación *parcial*, sino *total*, que es la única y verdadera simulación³.

En realidad, no cabe distinguir propiamente entre simulación total y parcial, ya que si el contrayente excluye de mala fe algún elemento esencial del matrimonio, excluye el mismo matrimonio, mientras que si lo excluye de buena fe, no se puede hablar de simulación parcial, aun cuando el matrimonio sea también nulo³.

Por lo demás, ambas simulaciones, la verdadera o *total* y la que no lo es, o *parcial*, producen el mismo efecto de la nulidad del matrimonio y su diferencia es únicamente de orden psicológico.

3. Diferencia entre la simulación canónica y la civil

La simulación canónica difiere profundamente de la simulación civil, pues ésta es siempre bilateral y entraña la concorde voluntad de engañar y la conciencia de la invalidez del negocio, mientras que la canónica es esencialmente unilateral o reserva mental y sólo la exclusión del matrimonio conlleva el ánimo de engañar y la conciencia de la nulidad del acto. En el derecho civil, además, es posible una simulación *absoluta*, en la que las partes no

per uno studio sulla simulazione nel matrimonio canonico', *Studi in onore di V. Del Giudice I* (Milán 1953) 277-310; el mismo, 'L'essenza del matrimonio e la sua esclusione', *Studi sul matrimonio canonico* (Roma 1982) 113-174; Varios, 'La simulazione nel matrimonio', *Quaderni romani di diritto canonico* (Roma 1977) 4 ss.

2. Di Jorio, 'Novissima iurisprudentia rotalis de matrimonio', *Il dolo nel consenso matrimoniale* (Città del Vaticano 1972) 174-77.

3. Cf. Filipiak, 'Il problema della simulazione nel diritto matrimoniale canonico', *Eph.I.C.* (1975) 214-17; F. Cappello, o. c., n. 593, p. 526.

pretenden realizar ningún negocio y una *relativa*, en la que los contrayentes no pretenden realizar, p. ej., una compraventa, pero sí una donación encubierta bajo la forma externa de aquélla.

En el derecho canónico no es posible tal distinción, pues bajo la declaración de matrimonio no se puede ocultar otro negocio lícito y protegido jurídicamente⁴. Cabe también que en el derecho matrimonial canónico ambos contrayentes pacten la simulación, pero tal pacto, ni es necesario para la nulidad, ni ésta depende del mismo en cuanto tal, sino de la reserva mental de uno o de ambos contrayentes⁵.

4. La simulación en el PNC. «Iter» del canon 1101,2

El PNC, al igual que el *Codex*, no emplea el término *simulación*, sino el de *exclusión*, mediante un acto positivo de la voluntad, ya del matrimonio mismo, ya de alguno de sus elementos esenciales, propiedades esenciales o dignidad sacramental.

Dada la importancia del c. 1101,2, estimamos indispensable para su cabal comprensión señalar las principales modificaciones que ha sufrido hasta su redacción definitiva, partiendo del texto correspondiente del antiguo Código, el cual rezaba así: *At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum, aut omne ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit* (c. 1086,2).

Con razón se ha dicho que es este uno de los cánones cuya interpretación ha dividido más a la doctrina y a la jurisprudencia⁶. Como ha señalado el P. U. Navarrete, dicho canon es deficiente respecto al número de exclusiones, pues falta la exclusión de la fidelidad, ya que ésta no está plenamente comprendida en la unidad del vínculo y falta asimismo la exclusión de la sacramentalidad para el matrimonio de los cristianos, supuesta la inseparabilidad entre el contrato y el sacramento de los mismos⁷. Es, además, poco afortunado en el empleo de los términos que expresan tales exclusiones, toda vez que la exclusión del mismo matrimonio no se puede distinguir de las demás exclusiones de los elementos esenciales del matrimonio, si en éstas se da una verdadera simulación⁸.

La Comisión para la revisión del *Codex* se limitó en un principio a intercalar en el texto anterior, después de las palabras *matrimonium ipsum*, la adición de la frase *aut ius ad vitae communionem* y a suprimir el adjetivo *omne* que precedía a la palabra *ius*⁹.

4. Cf. E. Graziani, *Volontà... cit.* 160; Ferrara, *Della simulazione nei negozi giuridici* (Milán 1905); E. Perego, *La simulazione nel matrimonio civile* (Milán 1980).

5. Cf. Di Jorio, l.a.c.

6. Cf. P. Fedele, 'L'essenza del matrimonio...', cit. 113 ss.

7. Cf. U. Navarrete, 'De iure ad vitae communionem: observationes ad novum schema canonis 1086, 2', *Periodica* (1977) 249-70.

8. E. Graziani, *Volontà attuale...*, cit. 122 ss.

9. Cf. en *Comunicaciones* 7 (1975) la 1.ª edición del esquema *De matrimonio*, c. 48, 2, correspondiente al c. 1086, 2 del C.I.C.

Esta supresión fue acogida con unánime aceptación por la doctrina, pues no es preciso que se excluya *todo derecho* al acto conyugal para que sea nulo el matrimonio, sino que basta para ello, según la doctrina y la jurisprudencia más comunes, la exclusión de cualquier derecho o que se restrinja o limite la entrega de ese derecho ¹⁰.

La referida frase añadida, en cambio, suscitó el abierto rechazo de muchos canonistas, encontrando graves dificultades en la propia Comisión revisora ¹¹.

Se alega, en primer lugar, la propia ambigüedad de la frase, que lo mismo puede significar la convivencia conyugal, como el propio matrimonio ¹².

Es verdad que en la *relación* de la Comisión revisora, concerniente el consentimiento matrimonial, se dice a este respecto que la «*communio vitae coniugii propria*», non confundenda est cum *cohabitatione*», pero tal aclaración no nos resuelve nada, ya que, según ha observado certeramente Graziani, «l'obbligo che qui incombe é di ricercare, non già quello che non è, bensì quello che è la *communio vitae, quatenus ad essentialiam coniugii pertinet*» ¹³.

Tras discutirse en el seno de la Comisión revisora la conveniencia de la supresión de la referida frase por considerarla algunos peligrosa para la estabilidad del matrimonio y otros inútil, y de haber sido rechazada una propuesta de uno de los consultores, según la cual desaparecerían todas las dificultades del citado canon si en el mismo se indicaba la exclusión de los tres clásicos bienes, admitidos por la tradición ¹⁴; se aceptó por mayoría de votos que, en vez del *ius ad vitae communionem*, se dijese *ius ad ea quae vitae communionem essentialiter constituunt* ¹⁵.

10. Cf. Cappello, o.c., n. 598 *ter*, pp. 530-33; Vlaming-Bender, *Praelectiones iuris matrimonialis* (Bussum in Holanda 1950) 398; Conte a Coronata, *De matrimonio* (Romae 1948) n. 463, pp. 622-704; Miguélez, o.c., n. 461, pp. 616-17.—Entre la numerosa jurisprudencia rotal, véase, p.e., la sent. c. Wynen de 6-5-1941, S.R.R., vol. 33, p. 357. En lo sucesivo se citará la fecha de cada sent. y el número del volumen respectivo, sin la sigla S.R.R.

11. Cf., p. e., P. Fedele, *L'essenza...*, cit. 130 ss.; el mismo, 'Prospettive «de iure canonico condendo» circa l'esclusione dell'essenza del matrimonio', *Studi in onore di G. Grosso* (Turín 1971) 566 ss.; el mismo, 'Problemi del consenso nel matrimonio canonico', *Eph.I.C.* (1974) 48 ss.; E. Graziani, 'L'esclusione dello «ius ad coniugalem actum». L'esclusione di una proprietà essenziale del matrimonio', *Quaderni romani...*, cit. I, 25 ss.; el mismo, 'La revisione del c. 1086, par. 2 del C.I.C.', *Eph.I.C.* (1976) 166-76; G. Saraceni, 'L'esclusione dello «ius ad vitae communionem» nello «schema iuris recogniti de matrimonio»', *Studi di diritto ecclesiastico e canonico* (Nápoles 1978) 454-69; U. Navarrete, 'De iure ad vitae communionem...', cit. 250 ss.; Z. Grocholewski, 'De «communione vitae» in novo schemate «de matrimonio» et de momento iuridico amoris coniugalibus', *Periodica* (1979) 439-79.

12. Así, p.e., en los cans. 1128-1129 y 1131 del *Codex* significa convivencia y en el c. 1008 del PNC expresa el propio matrimonio, tanto en el Esquema de 1980, como en el c. correspondiente del Esquema de 1972. Véase U. Navarrete, 'De iure ad vitae communionem...', cit. 258-70; Grocholewski, 'De «communione vitae», cit. 422-55.

13. E. Graziani, 'La revisione del canon 1086, par. 2', cit. 166 ss.; *Communicationes* 9 (1977) 375.

14. Véase U. Navarrete, 'Structura iuridica matrimonii secundum concilium Vaticanum II', *Periodica* (1967) 560-63, en cuyo trabajo expone los elementos esenciales de los tres bienes del matrimonio.

15. Cf. *Communicationes* 9, n. 2 (1977) 375.

Pero las dificultades no desaparecieron con esta innovación, pues, como afirma Grocholevski, es absurdo que el *ius ad coniugalem actum* y los demás derechos-obligaciones, incluidos en los clásicos bienes del matrimonio no pertenezcan esencialmente a la *communio vitae*, conclusión que se derivaría de la nueva redacción del canon, toda vez que el *ius ad ea quae vitae communionem essentialiter constituunt* se propone como un capítulo autónomo de nulidad matrimonial, distinto de los tres bienes esenciales del matrimonio¹⁶. Tal incoherencia se pone más de relieve, si tenemos en cuenta que en el canon 1055,1 del PNC, donde se nos da la definición de matrimonio, mediante la frase *totius vitae consortium*, equivalente a *intima totius vitae communio*, que figuraba en los primeros esquemas, se expresa el conjunto de todos los elementos esenciales al matrimonio y no sólo aquellos que permanecen al margen de los tres bienes esenciales¹⁷.

Pero el mayor peligro que de tal frase se seguiría en contra de la certeza jurídica y de la estabilidad del matrimonio, radica precisamente en su indeterminación y ambigüedad, como lo demuestra plenamente la diversidad de opiniones de la doctrina y jurisprudencia en torno a la misma¹⁸.

Así, p. ej., O. Fumagalli identifica la noción de *communio vitae*, distinta de los tres clásicos bienes del matrimonio, con el amor-afecto y extiende este concepto a la *mutua integración* o *relación interpersonal* entre los cónyuges. Pero esta integración, a juicio de la ilustre canonista milanesa se divide «in più specifici elementi, ognuno dei quali potrebbe essere oggetto di concrete ipotesi di simulazione parziale», es decir, en otros tantos capítulos de nulidad matrimonial¹⁹. Lástima que dicha autora no nos especifique cuáles son esos elementos esenciales de la relación interpersonal, cuya exclusión constituiría otros tantos capítulos distintos de nulidad matrimonial, limitándose a indicar que no le parece posible ampliar más el contenido de la *communio vitae*²⁰.

16. Grocholewski, 'De «communione vitae»', cit. 442-45.

17. Ibid.

18. Por lo que respecta a la jurisprudencia, baste citar la sentencia del Supremo Tribunal de la Signatura Ap. de 29-11-1975 (*Ultraiectensis*), en la que se nos dice que: «E perpetuitate et exclusivitate iuris ad actus coniugales... necessario oritur vitae communio, sine qua ius ipsum exerceri non potest. Propterea *communio vitae* seu *individua vitae consuetudo... consortium omnis vitae...*, ad essentiam pertinet matrimonii quatenus accipiatur ut ius perpetuum, id est, non intermissum, ad actus coniugales...», *Periodica* (1977) 309-10.

19. O. Fumagalli, *Il matrimonio canonico dopo il concilio* (Milán 1978) 175. Véase también las páginas 164-87; el mismo, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico* (Milán 1974) 220-30.

20. Ibid. 175. En otro trabajo posterior ('Essenza e esistenza nell'amore coniugale: considerazioni canonistiche', *Eph.I.C.* (1980) 205-33) distingue la autora los tres aspectos o elementos fundamentales del amor conyugal, interdependientes entre sí: a) considerar a la comparte como persona; b) comunicarse con ella y c) querer el bien de la misma. Pero no parece que estos elementos constituyan cada uno de ellos un capítulo distinto de nulidad, puesto que el cónyuge que quiere el bien del otro, necesariamente le considera como persona y se comunica con él, como es evidente. A la citada opinión de dicha autora se adhiere su maestro, el Prof. O. Giacchi, entre otros autores, 'L'esclusione dello «ius vitae communionem»', *Quaderni romani di diritto canonico*, 1: *La simulazione nel matrimonio* (Roma 1977) 5-24. Así también A. Vernaschi, 'Il matrimonio nella futura legislazione canonica', *Problemi e prospettive di diritto canonico* (Brescia

Incomparablemente más amplio es todavía el concepto de *communio vitae* que nos ofrece el canonista canadiense, G. Lessage, según el cual a la esencia de la misma, entre otros muchos elementos, pertenece «la madurez en el modo personal de comportarse en las circunstancias ordinarias de la vida cotidiana», «el dominio de sí mismo o la templanza que es necesaria a cada uno para comportarse de una manera razonable y humana», «el dominio de las pasiones irracionales, de los impulsos e instintos, por los que puede ponerse en peligro la vida y la concordia conyugal», «la constancia en el obrar y la capacidad de adaptarse a las circunstancias», «la humanidad y la benignidad en las relaciones mutuas», «la mutua comunicación y consulta en los asuntos de gran importancia de la vida conyugal o familiar», etc.²¹.

¿Qué matrimonio podría mantenerse en pie, o qué cónyuges serían capaces de cumplir las obligaciones esenciales de la vida matrimonial si a la esencia de ésta (la *communio* o *consortium vitae*) perteneciesen todos los elementos señalados por Lessage? A buen seguro que, aplicando dicho concepto de *communio vitae*, serían nulos la mayoría de los matrimonios y el *ius connubi* quedaría reducido a un pequeño número de hombres y mujeres.

Para obviar tamaños inconvenientes, la Comisión Cardenalicia en su Asamblea plenaria de octubre de 1981, suprimió la polémica frase en cuestión, concerniente a la *communio vitae*, añadiendo la referente a la exclusión de la dignidad sacramental. El canon 1101,2 ha quedado así: «At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum aut matrimonii essenziale aliquod elementum vel essentialem proprietatem vel sacramentalem dignitatem, invalide contrahit»^{22 bis}.

La cláusula general «aut matrimonii essenziale aliquod elementum» hace innecesaria la permanencia en el canon del *ius in corpus*, pues nadie duda que tal derecho es un elemento esencial del matrimonio y por ello se ha suprimido, añadiendo, en cambio, la exclusión de la *dignidad sacramental* para el matrimonio de los cristianos, pues tal exclusión no está incluida en los elementos esenciales ni en las propiedades esenciales de todo matrimonio.

Cometido es de la doctrina y de la jurisprudencia determinar lo que es

1977) 207-12; S. Lener, 'Consenso, istituzione naturale ed amore nel matrimonio', *La Civiltà Cattolica* (1969) 449-69; el mismo, 'Matrimonio e amore coniugale nella «Gaudium et Spes»', *La Civiltà Cattolica* (1969) 319-32; el mismo, *L'oggetto del consenso e l'amore coniugale* (Città del Vaticano 1971) 125-77; V. Fagiolo, 'Amore coniugale ed essenza del matrimonio', *L'amore coniugale*, cit. 179-185.—En contra, P. Fedele, 'L'ordinatio ad prolem e i fini del matrimonio con particolare riferimento a la Costituzione «Gaudium et Spes» del Vat. II', *L'amore coniugale*, cit. 2-23; 25-38 y 46-55; E. Graziani, 'La Chiesa e il matrimonio', *Eph.I.C.* (1970) 71-90; el mismo, 'La revisione del can. 1086, par. 2 del C.I.C.', *Eph.I.C.* (1976) 166-76; el mismo, 'Ancora sulla intenzio contra bonum prolis', *Il Diritto Ecclesiastico* (1945) 66-70; G. Saraceni, 'L'esclusione dello «ius ad vitae communionem» nello «schema iuris recogniti de matrimonios», *Studi di Diritto ecclesiastico e canonico* (Nápoles 1978) 455-69.

21. G. Lessage, 'The consortium vitae coniugalis', *Studia canonica* 6 (1972) 103-4. La versión latina puede verse en la sent. *Ultraiectensis* de la Signatura Apost. de 29-11-1975, *Periodica* (1977) 312-13.

22.^{bis} En el Esquema de 25-3-1982, can. 1101,2 se suprime la frase "vel sacramentalem dignitatem" que figuraba en el can. 1055,2 del Esquema de 1981, según el cual se ha redactado este trabajo.

esencial al matrimonio, a la luz de la definición que da de éste el c. 1055,1 y de la ciencia jurídica y teológica.

