

LA EXCLUSIÓN DEL BIEN DE LOS CÓNYUGES

RESUMEN

Aún cuando la expresión fue muy bien recibida en el proconcilio, aún no se han desarrollado suficientemente ni el concepto ni los contenidos jurídicos del denominado: «bien de los cónyuges». Por ello, la jurisprudencia en este tema es escasa. Al parecer el desarrollo jurídico del mismo, y con ello el posible capítulo de exclusión, pudiera contemplarse desde una triple vertiente: el bien integral de los cónyuges, la mentalidad divorcista y el tema del bien sacramental. El autor desarrolla estos tres apartados, reseñando las aportaciones más importantes de diversos autores, suscitando preguntas y abriendo pistas jurídicas para el futuro.

Palabras clave: Matrimonio, exclusión, bien de los cónyuges, mentalidad divorcista. Bien sacramental. Vínculo matrimonial.

ABSTRACT

Although the expression «good of the spouses» was very well received in the post-conciliar period, this has not been sufficiently developed, neither the concept nor the legal content. Therefore, the jurisprudence on this issue is scarce. Apparently the legal development of the concept itself, and thus the possible exclusion chapter, could be seen from the triple perspective: the integral good of the spouses, the divorce mentality and the issue of sacramental well. The author develops these three sections, outlining the most important contributions of various authors, raising legal questions and opening track for the future.

Keyword: Marriage, exclusion of the good of spouses, divorce mentality. Good sacramental. Link matrimonial.

1. PARA COMENZAR, UNA JUSTIFICACIÓN NECESARIA

Asignado el tema, pregunté al Sr. Decano de Derecho, Dr. José San José Prisco, sobre el objetivo preciso y conciso de la presenta ponencia para poder centrarme en él y así poder dar razón de la sustancia y centralidad del argumento. La respuesta fue la siguiente: «*Lo que corresponde al tema es presentar el contenido de la expresión «bonum coniugum», ya que aún no se han desarrollado adecuadamente ni su concepto ni sus contenidos jurídicos, por lo que apenas se ha planteado en los tribunales eclesiásticos la nulidad por exclusión o simulación; esta aproximación sería lo más interesante de desarrollar, D. Federico Aznar tuvo una ponencia sobre el tema en un congreso, en Comillas, en el año 2011, con motivo del homenaje al padre Navarrete... Allí cita las escasas referencias de la Rota romana que han tratado el caso y que pueden ser la base de la parte práctica, viendo cómo entienden el concepto y su valoración canónica».*

Aclarado el objetivo, y como hijo de obediencia, en primer lugar, me introduje en la atenta lectura de la ponencia del profesor Federico R. Aznar antes aludida.

2. RELEYENDO LA PONENCIA DE FEDERICO R. AZNAR GIL¹

En su ponencia, y posterior publicación, D. Federico Aznar recordó las palabras de M.F. Pompedda, Decano del Tribunal de la Rota, quien en 1988, señaló que «el *bonum coniugum*» era una de las principales cuestiones hermenéuticas que todavía pedían un examen más profundo, a la luz de una sana antropología². El propio Benedicto XVI, en su alocución al Tribunal de La Rota, del 22 de enero de 2011, afirmaba que «*en el ámbito de las nulidades por la exclusión de los bienes esenciales al matrimonio (c. 1101, 2) es preciso realizar un esfuerzo serio para que los pronunciamientos judiciales reflejen la verdad sobre el matrimonio; esa verdad que debe iluminar el momento de la admisión a las nupcias. Pienso, afirmó el Papa, de forma especial en la cuestión de la exclusión del bonum coniugum. Si bien, matizó el Santo Padre, es necesario resistir a la tentación de transformar las simples faltas de los*

1 Cf. F. R. AZNAR GIL, *La exclusión del Bonum Coniugum: análisis de la jurisprudencia rotal: «Estudios Eclesiásticos»* 86 (2011) 829-849. Del mismo autor: ID., *Derecho matrimonial canónico: cánones 1055-1094*, Vol I, Universidad Pontificia, Salamanca 2007, 2ª edición; ID., *Derecho matrimonial canónico: cánones 1057; 1095-1107*, Vol II, Universidad Pontificia, Salamanca 2002. Curiosamente, en esta última obra, al hablar de la exclusión se detiene en la doctrina agustiana: «exclusión de la prole (*bonum prolis*), de la unidad y fidelidad (*bonum fidei*) y de la indisolubilidad (*bonum sacramenti*). Añadiendo la exclusión de la dignidad sacramental (pp. 202-232).