Visto el *iter* laborioso de la elaboración del canon 1101,2 veamos ahora el contenido del mismo, comenzando por el can. 1086,2 del *Codex I.C.*, dado que, como veremos, no existe diferencia esencial entre los mismos, según la última redacción que conocemos del c. 1101,2.

5. *Simulación total o exclusión del matrimonio mismo*

Tiene lugar la simulación total cuando uno o ambos contrayentes no quieren casarse, pero externamente realizan la ceremonia del matrimonio con las apariencias de seriedad requeridas para el acto. En el exterior manifiestan querer unirse en matrimonio, pero internamente lo rechazan, al menos uno de ellos, mediante un acto positivo de la voluntad. Es evidente que tal matrimonio es nulo por falta de consentimiento y que no tiene de matrimonio más que su apariencia externa, pretendida por el simulador para conseguir alguna finalidad, más o menos confesable. Así, p. ej., se da exclusión del matrimonio si uno de los contrayentes o ambos a dos excluyen el consorcio de toda la vida, *ordenado por su propia naturaleza al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole*, como se define el matrimonio en el canon 1055,1 del PNC²².

6. *Simulación parcial o restricción del consentimiento*

Quien quiera celebrar matrimonio canónico, tiene que quererlo tal cual es en sí, en la totalidad de sus elementos y propiedades esenciales. Si algún contrayente, pues, excluye alguno de dichos elementos o propiedades esenciales, contrae inválidamente.

Como quiera que la inmensa mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia canónicas suelen incluir todos estos elementos y propiedades esenciales en los tres clásicos bienes del matrimonio, estudiaremos las distintas clases de la referida simulación parcial siguiendo el orden en que figuran tales bienes, pero antes es menester que abordemos un problema preliminar, la polémica distinción entre el derecho y el uso del derecho o entre la intención de obligarse y la de incumplir la obligación asumida, que se suelen aplicar a la solución de los problemas concernientes a la simulación acerca del *bonum prolis* o del *bonum fidei*²³.

22. Cf. c. Stankiewicz de 29-1981, *Mon. Eccles.* (1981) 200.

23. El propio Navarrete, a pesar de estimar más probable, en uno de sus últimos escritos, que el derecho-obligación a la comunión de vida es un derecho esencial, distinto de cada uno y de la suma de los otros derechos esenciales del matrimonio, opina que no existen hasta ahora argumentos que lo demuestren con certeza y que apenas es psicológicamente posible que un sujeto que quiera todos los demás elementos esenciales del matrimonio, excluya, mediante un acto positivo de la voluntad, el *ius ad communionem vitae*. De ahí que infiera que dicho nuevo capítulo de nulidad carezca en la práctica de importancia alguna ('Problemi sull'autonomia dei capi di nullità del matrimonio per diffetto del consenso causato da perturbazioni della personalità', *Perturbazioni psichiche e consenso matrimoniale del diritto canonico* (Roma 1976) 133-36).

7. *Polémica distinción entre el derecho y su ejercicio, entre la obligación y su cumplimiento, aplicada a la exclusión del «bonum prolis» y del «bonum fidei».*

a) *Opinión tradicional.*

Según la opinión más común entre los canonistas y la *praxis* casi unánime de la Rota Romana, cuando se trata del bien de la prole y de la fidelidad, es preciso distinguir entre el derecho y el uso o ejercicio del mismo y entre la obligación y su cumplimiento.

Sólo quien excluye en el momento de celebrar matrimonio el derecho a los actos conyugales o el derecho a la fidelidad o no asume las obligaciones correlativas contrae inválidamente, mientras que es válido su matrimonio aunque excluya al propio tiempo el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de dichas obligaciones. Para los partidarios de esta opinión es compatible la intención simultánea de contraer matrimonio con el propósito firme de no cumplir la obligación asumida o de no usar y hasta de abusar del derecho entregado²⁴.

Los bienes de la prole y de la fidelidad —suele argüirse— no pertenecen al ser o esencia del matrimonio, sino a su uso o ejercicio y el ser no depende del uso. De ahí que sólo sea nulo el matrimonio cuando se excluye, mediante un acto positivo de la voluntad, el derecho al acto conyugal o a la fidelidad, rechazando las obligaciones correlativas. Por el contrario, el matrimonio es válido aunque uno de los contrayentes o ambos a dos tengan el propósito firme de adulterar o de evitar la prole mediante medios anticonceptivos o prácticas abortivas, siempre que no hayan excluido el derecho-obligación a la prole y a la fidelidad, pues en este caso no han excluido el derecho y la

24. Cf. Sánchez, lib. 2, disp. 29, n. 11: «Stat velle obligari ad aliquid faciendum at adesse animum non implendi»; Gasparri, o.c., nn. 814 y 828: «Si contrahens habet intentionem contrahendi et sese obligandi, sed non implendi... ipse quidem graviter peccat, sed matrimonium valet. Nam intentio contrahendi et sese obligandi stare utique potest cum firmo proposito obligationem violandi»; Wernz-Vidal, *Ius matrimoniale* (Roma 1946) nn. 461-462; Conte a Coronata, o.c., n. 463-64; F. Regatillo, *De matr.*, ed. 3.^a (Santander 1960) nn. 1331-34; Cappello, o.c., nn. 598-603; J. Mans Puigarnau, *Derecho matrimonial canónico I* (Barcelona 1962) 380 ss.; el mismo, 'La distinción entre el derecho y su ejercicio en las causas matrimoniales', *Problemática de la ciencia del Derecho* (Barcelona 1962) 607 ss.; J. Bank, o.c., 370-76; Bernárdez Cantón, o.c., 237-47; Vlaming-Bender, o.c., 393-99.—Entre las innumerables sentencias rotales que defienden esta posición baste citar, a título de ejemplo, la sent. c. Wynen de 6-5-1941, *Il diritto ecclesiastico II* (1941) 394 y la de c. Bidagor en el Tribunal del Vicariato de Roma de 13-12-1957, *Periodica* 47 (1958) 29-40.

El P. Cappello, a pesar de seguir la opinión tradicional, no admite que en el consentimiento matrimonial puedan conciliarse la intención de obligarse y la de no cumplir dicha obligación (o.c., n. 593, p. 526).—Cf. los trabajos de D. Staffa sobre la famosa distinción: 'De actu positivo voluntatis quo bonum essenziale matrimonii excluditur', *Mon. Eccles.* (1949) 164 ss.; 'De iure et eius exercitio relate ad bonum prolis', *Il diritto ecclesiastico* (1951) 1059-60 y *Periodica* (1951) 305-6; *De conditione contra matr. substantiam*, cit.

obligación correlativa, sino tan sólo el uso o ejercicio del derecho y el cumplimiento de dicha obligación²⁵.

Como quiera que los contrayentes al celebrar el matrimonio, no distingan entre el derecho y su ejercicio o entre la obligación y su cumplimiento —distinción que sólo es accesible a los peritos en derecho—, pertenece al juez el arduo problema de averiguar cuál fue la intención de los mismos, si la de excluir el derecho o la obligación correlativa, o más bien la de rechazar el ejercicio del derecho o el cumplimiento de la referida obligación. Con este fin, tanto la doctrina, como la jurisprudencia, suelen acudir a una serie de presunciones. Así, p. ej., si la exclusión se hace mediante pacto o condición, se considera que afecta al derecho o a la obligación y no al ejercicio o al cumplimiento de tal derecho u obligación, con lo que el matrimonio sería nulo, y, a falta de dicho pacto o condición, se presume que el rechazo afecta al ejercicio del derecho o al cumplimiento de la obligación y el matrimonio sería válido²⁶.

La Rota suele tener en cuenta, además, cuál es la voluntad *prevaleciente* de los contrayentes, si la de contraer verdadero matrimonio o la de excluir la prole o la fidelidad, siendo válido o nulo el matrimonio, según que prevalezca a favor de uno u otro extremo dicha voluntad²⁷.

b) *Opinión moderna.*

Bastantes autores, con numerosas sentencias rotales de los últimos lustros, estiman que es una flagrante contradicción afirmar que alguien asume una determinada obligación y al propio tiempo abriga el propósito de incumplirla. No es posible conciliar la intención de asumir las obligaciones conyugales con la simultánea intención de violarlas, pues ambas intenciones se destruyen recíprocamente²⁸.

25. Cf., p.e., sent. c. Massimi de 9-5-1928, vol. 20, pp. 178-79, n. 3 y 4; el mismo, sent. de 9-8-1929, vol. 21, pp. 419-20, n. 2-3; sent. c. Morano de 11-8-1930, vol. 22, pp. 563-64, n. 2-4; sent. c. Teodori de 12-7-1940, vol. 32, pp. 547-48; sent. c. Mattioli de 27-6-1966, vol. 58, p. 448, n. 2.—Antes del *Codex*, algunas sentencias rotales sostienen que sólo la intención exclusiva, deducida en pacto o condición, hace nulo el matrimonio. Así, p.e., la sent. c. Mori de 24-7-1909, vol. 1, p. 107, n. 7.

La Jurisprudencia posterior al *Codex* admite que todo acto de la voluntad de los contrayentes exclusivo, aunque no se deduzca en pacto o condición, anula el matrimonio. El pacto o condición confirman dicha voluntad, pero no es necesario. Véase, p.e., la sent. c. Jullien de 16-1-1930, vol. 22, p. 56, n. 2-3; sent. c. Quattrocolo de 30-5-1933, vol. 25, pp. 343-44, n. 2-3.

26. Véase las sentencias c. Grazioli de 28-11-1928, vol. 20, pp. 466-69, n. 2-3; c. Parrillo de 7-1-1929, vol. 21, pp. 13-16, n. 2-8; c. Massimi de 14-1-1930, vol. 22, pp. 46-47, n. 2-4.

27. Cf. sentencia c. Staffa de 9-4-1954, vol. 46, p. 294, n. 2; sent. c. Pinto de 19-3-1978, en *Eph.I.C.* (1979) 249-50, n. 2-3; c. Parisella de 26-1-1978, en *Mon. Eccles.* (1979) 393.

28. Así, entre otros, Oesterle, sentencia del Vicariato de Roma de 9-2-1949, c. Oesterle, en *Il diritto ecclesiastico* (1949) 159-69; el mismo, *Animadversiones in sententiam*, S.R.R. 23 februarii 1951, c. Staffa, en *Il diritto ecclesiastico* (1951) 730-50; el mismo, 'De distinctione inter voluntatem sese obligandi et inter voluntatem obliga-

Contradictoria es asimismo la intención de un contrayente de entregar al otro el derecho al acto conyugal y a la fidelidad y simultáneamente, abrigar el firme propósito de impedirle el ejercicio del *ius in corpus* y de quebrantar la fidelidad.

A la relación matrimonial no se le puede aplicar la teoría de la propiedad, según la cual puede separarse el dominio de la cosa de su uso o ejercicio, pues en el matrimonio los contrayentes no adquieren ninguna clase de dominio sobre el otro en orden a los actos conducentes a la generación de la prole, sino el derecho al uso de los mismos y, por consiguiente, tal *derecho se identifica con el derecho al ejercicio del mismo*. Quitado este derecho al ejercicio o uso del derecho, no queda más que el derecho a la nada. No es posible, pues, quitar o restringir el derecho al ejercicio o uso del matrimonio, sin que al mismo tiempo se quite o restrinja el propio derecho.

Es cierto que, conceptualmente, se distingue el derecho de su uso o ejercicio y que nadie está obligado a ejercer su derecho, pero una cosa es que los contrayentes renuncien de común acuerdo, incluso perpetuamente, al ejercicio de su mutuo *ius in corpus* —renuncia lícita, siempre que alejen el peligro de incontinencia— y otra muy distinta que no puedan nunca usar de ese derecho. El derecho no deja de existir por no usarlo, sino *por no poder ejercerlo*.

Lo que sí es posible —y, desgraciadamente, muy real en la vida cotidiana— es que después de celebrado el matrimonio con la intención por parte de los contrayentes de entregar y aceptar el conjunto de derechos y obliga-

tiones susceptas non adimplendi', *Il diritto ecclesiastico* (1955) I, 291-94; el mismo, 'Ius et usus iuris in re matrimoniali iuxta Benedictum XIV', *Il diritto ecclesiastico* (1957) I, 80-88; P. Fedele, 'Sulla distinzione tra *exclusio iuris* ed *exclusio exercitii iuris*', *Eph.I.C.* (1954) 273-79; el mismo, *L'ordinatio ad prolem nel matrimonio in diritto canonico* (Milán 1962) 299-71; E. Graziani, 'In tema di simulazione del consenso matrimoniale', *Il diritto ecclesiastico* (1949) 395-404; el mismo, 'Atto positivo di volontà, condizione e patto «contra substantiam»', *Il diritto ecclesiastico* (1950) 411 ss.; el mismo, 'Intentio contrahendi et intentio sese obligandi', *Eph.I.C.* (1954) 28-61; el mismo, 'Ius ad prolem', *Eph.I.C.* (1951) 214-19; el mismo, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale* (Milán 1956) 156 ss.; el mismo, 'La cosiddetta esclusione del diritto e la interpretazione del c. 1086, par. 2', *Il diritto ecclesiastico* (1949) 1660 ss.; el mismo, 'La revisione del canon 1086, par. 2 del C.I.C.', *Eph.I.C.* (1976) 166-76; el mismo, 'L'esclusione dello *ius ad coniugalem actum*. L'esclusione di una proprietà essenziale del matrimonio', *Quaderni romani di diritto canonico*, cit. 166-76; el mismo, 'Mentalità divorzistica ed esclusione della indissolubilità del matrimonio', *Eph.I.C.* (1978) 18-39 y en el vol. II de los *Studi in onore de P. A. D'Avack* (Milán 1976) 690 ss.; R. Romano, 'An in bono fidei ius a iuris exercitio distingui possit', *Studi di diritto can. in onore di M. Magliochetti*, 3 (Roma 1979) 959-65; J. B. Ferrata, *Bonum proles in consensu matrimoniali* (Roma 1966); Vlaming-Bender, o.c., 393-95.

Entre las sentencias rotales que se adhieren a esta doctrina, merecen citarse las c. De Jorio de 30-10-1963, vol. 55, pp.717-20; de 13-5-1964, vol. 56, p. 353, nn. 2-4; de 13-7-1968, vol. 60, pp. 554-56, nn. 7-10; de 26-2-1969, vol. 61, pp. 204-5, n. 4; de 17-5-1972, vol. 64, p. 314, nn. 5-7; de 18-12-1968, vol. 60, pp. 895-98, nn. 7-9; sent. c. Anné de 19-10-1969, vol. 61, pp. 1004-5; sent. c. Ewers de 14-10-1972, vol. 64, p. 539, n. 11; sent. c. Masala de 27-1-1977, en *Eph.I.C.* (1980) 152-73; «Nam haud simul componi passunt traditio-acceptatio iuris ad coniugales actus ex una parte, ex altera vero positivus voluntatis actus, qui ipsam facultatera tollat», *ibid.* n. 6, p. 159; sent. c. Stankiewicz de 30-3-1976, n. 9 y sent. de 13-5-1978, en *Eph.I.C.* (1978) 381-85.

ciones que implica, o, mejor, sin excluir por un acto positivo de la voluntad ningún elemento esencial del mismo, sean después violadas dichas obligaciones o impedidas temporal o perpetuamente tales derechos, sin que por ello se vea afectada la validez del matrimonio, ya que tanto la prole como la fidelidad *en sí mismas* o en su ejercicio, no son esenciales al matrimonio, como decía Sto. Tomás²⁹.

Empleando fórmulas escolásticas, cabe afirmar que en el matrimonio *in facto esse* es posible distinguir y separar el derecho de su ejercicio y la obligación de su cumplimiento, pero en el matrimonio *in fieri* es imposible negar el uso del derecho sin que se niegue éste también, excluir el cumplimiento de la obligación sin que ésta misma se excluya igualmente.

A este propósito, no parece que la doctrina tradicional y la jurisprudencia rotal hayan interpretado correctamente el siguiente texto de Sto. Tomás, concerniente a los bienes del matrimonio: «Fides et proles possunt dupliciter considerari. Uno modo, *in seipsis*. Et sic pertinent ad usum matrimonii, per quem et proles producitur, et pactio coniugalis servatur... Et inde est quod matrimonium nunquam invenitur sine inseparabilitate; invenitur autem sine fide et prole, quia esse rei non pendet ab usu».

«Alio modo possunt considerari fides et proles secundum quod sunt *in suis principiis*: ut pro *prole* accipiatur intentio prolis, et pro *fide* debitum servandi fidem. Sine quibus etiam matrimonium esse non potest, quia haec in hoc matrimonio ex ipsa pactione coniugali causantur; ita quod, *si aliquid contrarium his exprimeretur in consensu qui matrimonium facit, non esset verum matrimonium*»³⁰.

Parece, pues, claro que el Doctor de Aquino, al referirse a la prole y a la fidelidad *en sí mismas*, sólo distingue entre el derecho y su ejercicio o entre la obligación y su cumplimiento respecto al matrimonio ya constituido o *in facto esse* y en manera alguna es posible hacerlo en el momento de la celebración o matrimonio *in fieri*, como quieren los partidarios de la opinión tradicional.

No se puede, pues, aducir la frase de Sto. Tomás «esse rei non dependet ab usu suo», para demostrar que dicha distinción es posible en el momento constitutivo del matrimonio (*in fieri*), ya que el Dr. Angélico la emplea al hablar de *usu matrimonii*, es decir, del matrimonio ya realizado (*in facto esse*), a cuya validez no afecta el hecho de no tener hijos o de las infidelidades conyugales, como es evidente.

Expresamente nos dice el Aquinate que *sin intención de la prole* y sin obligación de observar la fidelidad, es decir, *sin prole y sin fidelidad en sus principios*, no se da verdadero matrimonio, como sucedería —añade el Angélico— si en el consentimiento, causa eficiente del mismo, se expresara algo contrario a dichos bienes. Para dar vida al matrimonio no es menester que

29. Sto. Tomás, *Suppl.* 3, q. 39, a. 3; *IV Sent.*, d. 31, q. 1, a. 3.

30. Sto. Tomás, l.a.c.

se quiera positivamente la prole, pero sí es esencial la ausencia de una intención contraria a la misma.

Idéntica conclusión se infiere del contraste que establece Sto. Tomás entre los bienes de la prole y de la fidelidad, considerados *en sí mismos*, y el bien del sacramento o la indisolubilidad, pues mientras que sin ésta no se da verdadero matrimonio, puede existir éste, sin embargo, sin prole y sin fidelidad, «quia esse rei non pendet ab usu suo»³¹. Por ello afirma el Angélico que bajo este aspecto el bien del sacramento es más esencial al matrimonio que el de la fidelidad y el de la prole.

En cambio, cuando se trata de los bienes *en sus principios*, es decir, en el momento inicial del matrimonio, ya no cabe distinguir entre el derecho y su ejercicio, entre la obligación y su cumplimiento respecto a los bienes de la prole y la fidelidad, en contraposición al bien del sacramento, puesto que si en el consentimiento que da vida al matrimonio se excluye el derecho-obligación a cualquiera de ellos, no se daría verdadero matrimonio. Bajo este último aspecto —concluye el Aquinate— la *prole* es lo más esencial al matrimonio, siguiéndole en segundo y tercer lugar la *fidelidad* y el *sacramento*, respectivamente, a la manera que también es más esencial al hombre el ser de la naturaleza que el de la gracia, aun cuando éste sea el más digno³².

Parece, pues, totalmente ajeno a la mente de Sto. Tomás que en el consentimiento matrimonial puedan conciliarse simultáneamente la entrega del derecho con el propósito de impedir su ejercicio o la intención de obligarse con la de incumplir las obligaciones asumidas. Tal distinción sólo es posible aplicarla a la relación matrimonial ya constituida respecto a los bienes de la prole y de la fidelidad, puesto que el vínculo matrimonial subsiste, aunque no se ejerza o se abuse del *ius-obligatio ad actus coniugales* o del *ius-obligatio ad fidelitatem*.

8. Exclusión del «*bonum prolis*»

8.1. Cuestiones preliminares:

a) Sentido del «*omne ius*» del c. 1086,2.

Según la fórmula del citado canon, tiene lugar la exclusión del bien de la prole cuando «por un acto positivo de la voluntad» se excluye «*omne ius ad coniugalem actum*». A pesar de ser «clara» y «precisa» esta expresión legislativa y «una de las más felices del *Codex*, a juicio de O. Giacchi, las discusiones doctrinales y jurisprudenciales en torno a la misma, máxime sobre el sentido del adjetivo *omne*, parecen demostrar lo contrario³³.

31. De esta manera han interpretado también el referido texto del Aquinate todos los partidarios de la que hemos llamado opinión moderna. Cf., entre otros, J. B. Ferrata, o.c.; E. Graziani, 'La cosiddetta esclusione...', cit.; Oesterle, *Animadversiones*, cit.; R. Romano, 'An in bono fidei ius a iuris exercitio distingui possit', cit. 959 ss.

32. Sto. Tomás, 1 a. c., a. 3, *Sed contra*, 2.

33. Cf. O. Giacchi, 'Il consenso nel matrimonio canonico', cit. 78 ss. En sentido

Según el P. Cappello, el canon emplea la frase *omne ius ad coniugalem actum* porque si se excluyese el derecho sólo parcialmente, no por ello se seguiría siempre y necesariamente por este capítulo la nulidad del matrimonio, ya que si se excluye con limitación del tiempo o de la persona, se tendría quizá (*forte*) la nulidad por otro capítulo, es decir, por la exclusión de la unidad o de la indisolubilidad. «Sub hoc respectu —añade el profesor de la Gregoriana— eoque tantum attendenda vox "omne", quae de se et proprie loquendo nihil addit»³⁴.

Por otra parte, una sentencia rotal coram Pecorari de 10-4-1940 nos dice que el legislador no ha empleado el término *omne* inútilmente o *ad pompam*³⁵.

Vlaming - Bender entienden que el *omne ius* no tiene sentido exclusivo y que dicha frase no pretende referirse a los casos en que se limita temporalmente ese derecho, como, p. ej., al primer año desde la celebración del matrimonio o hasta el nacimiento del segundo o tercer hijo o a los períodos agnésicos, en los cuales no se excluye todo el derecho, sino *algún* derecho a los actos conyugales. Dichos autores, sin embargo, estiman que toda restricción de tal derecho anula el consentimiento matrimonial, pero no en virtud del *omne ius*, sino en fuerza del derecho natural, según el cual los contrayentes deben entregarse sin limitación alguna el *ius in corpus ad actus coniugales*, elemento esencial del matrimonio³⁶.

b) ¿Sólo la exclusión absoluta y perpetua del «*ius in corpus*» invalida el matrimonio o basta para ello cualquier limitación «*ad tempus*»?

La mayoría de los autores estiman que el *omne ius* debe entenderse en el sentido que tiene en el c. 1081,2 del *Codex*, es decir, como *ius perpetuum et exclusivum* y que, por consiguiente, si se limita, aunque sólo sea temporalmente, el referido derecho, se invalida el consentimiento matrimonial³⁷.

Así lo entiende también comúnmente la jurisprudencia rotal³⁸.

contrario, P. Fedele, *L'ordinatio ad prolem nel matr. in diritto canonico* (Milán 1967) 268 ss.; el mismo, 'L'essenza del matr. canonico e la sua esclusione', cit. 113 ss.; U. Navarrete, 'De iure ad vitae comunione...', cit. 250 ss.; E. Graziani, *Volontà attuale e volontà precettiva*, cit. 165 ss.

34. Cappello, o.c., n. 598, p. 530.

35. *Florentina*, c. Pecorari de 1-4-1940, vol. 32, p. 256. Igualmente estima D. Staffa, De conditione contra matrimonii substantiam, cit., p. 20, n. 29.

36. Vlaming-Bender, *Praelectiones iuris matrimonialis*, ed. cit., p. 99; Bender, 'Conditio apposita et matrimonii nullitas', *Eph.I.C.* (1945) 54 ss.

37. Así, entre otros, Gasparri, o.c., II, n. 889; Miguélez, o.c., n. 464, pp. 620-21; D. Staffa, *De conditione*, cit., 32-34; Bank, *Connubia canonica*, cit., 367-68; Conte a Coronata, o.c., p. 622, n. 463; Sánchez, l. 5, disp. 10, n. 5; B. Pontius, lib. 3, c. 9, n. 11.

38. A título de ejemplo, véanse las siguientes sentencias: sent. de 11-1-1932, c. Jullien, vol. 24, pp. 12-12, n. 2; sent. c. Quattrocolo de 11-4-1933, vol. 25, p. 229, n. 3; sent. c. Jullien de 6-5-1933, vol. 25, p. 283; sent. c. Wynen de 7-8-1934, vol. 26, p. 624, n. 4; el mismo, sent. de 15-4-1948, vol. 40, pp. 115-116, n. 2; sent. c. Mattioli de 28-2-1951, vol. 43, pp. 172-74, n. 2; el mismo, sent. de 11-12-1958, vol. 50, p. 677, n. 2; sent. c. Brennan de 5-12-1966, vol. 58, p. 887; sent. c. Pinto de 24-4-1969, vol. 61, p. 404; el mismo, sent. de 20-7-1972, vol. 64; p. 244, n. 2; sent. c. Sabbatani de 24-7-1962, vol. 54, p. 469, n. 4; sent. c. Mattioli de 10-4-1964, vol. 56, p. 342, n. 2; sent. c. Stankiewicz de 29-7-1980, en *Eph.I.C.* (1981) 272-78.

Sin embargo, no faltan decisiones rotales de los últimos lustros que se apartan de la doctrina y jurisprudencia comunes, sosteniendo que la norma legislativa del *omne ius* no es una prescripción positiva sino negativa. No se prescribe que haya de entregarse *todo el derecho* a los actos conyugales, sino que se declara que la exclusión de todo derecho o la entrega de ningún derecho —suele argüirse— no excluye todo derecho y, por consiguiente, contrae válidamente. En otras palabras, para que la exclusión de la prole invalide el matrimonio debe ser absoluta y perpetua, no bastando que se excluya temporalmente.

Así, p. ej., se nos dice en la sentencia rotal c. De Jorio de 28-5-1969: «Exclusio prolis ut irritet matrimonium debet esse absoluta ac perpetua», no siendo suficiente la exclusión temporal o *ad tempus*³⁹. Según esta sentencia, la nulidad por exclusión del *ius in corpus ad tempus* no se puede inferir de que tal derecho debe ser perpetuo conforme al c. 1081,2 del *Codex* (1056 y 1057,2 del PNC), ya que esa palabra no se ha puesto para indicar que el ejercicio del derecho no se puede impedir nunca, sino para declarar que el matrimonio es una *societas permanente*, como se nos dice en el c. 1082,1⁴⁰.

Con la máxima reverencia hacia los rotales de la referida opinión, hemos de decir, en primer lugar, que nada tiene que ver el *ius perpetuum* del c. 1081,2, con la *societas permanente*, a que se refiere el canon 1082,1, pues el término *permanente*, según la doctrina y jurisprudencia canónicas, no significa *perpetuo* o *indisoluble*, sino estable, no provisional, que es un concepto totalmente distinto.

Convenimos con dichos rotales en que el término *perpetuo* no significa la imposibilidad de impedir nunca el ejercicio del derecho, pero no se trata aquí de la exclusión del ejercicio del derecho durante algún tiempo, sino de si es posible, según el derecho positivo y el derecho natural, que uno de los contrayentes o ambos, de común acuerdo, se priven del *ius in corpus* durante algún tiempo, de tal manera que no tengan derecho al ejercicio de ese *ius in corpus perpetuum et exclusivum*.

En contra de lo que piensan dichos rotales tampoco se confirma su opinión con el Vaticano II (Const. *Gaudium et Spes*, n. 51) y con la Encíclica de Pablo VI, *Humanae vitae*, pues aun cuando en uno y otro documento se admite la paternidad responsable, ésta no implica que uno o ambos cónyuges no se entreguen mutuamente *ad tempus* el *ius ad coniugales actus*, sino la

39. Sent. de Jorio de 28-5-1969, vol. 61, p. 558, n. 4; el mismo, sent. de 11-6-1969, vol. 61, p. 759; el mismo, sent. de 29-10-1969, vol. 61, p. 971; sent. de 21-3-1970, vol. 62, pp. 298-99; el mismo, sent. de 19-12-1970, vol. 62, p. 1208; sent. de 28-4-1971, vol. 63, p. 344; el mismo, sent. de 23-6-1971, vol. 63, p. 515; el mismo, sent. 17-5-1972, vol. 64, pp. 313-14. A De Jorio se adhieren, entre otros losales Ewers (sent. de 20-6-1970, vol. 62, p. 700, n. 3), Rogers (sent. de 11-7-1972, vol. 64, p. 442, nn. 2-4) y Stankiewicz (sent. de 13-5-1978), en *Eph.I.C.* (1978) p. 384, n. 7.

40. Sent. c. De Jorio de 28-5-1969, vol. 61, p. 458, n. 4. Dicha argumentación suele repetirse en todas las sentencias c. De Jorio citadas en la nota anterior.

posibilidad de que se limiten mutuamente el ejercicio de tal derecho, no ejercitándolo o usando del mismo en los días agénésicos ⁴¹.

c) *La intentio contra «bonum prolis» se identifica con la exclusión del «omne» ius ad coniugalem actum del c. 1086,2?*

Así lo afirma O. Giacchi, a juicio del cual *il positivus voluntatis actus* con cui si esclude il *bonum prolis*, deve avere unicamente per oggetto l'atto coniugale ⁴². Para dicho autor la exclusión de la prole por medios anticonceptivos o abortivos, o incluso la intención prenupcial de uno o de ambos contrayentes de dar muerte al fruto de su unión, en nada afecta a la validez del matrimonio, ya que el «*ius ad coniugalem actum*», que es el único posible objeto de la exclusión de que habla el c. 1086,2, nada tiene que ver con el comportamiento que los esposos intentan realizar sucesivamente después del nacimiento de la prole y en relación con ella ⁴³.

Por obvias razones, que tendremos ocasión de exponer más adelante, tanto la doctrina, salvo rarísimas excepciones, como la jurisprudencia, se oponen a la opinión del ilustre canonista milanés ⁴⁴.

Según Graziani, en el concepto de *ius in corpus* se integran, amén de las dos propiedades esenciales del matrimonio, unidad e indisolubilidad, un tercer elemento que es la *ordinatio* de ese derecho al fin primario del matrimonio y, por consiguiente, aunque, al revés que en las Decretales (X, IV, 5,7) no se contempla explícitamente en el c. 1086,2 la exclusión del *bonum prolis*, tal hipótesis está incluida en la fórmula *exclusio matrimonii ipsius* de dicho canon «in quanto una società intersessuale, che s'instauri come perpetua ed unitaria, ma con la positiva volontà de privarla del *bonum prolis*, non è matrimonio» ⁴⁵.

Para algunas sentencias rotales la exclusión del *bonum prolis* y la exclusión de los actos conyugales, aptos para la generación, son dos hipótesis distintas o dos capítulos diversos de nulidad ⁴⁶.

A juicio de dicha sentencias rotales, la exclusión del *ius in corpus* invalida el consentimiento matrimonial en virtud del c. 1086,2, mientras que la exclusión del *bonum prolis* lo hace nulo gracias al c. 1013,1, toda vez que según este canon la prole es el fin primario del matrimonio.

41. Sabido es que Pío XII, en su discurso a las matronas de 29-10-1951 (AAS 43 —1951— 845) afirma, con la doctrina común, que la restricción temporal del *ius in corpus* invalida el matrimonio.

42. O. Giacchi, *Il consenso nel matr. canonico*, cit., 78-79.

43. O. Giacchi, l.c., 79.

44. Entre los pocos autores que siguen a Giacchi en este punto figura Mans Puigarnau, o.c., 389-90.

45. E. Graziani, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, cit., 188-92.

46. Así, p.e., en las sentencias c. De Jorio de 18-12-1963, vol. 55, pp. 910-16; el mismo, sent. de 9-7-1966, vol. 58, p. 759; el mismo, sent. de 14-12-1966, vol. 58, p. 966; el mismo, sent. de 28-5-1969, vol. 61, p. 557; el mismo, sent. de 9-7-1966, vol. 58, p. 759; el mismo, sent. de 16-6-1969, vol. 61, p. 617; el mismo, sent. de 17-5-1972, vol. 64, p. 310 ss. La misma afirmación se encuentra en la sent. c. Rogers de 25-2-1969, vol. 61, p. 2.

En la primera hipótesis, siguen razonando los jueces rotales de dichas sentencias, el matrimonio es *inexistente*, ya que el *ius in corpus* es el objeto esencial del matrimonio y al faltar éste, no puede darse el consentimiento matrimonial, mientras que en la segunda, la exclusión de la prole lo hace sólo *inválido*⁴⁷.

La doctrina en general y la inmensa mayoría de la jurisprudencia no distinguen entre la exclusión de la prole y la exclusión del *ius in corpus*. Ambas hipótesis constituyen un sólo capítulo de nulidad fundado en el canon 1086,2, que recoge el derecho natural.

Como se afirma en una sentencia c. Pinna de 15-12-1966, refutando a la de c. De Jorio de 19-2-1966, «non conspiciuntur cur exclusio prolis per actum positivum voluntatis, quae restringit ipsum consensum matrimonialem, ideoque efficiat ut non sit consensus vere matrimonialis, non impediatur quominus contractus revera ineatur, siquidem contractus constituitur consensu»⁴⁸.