2 *L'Ossevatore Romano* (19-1-1998) 2.

*esposos en su existencia conyugal en defectos de consentimiento. La verdadera exclusión sólo puede verificarse, de hecho, cuando es atacada la ordenación al bien de los cónyuges (C. 1055, 1), excluida con un acto positivo de voluntad. Sin duda son absolutamente excepcionales los casos en los que llega a faltar el reconocimiento del otro como cónyuge, o bien en los que viene excluida la ordenación esencial de la comunidad de vida conyugal al bien del otro. La precisión de estas hipótesis de exclusión del bonum coniugum deberá ser atentamente valorada por la jurisprudencia de la Rota Romana*³.

Desde esta doble motivación, el profesor Aznar, hizo un análisis de la doctrina y jurisprudencia rotal al respecto.

Subrayó que la introducción, en el Código de Derecho Canónico (CIC 1983), del «bien de los cónyuges» como uno de los fines a los que el matrimonio se ordena por su misma índole natural, representa una de las novedades de mayor relieve en la actual regulación canónica del matrimonio. Sin embargo, este término, bien aceptado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina canónica, ha suscitado problemas de difícil solución y es escasa la jurisprudencia rotal⁴; ya que, si bien hay unanimidad en considerar que el *bonum coniugum* pertenece a la naturaleza misma del matrimonio, la dificultad principal radica en individualizar sus perfiles propiamente jurídicos y su esencia (E. Di Martino). Tal vez se deba al temor a dar entrada en el campo del derecho al elemento del «amor conyugal» o quizá por la misma amplitud de la expresión *bonum coniugum*, que hace temer una exagerada utilización del referido capítulo de nulidad (E. Montagna)⁵.

No es de extrañar, por ello, que incluso en la redacción del nuevo CIC en lo referente al matrimonio, en un esquema presentado en 1975, se limitara a reproducir la jerarquía de fines matrimoniales del CIC del año 1917, sin hablar de la doctrina conciliar del *bonum coniugum*⁶. Al final, la Comisión redactora lo incluyó subrayando que la ordenación del matrimonio al bien de los cónyuges es un verdadero elemento esencial del pacto matrimonial y no sólo un fin subjetivo de quien se casa. Por otra parte, en el esquema no se deseaba establecer ninguna jerarquía de fines, como ya se deduce de *Gaudium et Spes*, donde se propone el bien de la prole, y otros bienes y fines, sin denominarlos propiamente «primarios o secundarios»⁷.

Aznar recuerda cómo la doctrina y jurisprudencia canónicas han ido dando diferentes interpretaciones al *bonum coniugum*: así, desde considerarlo como un «cuarto bien» en relación a los *tria bona* agustinianos, hasta

3 Ibid., 829.

4 Ibid., 830.

5 Ibid., 831.

6 Ibid., 832.

7 Cf. «*Communicationes*» 915 (1983) 221.

equipararlo al «*consortium totius vitae*» o a la «*communio vitae*» en sus elementos esenciales. Incluso, hasta considerarlo como una «integración total» entre los esposos, como aparecen en coram Boccafola (17 febrero 2000) o coram Pinto (30 mayo 1986)⁸.

Insiste el profesor Aznar en la dificultad de individualizar los contenidos jurídicos salvo que se identifique *bonum coniugum* con *consortium totius vitae*⁹. Por ello, Aznar se detiene en la jurisprudencia rotal.

Según coram Pinto (25 de junio de 1999), «*implicaría la capacidad psíquica intrapersonal de instaurar una relación interpersonal al menos tolerable*». Según coram Sciacca (6 de diciembre de 2002), «*sería como la suma de todos los bienes que surgen de las relaciones interpersonales de los cónyuges*». Según coram Burke (26 de marzo de 1998), «*serían todos los elementos que constituyen la vida común íntima y firme de ambos cónyuges... La íntima comunión de vida y de amor conyugal... El vínculo interpersonal íntimo*». Según coram Faltin (20 enero 1999), «*el bien de los cónyuges implica la integración psicosexual que se debe realizar entre los cónyuges, la comunión de vida personal entre los esposos que se debe instaurar y relacionar, la instauración de la relación interpersonal en un sentido sponsal, es decir, la mutua, total y exclusiva donación de sí mismo y la aceptación de la comparte en la condición dual y de paritaria dignidad y honor*». Según coram Monier (5 de febrero 1999), «*implicaría la capacidad de establecer con el futuro cónyuge una relación interpersonal al menos tolerable*».