La exclusión del bien de la prole no puede invalidar el matrimonio por excluir uno de sus fines, ya que éstos son extrínsecos a la esencia del matrimonio y, en consecuencia, pueden faltar (matrimonio de estériles, p.ej.), sino por excluir la *ordinatio ad prolem* del acto conyugal, cuya ordenación sí que es esencial al matrimonio por la propia naturaleza de éste y no puede faltar nunca o, lo que es lo mismo, por excluir la prole en su *principio*, conforme diría Sto. Tomás. Como se ha afirmado en una sentencia rotal, c. Wynen de 17-11-1956, el objeto del consentimiento no consiste sólo en un *ius positivum*, sino también, si es lícito hablar así, en un *ius negativum*, «id est, ius ad exigendam omissionem actus destructivi, quo opus naturae, copulam naturalem subsequens et ad effectum perducens, impediatur vel vi destituatur»⁴⁹.

Tanto el que excluye la obligación de realizar los actos conyugales, como el que excluye el deber de *non facere*, es decir, de no hacerlos incapaces para la generación de la prole, hace igualmente nulo el consentimiento matrimonial por defecto de consentimiento, pues la obligación de *non facere* está incluida en aquélla de *facere*. La obligación de no impedir la generación está implícita en el *ius ad coniugalem actum* y comprende todas las hipótesis de exclusión de la prole. No es, pues, necesario configurar la *exclusio prolis* como una hipótesis distinta de la exclusión *omnis iuris ad coniugalem actum*, ya por negar su relevancia jurídica, como hace Giacchi, ya por considerarla jurídicamente relevante por un título diverso de la *exclusio omnis iuris ad*

47. Basan la exclusión de la prole en la exclusión del fin primario del matrimonio las sentencias rotales c. De Jorio de 22-7-1964, vol. 56, pp. 463-74, nn. 3-4; sent. de 14-12-1966, vol. 58, pp. 915-20, nn. 7-14 y la de 30-3-1976, n. 3; la sent. c. Bejan de 29-10-1966, vol. 58, pp. 765-72, nn. 3-12 y la sent. c. Davino de 11-11-1976.

48. Sent. c. Pinna de 15-12-1966, vol. 58, pp. 927-30, nn. 3-7. En la misma línea, la sent. c. Pinna de 31-1-1956.

49. En este mismo sentido véase, p.e., la sentencia c. Wynen de 9-11-1944, vol. 36, p. 663; el mismo, sent. de 27-2-1947, vol. 39, p. 120 ss.; sent. c. Pinto de 22-7-1969, vol. 61, p. 851, n. 2; la sent. c. Fiore de 16-12-1971, vol. 63, pp. 1012-13, nn. 3-5; la sent. c. Stankiewick de 13-5-1978, en *Euh.I.C.* (1978) pp. 381-85, n. 6; sent. c. Lefebvre de 2-3-1974, en *Eph.I.C.* (1975) p. 170. Esta es también la doctrina enseñada por Sánchez (o.c., l. 5, disp. 9, n. 2) y por los autores en general.

coniugalem actum, como quieren Graziani y De Luca, quienes la identifican, respectivamente, con la exclusión del mismo matrimonio o con la exclusión de una propiedad esencial del matrimonio, cual es la *ordinatio ad prolem*, según De Luca⁵⁰.

Es cierto, como afirma Fedele, que la exclusión de la prole o de los actos conyugales, o de la fidelidad, o de una de las propiedades esenciales del matrimonio, puede reconducirse a la exclusión del mismo matrimonio, ya que éste no puede darse en una sociedad intersexual, en la que se haya excluido el derecho al acto conyugal o se la haya privado de la prole mediante un acto positivo de la voluntad, o no se haya establecido como perpetua y unitaria⁵¹. Ello no impide, sin embargo, que el legislador haya configurado en el referido canon 1086,2, como hipótesis distintas de la exclusión del matrimonio, la exclusión del derecho a los actos conyugales y la exclusión del bien de la fidelidad y del sacramento. No hay razón alguna, pues, para afirmar que la *exclusio prolis* esté comprendida en la exclusión del mismo matrimonio, aun cuando esta hipótesis, como las demás mencionadas, pueda reducirse a la *exclusio matrimonii ipsius*⁵².

8.2. Contenido del «*bonum prolis*» y exclusión del mismo.

El bien de la prole, al que «por su índole natural está ordenado el matrimonio» (c. 1055,1 del PNC) comprende el derecho-obligación al acto conyugal, apto para la generación, realizado *de una manera humana*, junto con el derecho-obligación de conservar y educar la prole eventualmente concebida y dada a luz⁵³. Por consiguiente, si ambos contrayentes o uno de ellos, en el momento de consentir en el matrimonio excluyen el derecho al acto conyugal o sólo lo conceden para un tiempo determinado, o abrigan el propósito de evitar perpetuamente la generación mediante métodos anticonceptivos o prácticas abortivas, o incluso por medio del infanticidio, contraen inválidamente. La prole *en sus principios*, como decía Sto. Tomás, es decir, la *intentio prolis*, es esencial al matrimonio, de tal manera que si algo se expresa en el consentimiento matrimonial en contra de ella, no sería verdadero matrimonio⁵⁴.

Si bien no es necesario que los contrayentes al celebrar matrimonio abri-

50. Cf. P. Fedele, 'L'essenza del matrimonio e la sua esclusione', cit., 140 ss.; O. Giacchi, o.c., 120 ss.; Graziani, *Volontà attuale e precettiva*, cit., 188 ss.; el mismo, 'La cosiddetta esclusione del diritto e la interpretazione del canon 1086, 2', *Il diritto ecclesiastico* (1949) 160 ss.; De Luca, 'Un singolare caso di esclusione del *bonum prolis*', *Eph.I.C.* (1962) 462.

51. Cf. Fedele, l.a.c., 141.

52. *Ibid.*

53. Cf. W. Bertrans, 'Notae aliquae quoad structuram methaphysicam amoris coniugalis', *De matrimonio Coniectanea* (Romae 1970) 76 ss.

54. Sto. Tomás, *Suppl.*, q. 49, a. 3; *IV Sent.*, d. 31, q. 1, a. 3. Sobre los bienes del matrimonio, véase Navarrete, 'Structura iuridica matrimonii secundum C. Vaticanu II', *Periodica* (1967) 554-78 y en *De iure ad vitae communionem*, cit., 299 ss.

guen la intención expresa de tener prole, sí lo es que no tengan intención de excluirla.

Según algunos autores, también la exclusión de la educación cristiana de la prole hace inválido el matrimonio de los cristianos, pero la jurisprudencia unánime y la doctrina común estiman que al bien de la prole en sentido jurídico sólo pertenece el aspecto natural o físico y no el espiritual de la misma⁵⁵.

Supuesta, pues, la entrega-aceptación del *ius in corpus* o del *ius ad prolem* por parte de ambos contrayentes, en el momento inicial del matrimonio o matrimonio *in fieri*, en nada afecta a la validez del mismo el que después uno o ambos contrayentes abusen de ese derecho, o que eviten la prole perpetuamente por medios inmorales y ni siquiera se opona a la licitud el no uso de ese derecho, siempre que no exista peligro de incontinencia, o que eviten tener más hijos de los que puedan educar dignamente, limitando el uso del *ius in corpus* a los días agénésicos o de esterilidad natural.

Al matrimonio ya constituido puede aplicarse perfectamente, sin caer en el absurdo, la obvia distinción entre el derecho y su ejercicio, entre la obligación y su cumplimiento, como queda dicho más arriba, pero no al momento de iniciarse el matrimonio.

A esta tesis se adhiere una buena parte de la doctrina moderna, según hemos visto, y va abriéndose paso también en la jurisprudencia más reciente⁵⁶. Así viene defendiéndose en todas las sentencias rotales *coram* De Jorio sobre dicho tema desde la de 18-12-1963⁵⁷.

He aquí lo que se nos dice en la sent. de 30-3-1976: «Pervulgatum est infrascriptum ponentem pernegare alterutrum de contrahentibus posse usque ad vitae supremum exitum excludere prolem, id est, propositum seu voluntatem gerere nullum generandi filium, et insimul alteri tradere ius in pro-

55. Entre los pocos autores que sostienen que la exclusión de la educación cristiana de la prole afecta a la validez del matrimonio entre cristianos, figuran Cappello (o.c., n. 600, p. 535) y Conte a Coronata (o.c., n. 463, p. 624).—En contra, cf., p.e., Miguélez, o.c., n. 465, p. 622; Bernárdez Cantón, o.c., 240-41; Graziani, *Volontà attuale...*, cit., 189.—Entre las numerosísimas sentencias rotales que mantienen esta posición, véanse, p.e, las siguientes: sent. c. Jullien de 16-10-1948, vol. 40, pp. 355-56, nn. 4-6; el mismo, sent. de 17-6-1939, vol. 31, pp. 419-20, nn. 4-6; sent. c. Canestri de 8-7-1941, vol. 33, pp. 602-603, nn. 5-7; sent. c. Wynen de 11-6-1942, vol. 34, pp. 496-97, n. 2; el mismo, sent. de 9-11-1944, vol. 36, pp. 633-64, nn. 2-3; sent. c. Heard de 2-2-1946, vol. 38, p. 103, n. 2; sent. c. Bejan de 29-10-1966, vol. 58, pp. 765-72, nn. 3-11.

56. Cf. los autores citados en la nota 28.

57. Sent. c. De Jorio de 18-12-1963, vol. 55, pp. 910-16; el mismo, sent. de 22-7-1964, vol. 56, pp. 643-44, nn. 3-5; de 19-2-1966, vol. 58, pp. 97-98, nn. 3-4; de 14-12-1966, vol. 58, p. 916 ss.; de 31-5-1967, vol. 59, pp. 419-21, nn. 3-5; de 14-6-1967, vol. 59, p. 464, n. 3; de 5-7-1967, vol. 69, pp. 548-49, nn. 3-4; de 18-12-1968, vol. 60, pp. 896-98, nn. 9-10; de 28-5-1969, vol. 61, pp. 557-58, nn. 3-4; de 11-6-1969, vol. 61, p. 617, nn. 4-5; de 9-7-1969, vol. 61, pp. 758-59, nn. 4-5; de 29-10-1969, vol. 61, p. 971, n. 5; de 21-3-1970, vol. 62, p. 298; de 19-12-1970, vol. 62, p. 1208, n. 6; de 28-4-1971, vol. 63, p. 344, n. 3; de 23-6-1971, vol. 63, p. 513; de 17-5-1972, vol. 64, p. 314, nn. 3-7; de 30-3-1976, en *Eph.I.C.* (1976) 287-90.

prium corpus atque in eiusdem corpus acceptare in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem»⁵⁸.

Sustancialmente coinciden con De Jorio todas aquellas sentencias rotales que sólo admiten la referida distinción entre el derecho y su ejercicio o entre la intención de obligarse y la de no cumplir la obligación en el matrimonio ya constituido o *in facto esse*, pero no en el momento inicial del consentimiento, las cuales no son «una alterave sententia», como se afirma en una decisión rotal c. Lefebvre de 18-7-1966⁵⁹.

La mayor parte de la jurisprudencia rotal, sin embargo, sigue aferrándose a la opinión tradicional, que cree compatible en el momento inicial del matrimonio la entrega-aceptación de los derechos y obligaciones que comporta y simultáneamente abrigar el firme propósito de excluir el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de tales obligaciones. Así, p. ej., se nos dice en la sentencia c. Rogers de 14-6-1963, refiriéndose al *bonum fidei* y al *bonum prolis*: «quis potest ius in corpus tradere et simul intentionem habere iure tradito abutendi»⁶⁰. Y más claramente todavía nos expresa la misma afirmación el rotal Canals en la siguiente frase: «voluntas contrahendi verum matrimonium cum omnibus eiusdem essentialibus proprietatibus bene stare potest cum voluntate vel non adimplendi obligationes exinde oritur, vel iure tradito acceptoque abutendi»⁶¹.

Recientemente expresa la misma idea el rotal Evvers: «simul nimirum stare potest voluntas matrimonialis obligationes essentielles respectu prolis assumendi, cum voluntate easdem violandi»⁶².

58. Sent. c. De Jorio de 30-3-1976, en *Eph.I.C.* (1976) 287-90, nn. 3-4. En parecidos términos se expresaba en la sent. de 18-12-1968: «Traditio iuris in proprium corpus et acceptatio in alienum ad actus per se aptos ad prolis generationem non potest componi cum actu positivo voluntatis eosdem in perpetuum excludendi, quia in hypothesis traditio et acceptatio esset vacuum verbum» (vol. 60, pp. 896-98, nn. 9-10).

59. Sent. c. Lefebvre de 18-7-1966, vol. 58, pp. 616-18.—Entre las sentencias rotales que siguen a De Jorio en esta cuestión figuran, entre otras, las sent. siguientes: sent. c. Staffa de 18-7-1958, vol. 50, pp. 471-73, n. 2; el mismo, sent. de 9-4-1954, vol. 46, p. 294, n. 2: «Haec distinctio inter ius et usum, quae iuxta ordinem logicum matrimonium respicit in facto esse...»; sent. c. Pinna de 29-10-1963, vol. 55, p. 698; c. Abbo de 30-1-1969, vol. 61, p. 116, n. 2; c. Pinto de 22-7-1969, vol. 61, p. 851, n. 2; el mismo, sent. de 20-7-1972, vol. 64, pp. 480-81, nn. 5-6; sent. c. Masala de 27-1-1977, en *Eph.I.C.* (1980) 157-73, n. 6; «Nam haud simul componi possunt traditio-acceptatio iuris ad conjugales actus ex una parte, ex altera vero positivus voluntatis actus, qui ipsam facultatem tollat»; sent. c. Stankiewicz de 13-5-1978, en *Eph.I.C.* (1978) 385-86.

60. Sent. c. Rogers de 14-6-1963, vol. 55, p. 487, n. 5; el mismo, sent. de 25-2-1969, vol. 61, p. 194; el mismo, de 28-10-1969; el mismo, de 25-11-1969 (estas últimas en De Jorio, o.c., 218).

61. Sent. c. Canals de 17-7-1963, vol. 55, p. 633, n. 2.

62. Sent. c. Ewers de 26-10-1974, en *Mon. Eccles.* (1976) 166-68, nn. 4-6. Siguen esta misma línea, entre otras sentencias rotales, la de Sabattani de 13-11-1959, vol. 51, pp. 501-3, n. 3; sent. c. Mattioli de 27-6-1966, vol. 58, p. 448, n. 2; sent. c. Ferraro de 21-2-1969, vol. 61, pp. 124-25; c. Heard de 23-6-1945, vol. 37, p. 401, n. 2; sent. c. Masala de 10-11-1974, en *Mon. Eccles.* (1976) 174-76, n. 3; sent. c. Masala de 26-10-1978, en *Mon. Eccles.* (1979) 396-97; el mismo, de 20-10-1971, en *Mon. Eccles.* (1972) 336; el mismo, de 27-1-1977, en *Eph.I.C.* (1980) 157-73; sent. c. Parisella de 26-10-1978, en *Mon. Eccles.* (1979) 396; el mismo, sent. de 9-1-1975, en *Periodica* (1975) 684-86, n. 5.

9. Contenido y exclusión del bien de la fidelidad

9.1. Una confusión lamentable.

Hasta hace pocos años, toda la doctrina y la jurisprudencia canónicas, siguiendo a Gasparri, venían equiparando el *bonum fidei* a la unidad, propiedad esencial del matrimonio, cuando en realidad no se pueden identificar⁶³. En efecto, mientras que la unidad sólo exige la unicidad del vínculo matrimonial, el bien de la fidelidad, amén de la unicidad del vínculo, comprende el derecho-obligación al débito conyugal y a la mutua exclusividad en los actos concernientes a la generación. Es evidente que excluye el *bonum fidei* el/la contrayente que, al emitir su consentimiento matrimonial, tiene el propósito de divorciarse si fracasa su primer matrimonio, o el que pretende casarse simultánea o sucesivamente con varias mujeres —hipótesis esta última sólo posible en países que admiten la poligamia—; pero también excluye la fidelidad el/la contrayente que en el momento de la celebración del matrimonio se reserva el derecho de adúlterar o tiene la intención de seguir manteniendo relaciones sexuales con su amante (querida). Estas últimas hipótesis de violación del *bonum fidei* nada tienen que ver con la unidad, y sin embargo, son las más frecuentes en los países cristianos, donde no existe la poligamia.

De esta confusión entre el *bonum fidei* y la unidad se han seguido graves inconvenientes para el tratamiento del capítulo de nulidad por exclusión del bien de la fidelidad, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia canónicas, ya que se ha venido sosteniendo que sólo es posible excluir el *bonum fidei* cuando se excluye la unidad del matrimonio, es decir, cuando se entrega también a una tercera persona, amén de la mujer, el *ius in corpus* en paridad de condiciones con aquélla. Así, p. ej., se afirma en la sentencia *coram Wynen* de 18-12-1947: «Sane, quoad bonum fidei tunc tantum matrimonium dirimitur, si quis positivo voluntatis actu in contrahendo unitatem matrimonii excludit... Id accidit si quis alicui tertiae personae in celebrando matrimonio, copiam sui corporis facere intendit respectivum ius ei tradendo»⁶⁴. Lo mismo se repite en otras muchas decisiones rotales⁶⁵.

63. Gasparri, o.c., ed. París 1982, p. 122, n. 209 y ed. 1932, v. 2, p. 18, n. 10 y n. 906, p. 85. Así también los autores por lo general. Véanse, p.e., Miguélez, o.c., n. 466, p. 622; Conte a Coronata, o.c., n. 464, p. 625; Mans Puigarnau, o.c., p. 394, b); O. Giacchi, o.c., p. 84; A. Bernárdez, o.c., 243-44; A. E. Mañaricua, 'Nulidad por exclusión de la unidad o de la indisolubilidad', *Las Causas matrimoniales* (IV Semana de Derecho Canónico) (Salamanca 1953) 303 ss.; E. Graziani, o.c., 193; Bank, *Connubia Canonica*, o.c., 369.

64. Sent. c. Wynen de 18-12-1947, vol. 39, p. 589, n. 3; el mismo, sent. de 4-6-1955, vol. 47, p. 471, n. 2; el mismo, sent. de 17-6-1950, vol. 42, p. 383; el mismo, sent. de 12-2-1951, vol. 43, p. 96, n. 2.

65. Véase, p.e., sentencia c. Bonet de 11-5-1959, vol. 51, p. 252, n. 2: «Quae sane exclusio (unitatis), tunc tantum habetur... reservans extraneo quoque ius ad copulam»; sent. c. Felici de 24-1-1951, vol. 43, p. 51, n. 2; sent. c. Ewers de 8-6-1963, vol. 55, pp. 454-661, nn. 10-16: «Contra unitatem intentio elicitur ubi mutua potestas in aluterius corpus excludatur»; sent. c. Rogers de 20-12-1965, vol. 57, p. 967, n. 4; sent. c. Quattrocolo de 20-5-1950, vol. 22, p. 284, n. 6; sent. c. Wynen de 4-6-1955,

A la luz de este falso principio, derivado de la confusión del *bonum fidei* con la unidad del matrimonio, no es extraño que se hayan presentado tan pocas causas por este capítulo de nulidad, en contraste con las concernientes al *bonum prolis*, p. ej., y que sean tan contadas las afirmativas, sobre todo hasta estos últimos años⁶⁶. A esto hay que añadir la adhesión por gran parte de la jurisprudencia eclesiástica, según hemos visto, a la tesis de los que creen posible conciliar en el momento de emitir el consentimiento matrimonial la entrega-aceptación del *ius in corpus* y simultáneamente negar a la comparte el ejercicio del ejercicio del mismo, tener intención de obligarse a guardar la fidelidad y al propio tiempo abrigar el firme propósito de no cumplir dicha obligación, con lo que se hace todavía mucho más difícil que prospere una causa por dicho capítulo de nulidad.

La distinción entre la unidad y la fidelidad aparece por vez primera en la Rota Romana en la sent. c. De Jorio *Mediolanen*, de 30-10-1963, pero de una manera inexacta, a nuestro parecer, ya que se nos dice que la exclusión de la fidelidad no se debe confundir con la exclusión de la unidad, puesto que alguien puede excluir la unidad del matrimonio y al propio tiempo obligarse a guardar la fidelidad a dos o tres mujeres⁶⁷. La verdadera razón de tal diferencia no es ésta, según hemos apuntado más arriba, pues en el ejemplo señalado, quien excluye la unidad, viola ciertamente el *bonum fidei*, que implica un derecho-obligación exclusivos, pero también puede infringirse mediante el adulterio, que en nada se opone a la unicidad del vínculo matrimonial y es, sin embargo, la manera más frecuente de atentar contra la fidelidad conyugal, sobre todo en los países que no admiten la poligamia.

9.2. *Requisitos para la exclusión del «bonum fidei» según la opinión tradicional.*

Según la sentencia tradicional, seguida comúnmente, aún en nuestros días, por la Rota Romana, salvo contadas excepciones, el propósito que se

vol. 47, p. 471, n. 2; sent. c. Pinna de 14-4-1962, vol. 54, p. 150 ss.; sent. c. Brennan de 13-1-1954, vol. 46, p. 26, n. 4.

66. Según Marañicua «las sentencias dictadas por la Rota Romana en la materia a partir del año 1908 y hasta 1950, inclusive, han sido doce, nueve de ellas favorables a la nulidad» (*Nulidad por exclusión de la unidad o de la indisolubilidad*, l.c., 307), Graziani en su trabajo *Sulla esclusione della fedeltà coniugale*, nos dice, tras mencionar unas cuantas causas sobre dicho tema de la jurisprudencia postcodicial con resultado negativo, que la primera sentencia afirmativa fue la *coram Massimi* de 7-2-1925, vol. 17, p. 62, n. 2 (l.c. *Il Diritto eccles.* (1948) 292-93, n. 1). R. Rodrigo, en cambio, nos dice que hasta el año 1925 no se trató en la Rota Romana ninguna causa por exclusión del *b. fidei*, lo que es ciertamente inexacto, y desde esa fecha hasta 1948 sólo se presentaron 24 causas y desde 1963 a 1968, dieciséis, mientras que en este último período se trataron en dicho Tribunal 147 causas por exclusión del *bonum prolis* y 107 por exclusión del *bonum sacramenti* (*Considerationes quaedam*, l.c., 447 ss.).

67. Sentencia c. De Jorio de 30-10-1963, vol. 55, p. 717, n. 3. Igualmente se nos dice en la sent. c. Ewers de 11-10-1969, vol. 65, p. 935. Entre los autores, el primero que hemos visto distinguir perfectamente la fidelidad de la unidad es el P. Navarrete, en su trabajo *De iure ad vitae communionem...*, cit., 250-56. A Navarrete siguen otros autores, como R. Rodrigo (*Considerationes quaedam*, cit., 456).

tenga en el mismo momento de emitir el consentimiento matrimonial, de cometer adulterio o incluso de perseverar en el concubinato anterior, no invalida el matrimonio, puesto que tal propósito no se refiere a la obligación de guardar la fidelidad sino al cumplimiento de la misma. Como se ve, según hemos indicado más arriba, los partidarios de esta opinión aplican equivocadamente la conocida distinción entre el derecho y el uso del derecho, entre la obligación y su cumplimiento al momento genético o inicial del matrimonio, es decir, en la terminología de Sto. Tomás, a la fidelidad *in suis principiis*, esto es, al *debitum servandi fidem, sin el cual no puede existir el matrimonio*, en vez de aplicarla a la fidelidad *in se ipsa*, es decir, al matrimonio ya constituido, o al *uso* o ejercicio de la fidelidad, sin el cual existe el matrimonio, toda vez que *la esencia de la cosa no depende de su uso*, en frase del propio Dr. Angélico⁶⁸.

El razonamiento en todas las hipótesis viene a ser el mismo: «la intención de adular o de perseverar en el concubinato se refiere al *uso* del derecho (mejor dirían al *abuso* del derecho), no al derecho en sí o, lo que es lo mismo, tal propósito afecta al cumplimiento de la obligación, no a la propia obligación⁶⁹.

Veamos a este respecto algunos ejemplos, harto elocuentes, que podrían multiplicarse indefinidamente en la jurisprudencia de la Rota Romana:

En la sentencia c. Wynen de 23-11-1940 se afirma: «Qui ante nuptias sibi proponit fidem coniugalem laedere, sive rem habendo cum amasia antenuptiali, sive cum alia muliere, pravitatem quidem detestabilem committit, sed hoc pravum propositum non dirimit matrimonium. Praesupponitur enim talem hominem in contrahendo noluisse compartem privare ipso iure exclusivo in actus per se aptos ad generationem proles, sed eum intendisse tantummodo suam obligationem relativam in contrahendo susceptam non observare»⁷⁰.

Como se ve, para los rotales de esta sentencia, el propósito antenupcial de continuar las relaciones sexuales con la querida, que se tenía antes del matrimonio o con otra mujer, no implica la exclusión del «*bonum fidei*», puesto que *se supone* que tal sujeto no quiso *privar* a su comparte del mismo

68. Sto. Tomás, *Suppl.*, q. 49, a. 3.

69. Cf., entre otras muchas, las siguientes decisiones rotales: Sent. c. Wynen de 26-7-1934, vol. 26, pp. 524-25, nn. 2-4; de 11-6-1950, vol. 42, p. 383, n. 2; de 12-2-1951, vol. 43, pp. 96-101, nn. 2-9; sent. c. Massimi de 29-5-1935, vol. 27, p. 358, n. 3; sent. c. Heard de 21-10-1950, vol. 42, p. 585, n. 2; sent. c. Mattioli de 28-10-1957, vol. 49, p. 638, n. 2; sent. c. Pinna de 15-6-1954, vol. 46, pp. 471-72; de 14-4-1962, vol. 54, p. 151, n. 2; sent. c. Ewers de 4-4-1963, vol. 55, pp. 262-69, n. 13; sent. c. Bejan de 20-12-1962, vol. 54, p. 695 ss.; sent. c. Masala de 20-10-1971, vol. 63, pp. 751-53, nn. 2-4; sent. c. Pompedda de 16-2-1972, vol. 64, p. 101, n. 2; sent. c. Parisella de 7-5-1979, en *Mon. Eccles.* (1979) 285-93, n. 5; sent. c. Pinto de 19-3-1978, en *Eph.I.C.* (1979) 249-52, nn. 2-3; sent. c. Stankiewicz de 29-1-1981, en *Mon. Eccles.* (1981) 197 ss.

70. Sent. c. Wynen de 23-11-1940, vol. 32, p. 838, n. 5; de 12-2-1951, vol. 43, p. 96, n. 2; sent. c. Felici de 24-1-1951, vol. 43, p. 51; sent. c. Quattrocolo de 20-5-1930, vol. 22, pp. 283-85; sent. de 2-4-1941, vol. 33, p. 216, n. 19.

derecho exclusivo a los actos conyugales, sino que únicamente intentó no observar la obligación asumida el casarse.

Parecida afirmación se hace en las sentencias c. Di Felici de 19-3-1971 y c. Pinto de 19-3-1978. He aquí lo que se nos dice en esta última decisión rotal: «Ad bonum fidei excludendum non sufficit intentio adulterandi, immo, nec mera intentio perseverandi in concubinato cum tertia persona, constare iusuper debet de consensus limitatione comprobatis pacto formali; aut conditione aut voluntate praevalente adversus voluntatem vero matrimonio se ligandi»⁷¹.

Esta jurisprudencia rotal, al igual que la doctrina en que se basa, trata de conciliar dos cosas tan inconciliables como distinguir en el momento genético del matrimonio entre la voluntad o intención de asumir las obligaciones y la simultánea voluntad de no cumplirlas o el *ius-obligatio ad fidelitatem*, que se entrega y acepta, con la negación del ejercicio de ese derecho y el cumplimiento de tal obligación. Esta última voluntad o intención de no cumplir la obligación o de no permitir el ejercicio del derecho exclusivo destruye la primera obligación de comprometerse o de entregar el *ius in corpus exclusivum*, puesto que la esencia de la obligación consiste en el compromiso serio de cumplirla y no se concibe la entrega a la comparte del *ius in corpus exclusivum* si al propio tiempo de la entrega se le niega que pueda hacer uso exclusivo del mismo, como tampoco se puede decir con verdad que alguien acepta una obligación si en el momento de aceptarla rechaza su cumplimiento⁷².

Una buena parte de la jurisprudencia rotal hasta los últimos lustros, al confundir la fidelidad con la unidad, según hemos indicado más arriba, sólo

71. Cf. sent. c. Pinto de 19-3-1978, en *Eph.I.C.* (1979) 249-1950, n. 2: «Ad bonum fidei excludendum non sufficit intentio adulterandi, immo, nec mera intentio perseverandi in concubinato cum tertia persona, constare enim insuper debet de consensus limitatione comprobatis pacto formali, aut conditione aut voluntate praevalente adversus voluntatem vero matrimonio se ligandi». Como único argumento alega la afirmación de Sánchez, tan repetida por la doctrina y jurisprudencia tradicionales: «Quia stat velle obligari ad aliquid faciendum et adesse animum non implendi... firmiter stare potest matrimonium validum contrahere cum intentione non servandi fidem» (*De matrimonii sacramento*, 1.2, disp. 29, n. 11). A este respecto nos parece poco coherente consigo mismo Mons. Pinto, puesto que aplica la distinción entre el derecho y su ejercicio, entre la obligación y su cumplimiento al matrimonio *in fieri*, cuando se trata del *bonum fidei*; mientras que, respecto del *bonum prolis*, la aplica a la relación matrimonial ya constituida o al matrimonio *in facto esse*, con los partidarios de la opinión moderna. Así, p.e., en sus sentencias de 24-4-1969, vol. 61, p. 404; de 22-7-1969, vol. 61, p. 851; de 20-7-1969, vol. 64, p. 476, n. 5.—Respecto al *bonum fidei*, coinciden con la sentencia citada de Mons. Pinto, la c. Di Felice de 3-11-1971: «Sola autem intentio prosequendi post matrimonium carnale cum amasio vel cum anasia commercium, quod ante matrimonium contrahens habuit, non ostendit exclusionem iuris boni fidei» (vol. 63, p. 839, B); sent. c. Masala de 20-10-1971, vol. 63, p. 753, n. 4; sent. c. Pompedda de 16-12-1970, vol. 62, p. 1190, n. 2; sent. c. Ewers de 14-10-1972, vol. 64, p. 539, n. 11; sent. c. Parisella de 26-10-1978, en *Mon. Eccles.* (1979) 396-97.

72. Cf. R. Romano, 'An in bono fidei ius a iuris exertio distingui possit', cit., 959-65; R. Rodrigo, 'Consideraciones quaedam de interpretatione exclusionis «boni fidei»', *Mon. Eccles.* (1978) 447-59; Graziani, 'Sulla esclusione della fedeltà coniugale', 292-302; el mismo, *Volontà attuale e precettiva...*, cit., 193-95.

admite la exclusión del *bonum fidei*, cuando se excluye la unidad del matrimonio, es decir, cuando se entrega también a una tercera persona el *ius in corpus* en paridad de condiciones a como se ha entregado a la mujer o al marido. Veamos algunos ejemplos entre los muchísimos que podrían alegarse: En la sentencia c. Quattrococo de 20-5-1930 se afirma: «quod expectat ad bonum fidei, hoc excluditur cum contrahentes intendunt praeter traditionem iuris ad actus coniugales cum altero contrahente etiam ius ad actus coniugales cum tertia persona»⁷³. Con la afirmación anterior coincide esta otra de la sent. c. Parrillo de 3-8-1933: «Esse enim rei non dependet ab eius usu. Quapropter ut tradatur ius, sufficit consensus in unam personam, ceteris quod ius exclusis, etsi non excludantur quoad iniuriam sacramento. Quae inclusio, si ita loqui fas est, quoad iniuriam potest utique fieri uno eodemque actu voluntatis: ut cum quis consentit in praesentem mulierem ut solam futuram uxorem, licet simul perverse velit cum altera vel alteris moechari»⁷⁴.

En la misma línea se pronuncian otras sentencias más recientes como la c. Rogers de 20-12-1965: «Ius enim tunc tantum nota exclusivitatibus privatur, cum nupturiens intendit ius in suum corpus ad actus coniugales cum pluribus ex aequo dispertiri»⁷⁵.

En esta misma dirección se llega incluso en algunas sentencias rotales a afirmar que no se excluye el «bonum fidei», aunque uno de los contrayentes se reserve el derecho de entregarse a actos homosexuales con una tercera persona, bajo el pretexto de que tales actos no son aptos para la generación y de que con ellos no se divide el *ius in corpus*, toda vez que para ello es menester la cópula natural, según enseña San Alfonso María de Ligorio⁷⁶.

Resumiendo, según la doctrina y la jurisprudencia tradicionales, no es suficiente para excluir el *bonum fidei* el firme propósito prenupcial que se tenga de adular, ni siquiera el de perseverar en el antiguo concubinato con el amante o querida, si no consta, además, la limitación del consentimiento por medio de un pacto formal o condición o voluntad prevalente contraria a la celebración de un verdadero matrimonio, en que se demuestre que no se ha entregado a la otra parte el *ius in corpus* o no se ha asumido la respectiva obligación.

Hasta hace unos lustros incluso se exigía, como hemos visto, la demostración de que se había entregado al amante o querida el *ius in corpus*, a la manera que se hace con la mujer o el marido, pues sólo así se excluía la uni-

73. Sent. c. Quattrococo de 20-5-1930, vol. 22, p. 283-85, nn. 2-6; el mismo. sent. de 2-4-1941, vol. 33, p. 216, n. 19.

74. Sent. c. Parrillo de 3-8-1933, vol. 25, pp. 519-20, n. 2.

75. Sent. c. Rogers de 20-12-1965, vol. 57, p. 967, n. 4. En este mismo sentido las sent. c. Brennan de 28-6-1954, vol. 46, p. 521, n. 3; de 18-12-1947, vol. 39, p. 586, n. 3; de 4-6-1955, vol. 47, p. 471, n. 2; de 17-6-1950, vol. 42, p. 383, n. 2; c. Bonet de 11-5-1959, vol. 51, p. 252, n. 2; c. Felici de 24-1-1951, vol. 43, p. 51, n. 1; c. Ewers de 8-6-1963, vol. 55, pp. 454-61, nn. 10 y 16.