Como resumen de todo lo expuesto, según coram Pinto (22 de marzo de 2002), «*se podía identificar el bien de los cónyuges con la habilidad o capacidad para construir el consorcio de vida que se construye sobre la relación interpersonal, al menos mínima, con la comparte*»; señalando, además, que «*este cuarto bien, a veces en la jurisprudencia se indica con las palabras «ius ad communionem vite»*, describiéndose también en la jurisprudencia con otros términos tales como «la ayuda mutua, el remedio de la concupiscencia, la relación heterosexual, la mutua integración psicosexual, la relación oblativa, la donación de la persona como sexuada que busca el complemento de la comparte, la libre y común elección de vida en la prosperidad y en la adversidad, en la enfermedad y en la salud, y así sucesivamente».

La conclusión del profesor Aznar es la siguiente: aunque se reconozca que no puedan enumerarse satisfactoriamente ni el contenido jurídico del *bonum coniugum* ni todos los elementos esenciales jurídicamente inherentes al bien

⁸ Ibid., 833.

⁹ Sobre esta problemática se remite a: J.M. SERRANO RUIZ, *Il bonum coniugum e la dottrina tradizionale dei bona matrimonium*, en *Diritto Matrimoniale Canonico*, Vol II, Città del Vaticano 2003, 272-274.

de los cónyuges, se establece, sin embargo, y al menos, que *«quien es incapaz de asumir las obligaciones esenciales o quien, al prestar su consentimiento matrimonial, excluye estas obligaciones y las propiedades esenciales (referentes al bien de los cónyuges) no puede prestar un válido consentimiento»*¹⁰. Así se deduce de coram Boccafolo (17 febrero 2000), cuando afirma *«que se ha consolidado la doctrina que requiere no sólo la capacidad de la asunción de los tres bienes, sino también la habilidad de instaurar y mantener el consorcio de vida ordenado al bien de los cónyuges que, por algunos se considera casi como un cuarto bien... por lo que si alguien, por trastornos psíquicos es radicalmente incapaz de poner un acto oblativo, su matrimonio debe ser considerado írrito, porque es completamente inepto para prestar a la comparte las válidas relaciones interpersonales para promover el bien moral, espiritual y social de los cónyuges... La radical incapacidad de establecer relaciones interpersonales, se opone al bien de los cónyuges ya que se hace imposible asumir y cumplir las obligaciones conyugales»*.

J. M. Serrano señala como principales causas psíquicas, y que con mayor frecuencia incidirían en la incapacidad para el bien de los cónyuges, el alcoholismo crónico, la homosexualidad, la inmadurez afectiva, la drogodependencia, el trastorno narcisista de la personalidad, la anorexia y la bulimia... También puede originar la nulidad del matrimonio cuando se excluye el bien de los cónyuges en el mismo consentimiento matrimonial, siendo ésta una cuestión compleja para la investigación jurisprudencial¹¹. En este mismo sentido, insiste el profesor Aznar, que a pesar de esta complejidad, el bien de los cónyuges, al ser un elemento esencial del matrimonio, cuando se excluye en el consentimiento matrimonial, constituye un motivo de nulidad. A título de ejemplo, sería nulo cuando falta el amor conyugal, o cuando se deniegan al otro cónyuge sus derechos derivados de su dignidad como persona, o cuando se propusiera usar al otro cónyuge o pervertirlo moral o religiosamente¹². En resumen, la falta de exclusión del bien de los cónyuges, que hace nulo el consentimiento matrimonial, puede deberse: bien a un defecto; bien a la falta de capacidad para el mismo matrimonio (c. 1095,2 y 3); o bien a un acto exclusorio de la voluntad que rechazaría asumir este derecho y obligación en el consentimiento matrimonial (c. 1101,2), siendo difícil determinar a qué se debe tal actuación¹³.