76. Sent. c. Parrillo de 12-8-1929, vol. 21, pp. 435-36, n. 3; sent. c. Massimi de 29-5-1935, vol. 27, p. 358, n. 3; sent. c. Canestri de 15-7-1941, vol. 33, pp. 621-22, nn. 5-6 y de 26-7-1941, vol. 33, p. 699, n. 9.—San Alfonso M.^a de Ligorio, *Theologia Moralís*, VI, n. 962.

dad del matrimonio, con la que se venía confundiendo la fidelidad conyugal⁷⁷.

El razonamiento o efugio en todas las posibles hipótesis de violación de la fidelidad venía a ser el mismo: la intención de adulterar o de perseverar en el concubinato concierne al uso del derecho (al *abuso*, debería decirse), no al derecho, o, lo que es igual, dicho propósito afecta al cumplimiento de la obligación, no a la obligación en sí.

Como se ve, al igual que sucede respecto al *bonum prolis*, la opinión tradicional aplica al *bonum fidei* la distinción entre el derecho y su ejercicio, entre la obligación y su cumplimiento al momento inicial del matrimonio y no a la relación matrimonial ya constituida, al revés que Sto. Tomás, en el que pretende apoyarse, quien únicamente la aplica al matrimonio *in facto esse*, es decir, al *bonum prolis* et *bonum fidei in se ipsis*, y no *in suis principiis*, o al momento inicial del matrimonio, según creemos haber puesto de manifiesto más arriba.

Es evidente que celebrado el matrimonio válidamente, en nada afecta a tal validez las violaciones que los cónyuges puedan cometer contra el *bonum prolis* y contra el *bonum fidei*. Por ello es indudable que respecto al matrimonio ya constituido cabe distinguir entre la obligación asumida y su cumplimiento y entre el derecho y su ejercicio, como ya hemos indicado repetidamente, puesto que como decía el Doctor Angélico, *esse rei non dependet ab usu suo*⁷⁸.

9.3. La exclusión del *bonum fidei* según la opinión moderna.

Afortunadamente, también la posición moderna, que sólo aplica la referida distinción al matrimonio ya constituido, ha entrado en la Rota Romana en lo concerniente al *bonum fidei*, si bien ha tenido menor aceptación en dicho Tribunal que el que ha obtenido respecto al *bonum prolis*.

El pionero de esta nueva dirección en la Rota Romana ha sido el rotal De Jorio, como lo fue también en lo concerniente al *bonum prolis*, según hemos visto. En la sentencia *Mediolanensis* de 30-10-1963, de la que fue ponente dicho esclarecido rotal, se critica la afirmación común de la jurisprudencia rotal, según la cual es inválido el matrimonio si uno o ambos contrayentes tienen la intención de no obligarse, pero en manera alguna lo es si excluyen sólo el cumplimiento de la obligación. Para De Jorio tal doctrina se atribuye a Sto. Tomás sin razón alguna, concluyendo que «*Sat evidens contra est argumentum exclusi boni fidei in ratione agendi viri qui, consuetudinem stupri*

77. No exigen la entrega del *ius in corpus* a una tercera persona para la exclusión del *bonum fidei* la sent. c. Pompedda de 17-12-1970, vol. 62, p. 1190, n. 2; el mismo, sent. de 16-2-1972, vol. 64, p. 101, n. 2; sent. c. Pinto de 19-3-1978, en *Eph.I.C.* (1979) 249, n. 2; c. Parisella, sent. de 7-5-1979, en *Mon. Eccles.* (1979) 284-93, n. 5, entre otras. Sin embargo continúan confundiendo la fidelidad con la unidad las sentencias c. Ewers de 28-2-1970, vol. 62, p. 224, n. 2; sent. c. Masala de 20-1-1971, vol. 63, p. 571, n. 2, etc.

78. Sto. Tomás, l.a.c.

ante nuptias habuerit cum muliere, quam tempore matrimonii non deseruerat, quamque uti concubinam postea nutriat atque foveat»⁷⁹.

En la sentencia *Chicagien*, de 14-12-1966, nos dice claramente, en contra de la jurisprudencia común, que el bien de la fidelidad y de la prole *en sus principios* se refiere al matrimonio *in fieri*, y la prole y la fidelidad *en sí mismas*, al matrimonio *in facto esse*, según Sto. Tomás y, que, en consecuencia, no se puede aplicar la referida distinción al momento inicial del matrimonio, como lo viene haciendo la jurisprudencia rotal, sino al matrimonio ya constituido⁸⁰.

En la *Romana* de 13-7-1968, reafirma el principio ya sentado en la citada *Mediolanensis*, según el cual, «tiene por cierto que excluye el *bonum fidei* y, en consecuencia, contrae matrimonio inválidamente el varón que, al prestar su consentimiento, abriga la intención de no desprenderse de la concubina, con la que se propone seguir manteniendo comercio sexual, puesto que no entrega a la comparte el *ius exclusivum in corpus*. Estima así mismo que es nulo el matrimonio de la mujer que al celebrarlo tiene la intención actual o virtualmente perseverante de entregar su cuerpo a otros varones, aun cuando no piense siquiera en darles el *ius in corpus*, pues en tal caso no asume la obligación de observar la fidelidad»⁸¹. Este mismo principio se reitera en sentencias posteriores coram De Jorio y ante otros rotales, como Bejan, Lefebvre, Anné, Evvers, etc.⁸². Lo que llama la atención es la incoherencia de otros rotales que, siguiendo a De Jorio en no aplicar la referida distinción más que al matrimonio ya constituido y no al momento inicial del mismo respecto al *bonum prolis*, permanezcan anclados en la opinión tradicional en cuanto al *bonum fidei*, siendo como es idéntica la razón en ambas hipótesis, según creemos haber puesto de manifiesto⁸³.

10. Exclusión del bien del sacramento

Quien excluye explícita o implícitamente *por un acto positivo de la voluntad* la indisolubilidad del matrimonio, contrae inválidamente de acuerdo con el c. 1086,2 del CIC y el c. 1101,2 del Esquema del nuevo Código⁸⁴.

79. Sent. c. De Jorio de 30-10-1963, vol. 55, pp. 717-20, nn. 3-7. Otro tanto repite en la sent. de 18-12-1963, vol. 55, p. 911, nn. 2-3.

80. Sent. de 14-12-1966, c. De Jorio, vol. 58, pp. 912-21, n. 7.

81. Sent. c. De Jorio de 13-7-1968, vol. 60, p. 555, nn. 7-10.

82. Véanse las sent. c. De Jorio de 18-12-1965, vol. 55, p. 911, nn. 2 y 3; de 13-5-1964, vol. 56, p. 000; de 17-6-1964, vol. 56, pp. 404-406, nn. 6-7; de 14-12-1966, vol. 58, pp. 912-21, nn. 4-16; de 13-7-1968, vol. 60, pp. 554-56; de 26-2-1969, vol. 61, pp. 204-5, n. 5; de 20-2-1970; de 27-10-1971, vol. 65, pp. 802-803, n. 14; de 10-1-1975; de 24-1-1973; de 19-11-1977 (estas cinco últimas citadas por A. M. Arena, 'Consensus matrimoniale e giurisprudenza evolutiva nel tribunale della Romana Rota', *Mon. Eccles.* (1980) 486-507). Véanse también las sentencias c. Bejan de 13-4-1969, vol. 61, pp. 396-97, n. 7; de 17-1-1968; c. Anné de 19-12-1969, vol. 61, pp. 1173-74, nn. 2-3; de 19-10-1969, vol. 61, pp. 1173-75; sent. c. Ewers de 28-2-1970, vol. 62, pp. 225-26, n. 4; de 14-10-1972, vol. 64, p. 539, n. 11; sent. c. Abbo de 30-1-1969, vol. 61, p. 116, n. 2.

83. Cf., p.e., sent. c. Pinto de 19-3-1978, en *Eph.I.C.* (1979) 249-50, n. 2; sentencia c. Masala de 20-10-1971, vol. 63, p. 751, nn. 2-4.

84. Cf. E. Graziani, 'Mentalità divorzistica ed esclusione della indissolubilità del

En esta materia, tanto la doctrina como la jurisprudencia están concordes en que no cabe distinguir entre el derecho y su ejercicio o entre la obligación y su cumplimiento. Por consiguiente, demostrada la intención del contrayente de celebrar un matrimonio a prueba o disoluble, no es menester averiguar si pretendió negar a la otra parte el derecho *perpetuo* «*in corpus*» o sólo el ejercicio del mismo o el cumplimiento de la correlativa obligación, ya que como decía Sto. Tomás, «*matrimonium nunquam invenitur sine inseparabilitate invenitur autem sine fide et prole*»⁸⁵.

Para la exclusión del bien del sacramento o de la indisolubilidad no es preciso que el contrayente al celebrar el matrimonio tenga intención absoluta de disolver el vínculo del mismo, sino que es suficiente para ello que abrigue el propósito de acudir al divorcio civil con ese fin, en la hipótesis de que naufrague su matrimonio⁸⁶.

10.1. *Influencia del error en la exclusión de la indisolubilidad.*

Como quiera que *el error acerca de la indisolubilidad no invalida el consentimiento matrimonial, con tal que no determine la voluntad*, según se previene en el c. 1099 del PNC y en el c. 1084 del CIC, no es suficiente la comprobación de las ideas erróneas sobre la indisolubilidad o la mentalidad divorcista de uno o de ambos contrayentes para dar por demostrada la exclusión por los mismos del *bonum sacramenti*⁸⁷. Nadie puede querer celebrar

matrimonio', *Studi in onore di P. A. D'Avack* 2 (Milán 1976) 681-702; Z. Grochowski, *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione* (Nápoles 1973); el mismo, 'Relatio inter errorem et positivam indissolubilitatis exclusionem in nuptiis contrahendis', *Periodica* (1980) 569-601; A. E. Marañuca, 'Nullidad por exclusión de la unidad o de la indisolubilidad', cit., 319-22; I. Parisella, 'De pervivaci sen radicato errore circa matrimonii indissolubilitatem. Iurisprudentialis rotalis recentior', *Ius populi Dei* 3, 513-40; O. Fumagalli, 'Il matrimonio canonico dopo il concilio', cit., 106-31; S. Villeggiante, 'Limiti di rilevanza dell'errore circa l'indissolubilità del matrimonio', *Il diritto ecclesiastico* (1963) 11, 29; De Naurois, 'Extension des exceptions au principe d'indissolubilité', *Rev. de Dr. C.* (1978) 115; P. Santini, 'L'esclusione del «bonum sacramenti» nelle più recenti cause di nullità', *Eph.I.C.* (1973) 198-205.

85. Sto. Tomás, *Suppl.*, q. 49, a. 3 in corpore.

86. En la tercera y cuarta década de este siglo estuvo dividida la Rota Romana acerca de si bastaba para invalidar el matrimonio la intención hipotética de excluir el *bonum sacramenti* o era menester para ello la intención absoluta. En contra de la primera alternativa se pronunciaron las decisiones rotales *coram Solieri* de 16-6-1927, vol. 19, p. 306, n. 3; la de c. Jullilien de 16-1-1930, vol. 22, pp. 56-57, nn. 2-3; la de c. Pecorari de 21-12-1937, vol. 29, pp. 772-75, nn. 2-3. A favor de la misma militan las sentencias c. Massimi de 30-12-1927, vol. 19, p. 549, n. 2; la c. Grazioli de 16-2-1932, vol. 24, pp. 66-68, nn. 3-5; la c. Wynen, de 12-11-1936, vol. 28, p. 667, n. 2; la c. Quattrococo de 20-7-1937, vol. 29, p. 517 ss., n. 4 ss. Posteriormente esta última posición se ha hecho común en dicho Tribunal. A título de ejemplo, pueden verse las sentencias, c. Rogers de 8-7-1969, vol. 61, pp. 748-49, n. 2; de 25-11-1969, vol. 61, pp. 1042-43, nn. 4-5; c. Ewers de 28-7-1969, vol. 61, pp. 896-97, nn. 2-3; c. Parisella de 31-7-1969, vol. 61, pp. 908-910, nn. 3-9; c. Palazzini de 12-3-1969, vol. 61, p. 257, nn. 4-9.

87. En el c. 1084 se establece que «el simple error acerca de la nulidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio no vicia el consentimiento aunque dicho error sea causa del contrato», mientras que en el correspondiente c. 1053

matrimonio en serio, sin que en esta *volición* se comprendan todos aquellos elementos inseparablemente unidos al mismo, aunque estos sean ignorados por los contrayentes o tengan errores sobre ellos. De ahí que, en principio, todo el que desea casarse, quiere por lo mismo implícitamente la indisolubilidad, aun cuando la ignore o yerre sobre ella, salvo que la excluya expresamente, mediante *un acto positivo de la voluntad*, según el c. 1086,2 del CIC y el 1055,2 del PNC, sin que sea necesario que este acto exclusorio sea deducido en forma de pacto o de condición *sine qua non*, como hasta no hace muchos años venía exigiendo la jurisprudencia rotal y la doctrina⁸⁸.

Sin embargo, en estos últimos lustros va perfilándose en algunos autores y en la jurisprudencia rotal una corriente *innovadora* (así la califica el propio rotal, Mons. Parisella⁸⁹), según la cual cuando el error sobre la indisolubilidad está *firmemente arraigado* en la mente de uno o de ambos contrayentes (*error pervicax*), encierra en sí mismo implícitamente la voluntad exclusoria de dicha propiedad esencial, ya que en tal hipótesis la personalidad del contrayente está tan penetrada por el error, que ya no puede ni quiere obrar de otra manera a como piensa. Así, p. ej., en la sentencia *Xylopolitana* c. Anné de 27-10-1964 se afirma que en algunos contrayentes se da un error tan inveterado sobre la licitud del divorcio, que esta adhesión a tal error equivale a la voluntad positiva de excluir la indisolubilidad del vínculo y que, en consecuencia, el error de que se habla en el c. 1084, «...non amplius ipso facto generalem tantummodo intentionem indissolubilitati matrimonii contrariam contineat, sed nonnumquam veram exclusionem comprehendere possit⁹⁰».

del PNC se nos dice que «el error sobre la nulidad o indisolubilidad o dignidad sacramental, *con tal de que no determine la voluntad*, no vicia el consentimiento matrimonial». En ambos cánones se expresa sustancialmente la misma idea: el *error simplex* que permanece en el entendimiento, sin afectar a la voluntad, o el error que *no determina la voluntad*, como se dice en el c. 1053 del PNC, no vicia el consentimiento. No nos parece exacto el motivo de la crítica que hace el P. Navarrete a la misma fórmula del canon, fundado en que «*omnis error afficit voluntatem*», puesto que mientras el error permanece en el entendimiento en nada afecta a la voluntad. (N. Navarrete, 'Schema iuris recogniti de matrimonio, textus et observationes', *Periodica* —1974— 687). Estimamos, sin embargo, que el canon del PNC es más coherente que el del *Codex*, pues en el de éste se nos dice que el simple error... *aunque sea causa del contrato*, no vicia el consentimiento. A nuestro juicio, no se puede llamar *simple* al error que es causa del contrato, ya que éste necesariamente afecta a la voluntad, mientras que aquél, por definición, permanece en la inteligencia sin afectar a la voluntad.

88. Véanse, p.e., las sentencias c. Wynen de 26-7-1934, vol. 26, p. 254, nn. 2-5; la c. Heard de 7-3-1943, vol. 34, p. 167, n. 2; la c. Ewers de 18-5-1968, vol. 60, p. 346, n. 6. Entre los autores nos limitaremos a citar a Chelodi, *De matrimonio*, ed. 1946, n. 116, pp. 140-41 y a Cappello, *De matrimonio*, cit., n. 599, p. 533.

89. Parisella, 'De pervicaci seu radicato errore...', cit., 533.

90. Sent. *Xylopolitana* c. Anné de 27-10-1964, vol. 56, p. 765. Como precedentes remotos de la doctrina mantenida en esta sentencia rotal, suelen alegarse las sentencias c. Jullien de 2-4-1947 (vol. 39, p. 221) y c. Canestri de 16-4-1946 (vol. 38, p. 235), según las cuales de la profesión de errores sobre la indisolubilidad del matrimonio, se puede *presumir* la voluntad contraria al mismo, máxime en aquellos que se burlan de la verdadera doctrina sobre el matrimonio y la rechazan.

En la misma línea que la citada sentencia c. Anné parecen estar las siguientes sentencias rotales: c. Felici de 17-12-1957, vol. 49, p. 844, n. 3; c. Ewers de 8-5-1968, vol. 60, p. 350, n. 12; c. Parisella de 30-5-1968, vol. 60, p. 391, n. 3; c. Fiore de 14-7-1961, vol. 53, pp. 394-95, n. 2; de 12-5-1969, vol. 61, p. 475, n. 2; c. Anné de

Unos años antes se había expresado la misma idea en la sentencia c. Felici de 17-12-1957, según la cual «feri tamen potest ut error ita penetret et attrahat personalitatem, ut aliter ipse nolit quam mente volutet»⁹¹.

A juicio de los partidarios de esta opinión, «en el contexto sociológico actual», no es necesario el *acto positivo de la voluntad* en contra de la indisolubilidad para declarar la nulidad del matrimonio, puesto que «la mayor parte de los bautizados está de tal manera imbuida de errores sobre el matrimonio y sus propiedades, que ya no se puede afirmar que los contrayentes en el momento de emitir el consentimiento pretendieron los bienes del matrimonio por el hecho de no haberlos excluido mediante un acto positivo de la voluntad»⁹². De acuerdo con este parecer, se ha solicitado el establecimiento de una norma contraria a la del c. 1099 del PNC (sustancialmente idéntica a la del c. 1084 del *Codex*), en la que se afirmase que «si se da error acerca de la unidad o de la indisolubilidad del matrimonio ha de presumirse que se vició el consentimiento matrimonial»⁹³.

La Comisión revisora del *Codex* no aceptó tal propuesta y ha mantenido la redacción de dicho canon en conformidad con la interpretación que la doctrina y jurisprudencia comunes vienen dando al c. 1084 del *Codex*⁹⁴.

En realidad, según ha escrito certeramente Graziani, no se comprende cómo el cambio de las condiciones de vida y de la mentalidad en torno a la indisolubilidad del matrimonio, «puedan incidir» sobre la naturaleza del proceso volitivo, hasta llegar a convertir la opinión errónea en voluntad positiva»⁹⁵. El comportamiento de la voluntad humana no depende del cambio de las opiniones sobre la naturaleza del matrimonio, por muy profundo que éste sea.

27-4-1968, vol. 60, p. 593; c. Lefebvre de 26-10-1968, en *Rev. de Dr. C.* (1977) 303 ss.; c. Bonet de 10-2-1965; c. Fiore de 14-7-1961; c. Anné de 27-10-1964, vol. 56, pp. 765-67, nn. 2-6.

En contra, la sent. c. Parisella de 7-5-1979, en *Mon. Eccles.* 104 (1979) 285-86, n. 3, según la cual no basta el *error pertinax seu radicatus* para la exclusión de la indisolubilidad; la c. Ferraro de 24-2-1981, en *Mon. Eccles.* 106 (1981) 306, nn. 13-14; la c. Stankiewicz de 29-1-1981, en *Mon. Eccles.* 106 (1981) 197-208, nn. 8-11 y 17; la c. Ewers de 12-10-1974.

En la sentencia c. Ewers de 12-10-1974 se afirma que con la adhesión de los contrayentes a doctrinas divorcistas fácilmente se levanta una presunción en favor de la exclusión de la indisolubilidad («facile praesumptio adstruitur»), en *Mon. Eccles.* 101 (1976) 161, n. 2.

Igual efecto atribuyen algunas sentencias rotales a la llamada «intención habitual», es decir, a la que tienen según dichas sentencias, los que no sólo yerran acerca de la indisolubilidad, sino que además se esfuerzan por combatirla, haciendo propaganda divorcista. Así, entre otras, las siguientes sentencias: la c. Ewers de 18-5-1968, vol. 60, pp. 343-55; sent. c. Pinna de 21-3-1968, vol. 60, p. 229, n. 3; sent. c. Pallazini de 21-3-1969, vol. 61, p. 257, n. 5; sent. c. Rogers de 7-2-1967, vol. 59, p. 69, n. 2; de 29-10-1963, vol. 55, pp. 706-7.

91. Sent. c. Felici de 17-12-1957, vol. 49, p. 844, nn. 3-4; sent. de 12-5-1959, vol. 51, p. 257, n. 2.

92. Cf. O. Fumagalli, 'Il matrimonio canonico', cit., 109-18.

93. Cf. *Communicationes* 9 (1977) 373-75.

94. Cf. sent. c. Ewers de 18-5-1968, vol. 60, p. 346, n. 6. Respecto a la doctrina, véase Hürt, 'Defectus consensus acatholicorum', *Periodica* (1948) 222 ss.

95. Graziani, l.c., 696.

Aunque alguien se decida a casarse *porque* estima que el matrimonio es disoluble, ello no implica que lo celebre *en cuanto que es disoluble*, es decir, que el error forme parte del acto de la voluntad al prestar el consentimiento ⁹⁶.

Como es bien sabido, no siempre se acomoda uno en su obrar a las opiniones tenazmente profesadas.

Una cosa es oponerse a la indisolubilidad del matrimonio en general y otra muy diversa rechazarla al contraer el propio matrimonio en concreto, lo que no es nada probable, p. ej., en el contrayente muy enamorado de su comparte o en quien está persuadido de que siempre le asiste el derecho a divorciarse.

De seguir la citada dirección de algunas sentencias rotales, habría que concluir con Graziani que gran parte de los matrimonios que se celebran en la Iglesia contendrían en su seno, no sólo el germen de la disolución, sino la causa específica de su invalidez ⁹⁷. Es más, tendríamos que inferir la absurda conclusión, como observa Grocholewski, que, dado que la mayoría de los hombres, no sólo de nuestro tiempo, sino de siempre, no han creído en la indisolubilidad, la mayoría de los matrimonios celebrados en el mundo han sido nulos ⁹⁸.

Una cosa es que el error, máxime si es profundo y tenaz, pueda ser *causa* de la exclusión y otra muy distinta es deducir ésta de la mera existencia de aquélla. Aun cuando de la intensidad del error y de la depravación de la voluntad, inducida por aquél, pueda presumirse la exclusión de la indisolubilidad, como a veces se afirma en algunas sentencias rotales, es evidente que *tal presunción no es ninguna prueba plena* de dicha exclusión, si no militan en favor de la misma argumentos válidos y concretos ⁹⁹.

11. *Exclusión de la dignidad sacramental*

Aunque la índole sacramental del matrimonio entre cristianos no sea una propiedad esencial del mismo, como lo son la unidad y la indisolubilidad, dado que *entre bautizados no puede darse un contrato matrimonial válido sin que por ello sea sacramento*, como se afirma en el c. 1012,2 del *Codex* y en el c. 1055,2 del PNC, recogiendo la tesis más común entre los teólogos y canonistas; el que excluye la sacramentalidad, excluye también el mismo matrimonio, toda vez que éste es inseparable del sacramento. De ahí que en

96. Cf. Capello, o.c., n. 588; Miguélez, o.c., n. 458, pp. 613-14.

97. Graziani, l.c., 669.

98. Grocholewski, 'Relatio inter errorem et positivam indisolubilitatis exclusionem in nuptiis contrahendis', *Periodica* (1980) 569-601 (p. 674).

99. Cf. Grocholewski, l.c., 601. Véanse las sentencias rotales c. Ewers de 18-5-1968, vol. 60, pp. 348-51; c. Felici de 15-3-1952, vol. 51, p. 167, n. 3; c. Fiore de 14-7-1961, en *Il Diritto Eccles.* 74 (1963) II, p. 22; c. Parisella de 7-5-1979, en *Monitor Eccles.* (1979) 285-93; c. Abbo de 6-11-1969, vol. 61, pp. 678-79; sent. c. Pinto de 23-10-1972, en *Mon. Eccles.* 102 (1977) 31; c. Road de 5-2-1981, en *Mon. Eccles.* 106 (1981) 191 ss., n. 5; sent. c. Stankiewicz de 29-1-1981, en *Mon. Eccles.* 106 (1981) 197 ss.; sent. c. Masala de 27-1-1977, en *Eph.I.C.* (1980) 157-73.

el nuevo c. 1101,2 del PNC se afirme que el que excluya la *dignidad sacramental* del matrimonio también contrae inválidamente^{99 bis}.

Generalmente, todos los autores, hasta hace pocos años, venían admitiendo que el rechazo de la sacramentalidad tenía que ser prevalente con relación a la voluntad de celebrar verdadero matrimonio, el cual era válido si prevalecía esta última voluntad¹⁰⁰.

Supuesta la tesis más común de la identidad real entre el contrato o pacto conyugal y el sacramento, estimamos con Navarrete, Grochowski y O. Fumagalli, que basta excluir mediante *un acto positivo de la voluntad* la dignidad sacramental del matrimonio para que éste sea inválido, sin necesidad de que dicho acto sea prevalente sobre el de celebrar verdadero matrimonio, al igual que tampoco es preciso que lo sean los demás actos exclusivos de los tres clásicos bienes del matrimonio o de algún otro elemento esencial del mismo para que dicho matrimonio sea nulo¹⁰¹.

12. *Otra posible exclusión que invalida el matrimonio: Exclusión del derecho a la comunión de vida.*

Según el referido canon 1101,2 del PNC, el consentimiento matrimonial se invalida no sólo mediante la exclusión por parte de uno o de ambos contrayentes del matrimonio mismo, *por un acto positivo de la voluntad*, sino también por la exclusión en dicha forma de alguna propiedad esencial del matrimonio, de su dignidad sacramental (en el matrimonio de los cristianos) o *de algún elemento esencial del mismo*.

Aunque es sumamente difícil que en la práctica un matrimonio pueda ser nulo por más capítulos de simulación total o parcial que los indicados hasta aquí, veamos brevemente el significado de esta última exclusión, distinta y autónoma de los tres clásicos bienes, según algunos autores¹⁰².

99.^{bis} Así se decía en el Esquema de 1981, c. 1055,2. En el último Esquema de 25-3-1982, can. 1101,2, ya no se menciona expresamente esta exclusión, seguramente por estimarla innecesaria.

100. Así, p.e., Gasparri, nn. 827 y 907; Cappello, o.c., n. 598, 3, pp. 531-32; Miguélez, o.c., n. 468; Bank, o.c., p. 370, n. 4; Chelodi, o.c., n. 116, p. 141; Bernardéz, o.c., p. 251, n. 61; Conte a Coronata, o.c., n. 465, p. 627; Mans. Puigarnau, o.c., p. 399, etc.

101. Cf. Navarrete, 'De iure ad vitae communionem...', *Quaedam Problemata*, cit., 188-89; Grochowski, 'Crisis doctrinae rotalis circa exclusionem dignitatis sacramentalis in contractu matrimoniali', *Periodica* (1978) 283-95; O. Fumagalli, 'La dimensione spirituale del matrimonio e la sua traduzione giuridica', *Ius* (1980) 47 ss.

102. Así lo estiman, entre otros, A. Di Felice, 'Il consenso matrimoniale nella recente giurisprudenza rotale e nello schema proposto dalla commissione pontificia per la revisione del diritto canonico', *Mon. Eccles.* 105 (1980) 64-84; O. Fumagalli, 'Il matrimonio dopo il concilio', cit., 163-87; el mismo, 'Sulla esclusione dello «ius ad vitae communionem» nel matrimonio canonico', *Riv. di Diritto civile* (1977) I; el mismo, 'Essenza e esistenza nell'amore coniugale: considerazioni canonistiche', *Eph.I.C.* (1980) 205-33; O. Giacchi, 'L'esclusione del «matrimonium ipsum». L'esclusione dello «ius ad vitae communionem»', *Quaderni romani di diritto canonico 1: La simulazione nel matrimonio* (Roma 1977) 18 ss.; el mismo, '«Intima coniunctio totius vitae». Una nuova visione del matrimonio nella futura legislazione canonica', *Il diritto eccles.* (1979) 71.

Prescindiendo de la ambigüedad e ineptitud de la frase *ius ad vitae communionem*, a la que ya hemos hecho referencia, está claro, en primer lugar, que no invalida el matrimonio la exclusión del derecho a la comunidad de vida en cuanto significa mera cohabitación o convivencia, pues ésta no es esencial al matrimonio.

Si por «comunidad de vida» entendemos el núcleo fundamental del amor, es decir, el amor de benevolencia (deseo de hacer el bien a la persona amada), estimamos con Grocholewski que esta clase de amor —el único que depende de la voluntad, al revés que el llamado de concupiscencia y complacencia—, forma parte esencial de la «comunidad de vida y amor», que es el matrimonio y que, en consecuencia, el contrayente que excluye tal amor, por un acto positivo de la voluntad, contrae inválidamente¹⁰³.

A este respecto, en contra de lo que estima Jemolo, creemos que sería nulo el matrimonio de que nos habla el insigne canonista italiano, según el cual el contrayente lo celebró con la positiva intención de hacer sufrir a su consorte con el fin de vengarse en ella de los males que al mismo le había ocasionado la familia de la misma¹⁰⁴.

Con ello en manera alguna pretendemos afirmar que sólo «el matrimonio por amor» sea válido y no lo sea el celebrado por otros motivos ajenos al mismo, como el llamado «de conveniencia», etc., sino que toda exclusión del amor en el sentido indicado implica la nulidad del mismo. Este amor puede no ser conocido ni pretendido especialmente por los contrayentes en el momento formativo del matrimonio, sin que por ello se vea afectada la validez del mismo, pero el matrimonio es nulo si dicho amor es excluido positivamente al emitir los contrayentes su consentimiento.

Para algunos autores (Giacchi, O. Fumagalli, Di Felice, etc.) el «*ius ad vitae communionem*» equivale al mutuo derecho-obligación de los cónyuges a la *recíproca integración o relación interpersonal* de los mismos, cuya exclusión invalida el matrimonio a fuer de capítulo distinto y autónomo de la exclusión de los tres clásicos bienes del matrimonio¹⁰⁵. En uno de sus últimos trabajos analiza, O. Fumagalli lo que es esencial, a su juicio, a la «*communio vitae*» o al amor que dicha comunión implica. Este amor, en sentir de la ilustre canonista italiana, comprende los tres elementos fundamentales siguientes: a) la consideración de la comparte como persona; b) tal consideración

103. Cf. Z. Grocholewski, 'De «*communione vitae*» in novo schemate «de matrimonio» et de momento iuridico amoris coniugalis', *Periodica* (1979) 439-79.

104. Cf. Jemolo, *Il matrimonio in diritto canonico* (Milán 1941) 76. Con Jemolo coincide P. Fedele, en su obra *L'ordinatio ad prolem...*, cit., 76.

105. Así, p.e., O. Giacchi, 'L'esclusione...', cit., 18 ss.; el mismo, '«Intima coniunctio totius vitae». Una nuova visione del matrimonio nella futura legislazione canonica', *Il diritto eccles.* (1979) 71; Fumagalli, 'Il matrimonio...', cit., 173 ss.; el mismo, 'Essenza e esistenza nell'amore coniugale', cit., 216 ss.; Lener, en *L'amore coniugale* (Città del Vaticano 1971) 126 ss.; Fagiolo, 'Essenza e fini del matrimonio secondo la costituzione pastorale «Gaudium et Spes» del Vaticano II', *L'amore coniugale*, 95 ss.; Serrano Ruiz, 'El derecho a la comunidad de vida y amor conyugal como objeto del consentimiento matrimonial. Aspectos jurídicos y evolución de la jurisprudencia de la S. Rota Romana', *Eph.I.C.* (1976) 32 ss.; Di Felice, l.c., 80.

implica comunicarse con ella formando un consorcio de vida en común, que aleje los peligros de la soledad y c) de los elementos anteriores brota necesariamente esa especialísima forma de afecto que consiste en desear el bien de la comparte¹⁰⁶. Lo que, a nuestro juicio, está por demostrar es que estos elementos no estén implícitamente comprendidos en los tres clásicos bienes del matrimonio, singularmente en los dos primeros (*bonum prolis* y *bonum fidei*).

El P. Navarrete, aunque se inclina, en uno de sus escritos, a considerar como *más probable* la opinión de los que estiman que el derecho-obligación a la comunión de vida es un derecho-obligación esencial distinto de los demás derechos-obligaciones esenciales del matrimonio, juzga, sin embargo, que «non ci sono fino ad ora degli argomenti che dimostrino con certezza che lo «*ius ad vitae communionem*» sia un diritto essenziale distinto ed autonomo dai singoli e dalla totalità dei diritti essenziali costitutivi il *bonum prolis* ed il *bonum fidei*¹⁰⁷.

A juicio del esclarecido canonista de la Gregoriana, el objeto esencial de ese derecho-obligación «*ad communionem vitae*» sembra che non possa essere altro che quell'insieme indefinito e indefinibile di atteggiamenti, di comportamenti e di attività... senza il quale è impossibile la formazione e conservazione de quella comunione di vita e di amore necessaria per il raggiungimento, in modo veramente umano, delle finalità proprie del matrimonio¹⁰⁸.

Este nuevo capítulo de nulidad, según Navarrete, «non ha importancia práctica per quanto riguarda l'applicazione del citato can. 1086,2, giaché appena è psicologicamente possibile che un soggetto, da una parte, voglia veramente tutti gli altri elementi essenziali del matrimonio e, a sua volta, escluda con un atto positivo di volontà lo «*ius ad communionem vitae*»¹⁰⁹.