En las sentencias rotales se pide un acto positivo de la voluntad para la exclusión, evitando, como ya recordaba el Papa Benedicto XVI convertir las simples faltas de los esposos en su vida conyugal con defectos de consen-

10 Ibid., 836.

11 Ibid., 838.

12 Ibid., 838.

13 Ibid., 842.

timiento¹⁴. Por eso son muy importantes «las pruebas» de exclusión del acto simulatorio contra el bien de los cónyuges: así, las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes que hablan de buscar sólo el bien material o económico, y no la natural intimidad entre las partes; o el no querer instaurar con la comparte una relación interpersonal dual y fundada en la igual dignidad de los cónyuges¹⁵.

D. Federico Aznar, concluye matizando dos cosas: primero, con J. J. García Failde, que «*boy por boy, y previsiblemente mañana, el capítulo de la exclusión del bien de los cónyuges es mucho menos frecuente en los tribunales que el capítulo de la incapacidad para dicho bien*»¹⁶. Y, segundo, continúa siendo doctrina tradicional que, en este tema, la falta de amor conyugal no puede ser capítulo *per se* o *causa petendi* de nulidad porque no tiene ninguna fuerza jurídica en el consentimiento matrimonial, sino que puede ser causa eficiente o motivo de otros capítulos de nulidad, por ejemplo *causa simulandi* en la exclusión del mismo matrimonio o de uno de sus elementos esenciales. En este caso la exclusión del amor no es *per se* capítulo de nulidad sino que el capítulo sigue siendo la exclusión del bien de los cónyuges o la exclusión de un elemento esencial del matrimonio, como es el derecho al consorcio de vida, en el que el amor conyugal es elemento esencial. Lo mismo sucedería en el caso de incapacidad de asumir el consorcio de vida por incapacidad de amar. En este caso, el matrimonio es nulo no por defecto de amor conyugal sino por incapacidad de amar, es decir, por incapacidad psíquica de asumir las cargas conyugales, esto es, la carga de instaurar el consorcio de vida. En resumen, la «falta de amor» no se debe admitir como capítulo de nulidad del matrimonio si éste no está anexo o definido y comprendido en un legítimo capítulo de nulidad¹⁷.

Como conclusión general, y según el profesor Aznar, nos encontramos ante una situación paradójica: por un lado, el bien de los cónyuges es uno de los elementos esenciales del matrimonio, bien que se le considere específicamente como uno de los fines a los que está ordenado el matrimonio por su propia naturaleza (1055,1) o bien porque se le considere de forma general como un elemento esencial del mismo matrimonio (1101,2); habiendo sido alabada su inclusión en el texto canónico tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Pero, por otro lado, todavía no se ha desarrollado adecuadamente ni el concepto de bien de los cónyuges ni sus contenidos jurídicos y en consecuencia apenas se han planteado ante los tribunales eclesiásticos la nulidad del matrimonio por su exclusión o su simulación (c. 1101,2). Preco-

14 Ibid., 843.

15 Ibid. 846.

16 Cf. J. J. GARCIA FAILDE, *La nulidad matrimonial boy*, Barcelona 1999, 215-218.

17 Ibid., 848.

niza el Dr. Aznar que este capítulo de exclusión del bien de los cónyuges será más frecuente en los próximos años, ya que la jurisprudencia rotal sobre este capítulo será más conocida y completa porque se presentarán más casos en los tribunales eclesiásticos, lo que obligará a su clarificación y desarrollo¹⁸.

Como resumen, y tras la lectura detenida de la publicación, es de agradecer el amplio y documentado artículo del profesor Aznar así como las claves que desarrolla y las que deja abiertas para seguir caminando en este tema. Por nuestra parte, aceptamos este reto recogiendo la aportación de otros autores.

3. LOS ESCRITOS POR OTROS AUTORES SOBRE EL TEMA

3.1. ¿Cómo se entiende *el bonum coniugum*?...