En otro trabajo posterior estima el insigne profesor de la Gregoriana que

106. O. Fumagalli, 'Essenza e esistenza...', cit., 216-21.

107. U. Navarrete, 'Problemi sull'autonomia dei capi di nullità del matrimonio per difetto di consenso causato da perturbazioni della personalità', *Perturbazioni psichiche e consenso matrimoniale nel diritto canonico* (Roma 1976) 133-36.

108. Navarrete, l.a.c., 135. No se muestra muy coherente dicho autor al encargar a la ciencia y jurisprudencia canónicas el cometido de definir la «*communio vitae*», cuyo objeto nos ha dicho antes que es «un insieme indefinito e indefinibile» (l.a.c., 135 y 136), incoherencia que pone de relieve la sentencia *Ultracieten* de la Signatura Apostólica de 29-11-1975 (*Periodica* (1977) 312 ss.). En esta sentencia, se reafirma la opinión tradicional, según la cual la *vitae communio* surge necesariamente «e perpetuitate et exclusivitate iuris ad actus coniugales cum obligatione non impediendi procreationem et prolem educandi...».

La *Communio vitae* —añade— sólo pertenece a la esencia del matrimonio «*quatenus accipiatur ut ius perpetuum..., ad actus coniugales...*». La «*vitae communio*» equivale a la «*communio tori, mensae et habitationis...*». Si se separa de la cohabitación, se hace totalmente indeterminada y no se puede confiar prudentemente a la jurisprudencia la definición de la misma, pues en esa hipótesis, la «*communio vitae*» comprendería muchas cosas y podrían darse muchas causas de nulidad» (ibid., p. 310 ss.).

109. Navarrete, l.c., p. 136. Dicho autor, sin embargo, le concede una gran importancia práctica a la «*communio vitae*» en el campo de las perturbaciones de la personalidad, ya que si ese derecho-obligación a la comunidad de vida se reconoce como esencial y distinto de los demás elementos pertenecientes a la esencia del matrimonio, la incapacidad para prestar el objeto de este derecho-obligación hace incapaz al sujeto para el matrimonio, aun cuando sea capaz para consentir en el mismo (ibid., p. 136).

la locución *ius ad vitae communionem*, empleada en los primeros esquemas del referido canon, equivale al *ius ad mutuum adiutorium* en sentido bíblico (*Gen. 2, 18-23*), es decir, como *ayuda* para la integración y complementariedad interpersonal en la unidad de vida y de amor. En este sentido dicha fórmula comprendería no sólo la *communio corporum* sino la *communio animorum* de los cónyuges. Navarrete aboga porque se enumeren en dicho canon los tres clásicos bienes como objeto de la simulación, incluyendo el *ius ad vitae communionem* en el *bonum fidei*, dejando a la ciencia y a la jurisprudencia canónicas la determinación de cuáles son los elementos esenciales y cuáles no del conjunto de elementos comprendidos en el citado *bonum fidei*¹¹⁰.

13. Prueba de la simulación

Es evidente que la prueba de toda simulación matrimonial no es nada fácil, ya que, según el c. 1086,1 del CIC y el c. 1101,1 del PNC, «el consentimiento interno de la voluntad se presume conforme a las palabras o signos empleados en la celebración del matrimonio» y, por consiguiente, es preciso alegar razones que destruyan dicha presunción legal y demuestren la referida simulación.

Los autores suelen tener en cuenta los principios siguientes¹¹¹:

1. Confesión del simulante.

Tratándose de actos internos, sólo el contrayente debe saber qué es lo que pretendió en realidad al celebrar su matrimonio. De ahí que sin su confesión es casi imposible demostrar el acto positivo de su voluntad; pero la confesión *judicial* del mismo no tiene gran valor, puesto que si ahora dice lo contrario de lo que manifestó al celebrar el matrimonio, no puede inferirse de la misma si ahora o antes dijo la verdad.

En cambio, tiene mayor importancia la confesión *extrajudicial* que el simulante hizo por medio de palabras o actos, antes o inmediatamente después del matrimonio, a testigos fidedignos de dicha simulación. Esta habrá de confirmarse por las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes al matrimonio y, sobre todo, por la *causa* de la simulación.

2. Causa de la simulación.

Como nadie simula sin algún motivo o razón, máxime tratándose de un asunto de tanta importancia, como es el matrimonio, es preciso que se de-

110. U. Navarrete, 'De iure ad vitae communionem. Observationes ad novum schema canonis 1086, 2', *Periodica* (1977) 249-70.

111. Cf. L. Del Amo, 'La prueba de la simulación en las causas matrimoniales', *REDC* (1963) 387-437; I. Prieto, 'Nulidad por exclusión total del matrimonio o del «bonum prolis»', cit., 250-59; A. E. Marañuca, 'Nulidad por exclusión de la unidad o de la indisolubilidad', cit., 322-29.

muestre la *causa*, proporcionalmente grave, de tal simulación, la cual no siempre coincide con la causa o motivo de contraer matrimonio, sino que lo más frecuente es que discrepe de ella.

Entre estas posibles causas o motivos de simular suelen mencionarse, la cierta y constante aversión al matrimonio o a la persona con quien se celebra, el miedo, el deseo de satisfacer la libido, la codicia del dinero, la legitimación de la prole extramatrimonial, etc.

3. *Criterios y presunciones doctrinales o jurisprudenciales.*

a) *Concernientes al bien de la prole*¹¹².

1.ª Si se demuestra que la exclusión se realizó mediante pacto o condición entre ambos contrayentes, se presume que se excluyó el derecho a la prole y no su ejercicio en el momento constitutivo del matrimonio, según la opinión tradicional (Para la opinión moderna sólo es posible tal distinción en el matrimonio *in facto esse*).

2.ª Probada la exclusión perpetua de la prole, se presume que se ha excluido el propio derecho desde el momento inicial del matrimonio.

3.ª Por el contrario, la exclusión temporal de los actos conyugales o del número de hijos, es indicio de que no se ha excluido o restringido el derecho, sino sólo el ejercicio del derecho, salvo prueba en contrario (Según los partidarios de la opinión tradicional, tal restricción pudo tener lugar en el momento inicial del matrimonio, mientras que para los seguidores de la opinión moderna únicamente es posible hacerla durante el matrimonio ya constituido¹¹³).

b) *Concernientes al bien de la fidelidad*¹¹⁴.

1.ª El pacto o condición, mediante los cuales un contrayente reconoce al otro el derecho a compartir su cuerpo con otras personas demuestra claramente que se ha excluido el bien de la fidelidad. La presunción en este caso está a favor de la exclusión del derecho-obligación y no a favor del incumplimiento de la obligación.

2.ª Ni el ánimo de no cumplir la obligación de la fidelidad, junto con la intención de conservar a la querida es prueba suficiente de la exclusión de la fidelidad según la opinión tradicional, pues tal propósito no demuestra que el contrayente intentó privar a la esposa de su derecho¹¹⁵. Son frecuentes las decisiones rotales que consideran válidos los matrimonios de aquellos que, pretendiendo contraer un verdadero matrimonio, alimentaron al propio tiem-

112. Cf. C. Holböck, *Tractatus de iurisprudencia S. R. Rotae* (Gratiae 1957) 157-58.

113. Para los que sostienen que no es preciso entregar todo el derecho, sino que basta con entregar algún derecho, la restricción temporal de éste no afecta a la validez del matrimonio, según hemos visto.

114. C. Holböck, o.c., 159-60.

115. *Ibid.*, 160.

po la intención de abusar del derecho-obligación a la fidelidad, conservando sus relaciones sexuales con el amante o la querida, iniciadas antes del matrimonio ¹¹⁶.

La presunción en este caso, según los partidarios de dicha opinión, no milita en favor de la exclusión del derecho-obligación, sino de la intención de no cumplir la obligación aceptada ¹¹⁷.

Para los seguidores de la opinión moderna, en cambio, es certísimo que contrae inválidamente el varón que al prestar su consentimiento matrimonial abraza su intención de no desprenderse de la concubina o querida, con la que se propone seguir manteniendo comercio sexual después del matrimonio, al igual que la mujer que al celebrarlo tiene la intención actual o virtualmente perseverante de entregar su cuerpo a otros varones, pues en tal hipótesis ni el uno ni la otra asumen la obligación de la fidelidad ni entregan a la com- parte el *ius exclusivum in corpus* ¹¹⁸.

c) *Concernientes al bien del sacramento.*

Cuando se trata de acatólicos, a quienes les está permitido el divorcio vincular por su credo religioso y por su ordenamiento civil, no es de presumir que excluyan al casarse la indisolubilidad por un acto positivo de la voluntad, ya que tienen a su disposición el divorcio siempre que lo deseen.

En cambio, es más verosímil que los malos católicos, sabedores de que su religión les prohíbe la disolución vincular de su matrimonio, tengan al casarse la intención de acudir al divorcio civil en la hipótesis de que naufrague su unión conyugal.

Entre esta clase de católicos, es frecuente que uno de ellos o ambos, hagan antes de la boda una declaración, mediante carta o documento, en contra de la indisolubilidad del matrimonio, manifestando su intención de acudir al divorcio si fracasa su convivencia marital (carta o documento que a veces entregan en un sobre cerrado al notario para que éste lo guarde en su archi-

116. Cf., p.e., sent. c. Quattrococo de 20-5-1930, vol. 20, pp. 283-84, nn. 5-6; c. Wynen de 12-5-1932, vol. 24, pp. 159-60, nn. 2-5; c. Massimi de 26-6-1933, vol. 25, p. 400, n. 4; c. Parrilo de 3-8-1933, vol. 25, pp. 519-520, n. 2; c. Guglielmi de 28-6-1934, vol. 26, pp. 458-59, n. 2, c. Massimi de 27-1-1932, vol. 24, p. 36, n. 2; sent. de 29-5-1935, vol. 27, p. 358, n. 3; c. Jullien de 13-11-1937, vol. 29, p. 664, n. 4; c. Wynen de 29-4-1939, vol. 31, pp. 253-55, n. 3; c. Wynen de 31-7-1944, vol. 36, pp. 569-70, n. 3; c. Palazini de 28-10-1970, vol. 62, p. 286, n. e; c. Ewers de 8-6-1963, vol. 55, p. 460, n. 4; c. Pinto de 19-3-1978, en *Eph.I.C.* (1979) 249, n. 2; c. Parisella de 7-5-1979, en *Mon. Eccles.* (1979) 285-93, n. 5.

117. *Ibid.* Sin embargo en la jurisprudencia más reciente ese comercio sexual anterior y posterior al matrimonio ya se va reconociendo como *indicio vehemente* y muchas veces como *signo cierto* de no haberse asumido la obligación de la fidelidad. Así, p.e., en la sent. c. Pompedita de 16-2-1972, vol. 64, p. 101, n. 2.

118. Sent. c. De Jorio de 30-10-1963, vol. 55, pp. 718-20, nn. 4-7; sent. de 26-2-1969, vol. 61, pp. 204-205, n. 4; sent. de 27-10-1971, vol. 61, p. 802, n. 14; sent. de 13-7-1968, vol. 60, pp. 554-56, nn. 7-10; c. Lefebvre de 15-11-1969, vol. 61, pp. 1004-1005; c. Anné de 19-10-1969, vol. 61, pp. 1173-1175; c. Bejan de 23-4-1968, vol. 61, pp. 394-97.

vo), con el fin de tener a mano una prueba preconstituida que demuestre la nulidad de su matrimonio en la hipótesis de que éste resulte infeliz.

Tal escrito, hecho en tiempo no sospechoso es una confesión extrajudicial, que hace plena fe si es confirmada por la *causa* o motivo de la simulación, proporcionalmente grave (arreligiosidad del simulante, mentalidad divorcista, disidios antenupciales, etc.), por testigos fidedignos y por las circunstancias antecedentes, concomitantes y consiguientes al matrimonio, pero carece de valor probatorio por sí sola.

Con harta frecuencia, dicha prueba preconstituida se hace por el contrayente por consejo del perito, con el único fin de buscar un medio seguro para liberarse del matrimonio en la hipótesis de naufragio del mismo, sin ánimo de simular y sin que exista motivo alguno para dicha simulación. En el caso de que el referido escrito sea guardado por el notario, éste puede certificar del hecho de la entrega, pero no de la verdad de la declaración contenida en el referido escrito.

Aparte del *favor iuris*, de que goza el matrimonio, la presunción en pro de la verdad del acto público de la celebración del matrimonio es más fuerte que la que está en favor de la verdad del documento preconstituido, pues, como ya decía Sánchez, la declaración contractual debe ser preferida a la extracontractual¹¹⁹. Si la celebración solemne del matrimonio, inscrita en documento público, puede ser simulada, con mayor razón pueden serlo también los escritos contra la indisolubilidad amañados por el contrayente antes de la boda¹²⁰.

14. Necesidad de una reforma en la normativa sobre la simulación canónica

Lamentamos que el PNC haya reproducido en esta materia la regulación del *Codex*, sin cambio alguno sustancial, según hemos visto, a pesar de que ya se venían elevando voces de la doctrina y de la jurisprudencia abogando por su reforma¹²¹.

Ultimamente, Mons. B. Filipiak, Decano que fue de la S. Rota Romana, ha tachado de *anticuada*, en el año 1975, la disciplina del CIC por no acomodarse al profundo cambio de las condiciones espirituales del mundo católico desde la promulgación de dicho Código¹²². Mientras que entonces era reco-

119. Sánchez, o.c., lib. 2, disp. 45, n. 17 ss.

120. En este sentido la jurisprudencia moderna. Así, p.e., sent. c. Pinto de 23-10-1972, en *Mon. Eccles.* (1977) 31-32, n. 3; c. De Jorio de 29-4-1964, vol. 56, p. 317, n. 14; c. Road de 27-3-1980, en *Mon. Eccles.* 106 (1981) 191-92.

121. Cf., p.e., Cappello, o.c., nn. 303 y 604; el mismo, 'Per la difesa della verità e della dottrina cattolica', *Il diritto eccles.* (1945) 286 ss.; P. Santini, *L'esclusione del "bonum sacramenti" nelle più recenti causae di nullità matrimoniale*, cit., p. 203. En contra P. Fedele, 'Per la difesa dell'attuale legislazione ecclesiastica in materia matrimoniale', *Il diritto eccles.* (1945) 000; Roberti, 'De validiori vinculi defensione comparanda', *Apollinaris* (1940) 51 ss.

122. B. Filipiak, 'Il problema della simulazione nel diritto matrimoniale canonico', *Eph.I.C.* (1975) 214-17; P. Santini, 'L'esclusione...', cit., 203.

nocida por el común de los fieles la santidad del matrimonio y el temor de Dios garantizaba la credibilidad de las partes y de los testigos, quienes difícilmente se atrevían a violar el juramento; en la actualidad está desacralizada la institución matrimonial, incluso en el campo de la propia Iglesia católica y el temor de Dios brilla por su ausencia en muchos fieles, quienes ni siquiera sienten el menor remordimiento por jurar en falso ante el juez eclesiástico. De ahí que la normativa canónica, creada para garantizar la interioridad del matrimonio, que antes no ofrecía graves inconvenientes, sea hoy aprovechada para difundir sin escrúpulos *la peste del divorcio*.

Filipiak estima que la Iglesia «può derogare al dogma della volontà» y que de la misma manera que ha podido hacer irrelevante un error «senza dubbio essenziale», sobre las propiedades esenciales del matrimonio y sobre la dignidad sacramental (c. 1084), podría también «rendere giuridicamente irrilevante la simulazione parziale»¹²³.

A juicio de dicho autor, la reforma debe consistir en dejar a salvo la simulación total, que es excepcional, y eliminar todas las simulaciones parciales, que son más frecuentes y constituyen una fuente de escándalo entre los fieles.

Estamos de acuerdo con el insigne rotal en la urgencia de la reforma, pero no en el procedimiento que propone. La Iglesia jamás podrá suplir el consentimiento de los contrayentes haciendo que sean válidos los matrimonios que han sido nulos a causa de la exclusión de un elemento esencial de los mismos por parte de los contrayentes.

Lo que sí puede hacer la Iglesia, en contra de lo que opina dicho rotal, es resolver este problema jurídico sustancial acerca de la simulación, mediante una norma procesal, es decir, negándose a admitir la acusación del matrimonio por el capítulo de la simulación (total o parcial), bien después de la consumación del mismo con afecto marital, bien tras un breve período de convivencia entre los cónyuges, que estimamos no debiera ser superior a uno o dos años¹²⁴.

Con esta medida procesal es evidente que no se harían válidos los matrimonios nulos por simulación tras caducar dicho plazo, pero se evitaría que muchos matrimonios válidos se declarasen nulos por ese capítulo, mediante pruebas amañadas y juramentos falsos de las partes y de los testigos, incluso después de largos años de convivencia pacífica entre los cónyuges y tras haber tenido varios hijos, con el consiguiente escándalo de los fieles.

ANTONIO MOSTAZA RODRÍGUEZ

Catedrático de la Universidad Complutense

123. B. Filipiak, l.c., 216 y 217.

124. Ibid.