No entramos a comentar expresa y detenidamente el c. 1055, donde se habla del *bonum coniugum*¹⁹. Baste recordar que Juan Ignacio Bañares²⁰, hablando del c. 1055, subraya que en el nuevo Código el «consorcio matrimonial» está ordenado, al mismo tiempo y por su misma índole natural, al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole. En este sentido, se nos habla de una «tendencia dinámica» del matrimonio. Es decir, por una parte, se está refiriendo a la esencia misma del matrimonio; y, por otra parte y simultáneamente, la está contemplando como en movimiento, en cuanto a lo que apunta por sí misma. Conviene subrayar que el bien de los cónyuges no puede identificarse sin más con el bien de dos personas cualesquiera, sino que se refiere al consorcio establecido entre un varón y una mujer. No se trata de dos piezas aisladas o superpuestas sino de una única realidad: el consorcio constituido por los dos cónyuges, que se desarrolla en dos dimensiones: una, en la relación propia de los esposos, procurando cada cual el bien del otro, y que exige la donación y la aceptación íntegra de la dimensión sexuada de cada uno de ellos, y en consecuencia la de su maternidad y paternidad potencial; y, a la vez, en la ordenación del consorcio a la generación y educación de la prole. En el matrimonio sacramental esta unidad de los fines queda especialmente subrayada, pues, según *Lumen Gentium* n. 11, los cónyuges cristianos, en virtud del sacramento del matrimonio, que significa y participa

18 Ibid., 848-849.

19 Remitimos a F. AZNAR, *Matrimonio Canónico*, en J. SAN JOSE-M. CORTES, *Manual de derecho Canónico*, Vol II, BAC, Madrid 2006, 115-121; G. GHIRLANDA, *El derecho en la Iglesia, misterio de comunión*, Ediciones Paulinas, Madrid 1992, 398-400; J.M. PIÑERO CARRION, *La ley de la Iglesia*, Atenas, Madrid 1985, 184-187; L. GEROSA, *El derecho de la Iglesia*, EDICEP, Valencia 1998, 254-264; J. T. MARTIN DE AGAR, *Introducción al Derecho Canónico*, Tecnos, Madrid 2001, 131-134; J. MARTINEZ-TORRON-S. MESEGUER-R. PALOMINO (Coord.), *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI*, Iustel, Madrid 2013.

20 J. I. BAÑARES, *Comentario al c. 1055*, en «Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico», Volumen III/2, Euns, Pamplona 2002, 1047-1048.

del misterio de unidad y amor fecundo entre Cristo y la Iglesia (*Ef 5,32*), se ayudan mutuamente a santificarse en la vida conyugal y en la procreación y educación de la prole y por eso poseen su propio estado y forma de vida dentro del Pueblo de Dios.

G. Campanini, desde el punto de vista de la moral cristiana²¹, hablando de la nueva perspectiva del matrimonio en el Concilio Vaticano II y en el magisterio posterior (Ejem. *Humanae vitae* y *Familiaris Consortio*), dirá que al igual que no se pueden separar *bien de los cónyuges y procreación*, tampoco, en el acto conyugal, se pueden separar el significado unitivo y el significado procreativo, haciendo visible a los hombres la santidad y la suavidad de la ley que une el amor mutuo de los esposos con su cooperación al amor de Dios, autor de la vida humana. El matrimonio puede ser llamado «el sacramento más antiguo» ya que, en su origen, desarrolla una función de significado alcanzado plenamente en relación a Cristo y a la Iglesia²².

Son muy interesantes las aportaciones de Daniel Cenalmor y Jorge Miras²³, quienes, al hablar de los fines del matrimonio, subrayan que dichos fines son a los que está ordenada por su propia naturaleza la unión marital entre varón y mujer; no por la voluntad de los contrayentes o por la ley. Evidentemente no habría plena entrega y aceptación mutuas si se excluye al otro como consorte o si se rechaza su potencial paternidad y maternidad. En resumen, como ha declarado Juan Pablo II, «*la dimensión natural esencial del matrimonio implica, por exigencia intrínseca, la fidelidad, la indisolubilidad, la paternidad y maternidad potenciales, como bienes que integran una relación de justicia*»²⁴. En relación a los fines del matrimonio, se subraya la unidad del *bonum coniugum* y *la generatio*. Se falsearía la doctrina de CIC si se concibieran dichos fines como paralelos, alternativos o equivalentes; porque el fin último o mediato al que se ordena el matrimonio por su naturaleza es la generación y educación de los hijos; se persigue de modo plenamente personal sólo con la ayuda del fin inmediato (bien de los cónyuges); y éste no se obtiene auténticamente al margen de su ordenación objetiva al fin mediato o último. Los dos bienes, se subraya, (el de los esposos y el de la prole) son inseparables. Ni son alternativos ni el Concilio los ha invertido en su importancia ni prevalece la preeminencia de uno (el bien de los cónyuges) sobre el otro, ni pueden excluirse el uno o el otro (ejem. cuando se ve la procreación como un obstáculo). El Papa Juan Pablo II repitió que, tanto el bien de los

21 Cf. Voz «Matrimonio» en «Nuevo Diccionario de Teología Moral», Ediciones Paulinas, Madrid 1992, 1114-1116.

22 Cf. JUAN PABLO II, *Hombre y mujer los creó. Catequesis sobre el amor humano*, PPC, Madrid 1982.

23 D. CENALMOR-J. MIRAS, *El Derecho de la Iglesia. Curso Básico de Derecho Canónico*, EUNSA, Pamplona 2004, 446-449.

24 Cf. Discurso a la Rota Roma, 2001, n. 7; *Familiaris Consortio*, n. 14.

esposos como la generación, están intrínsecamente presentes en la masculinidad y en la feminidad; y que se entienden mejor ambos fines, intrínsecamente unidos, cuando no se separa el matrimonio de la familia, en cuanto la masculinidad y la feminidad de las personas casadas están constitutivamente abiertas al don de los hijos²⁵.

Una última anotación relevante de estos autores para nuestro tema: los fines del matrimonio están siempre presentes en el matrimonio verdadero (en el vínculo mismo) con independencia de que la vida matrimonial se llegue a alcanzar en mayor o menor medida. Para contraer matrimonio válidamente, por tanto, no se requiere la «obtención efectiva» de los fines, sino que los contrayentes no excluyan positivamente, con su voluntad, ninguno de ellos al prestar el consentimiento; es decir, que quieran contraer verdadero matrimonio respetando su intrínseca ordenación natural. Es importante subrayar lo anterior ya que algunos autores han escrito, basándose en una orientación «personalista» de la doctrina conciliar, que si fracasara la vida matrimonial y no se consiguiera en la práctica el bien de los cónyuges (la comunidad de vida y amor), el matrimonio sería nulo porque no habría cumplido su fin²⁶. De nuevo el Papa Juan Pablo salió al paso afirmando que «*contrastaría con una verdadera dimensión personalista la concepción de la unión conyugal que llevara a la negación de la existencia del matrimonio cada vez que surgieran problemas de convivencia*»²⁷.

3.2. La exclusión del *bonum coniugum*

En relación a este tema, más en concreto en cuanto a la nulidad matrimonial por el capítulo relacionado con el *bonum coniugum*, María del Mar Martín²⁸ aporta una novedad sugerente: dicho capítulo sería normalmente de naturaleza simulatoria, aunque forzando el c. 1096,1, cabe la posibilidad de alegar ignorancia.

Dos observaciones de la autora: por un lado, en el caso de exclusión por este capítulo, el matrimonio sería radicalmente nulo porque es el mismo matrimonio el que queda excluido en cuanto simulación total. Por otro lado, y debido a la dificultad de concreción práctica del contenido del *bien de los cónyuges*, parece poco acertado hacer uso de dicho capítulo como autónomo para la nulidad.

25 Cf. Discurso a la Rota Romana (año 2001) n. 5.

26 Cf. D. CENALMOR-J.MIRAS, o. c., 449.

27 Cf. Discurso a la Rota Romana (año 1997), n. 1.

28 Cf. Voz «Bien de los Cónyuges» en «Diccionario General de Derecho Canónico», Volumen I, Universidad de Navarra, Pamplona 2012, 689.

La misma autora, María del Mar Martín, ya había publicado sobre nuestro en el año 1997²⁹. Después de exponer brevemente cómo surge el término *bonum coniugum*, desde la doctrina del Vaticano II, hacía notar que tan sólo un canon contiene dicho término (1055,1): precisamente el canon que da razón de todo el sistema jurídico matrimonial. Pero dicha expresión no se volverá a repetir en las normas reguladoras de las causas de nulidad³⁰. Tampoco aparece el término en los tradicionales *tria bona* de San Agustín. ¿Significa esto que el Vaticano II ha creado una nueva categoría y, que por lo mismo, estaríamos ante una verdadera innovación jurídico-doctrinal³¹.

Incluso más: si se tratara de incluir un nuevo concepto, daría paso a un capítulo autónomo de nulidad³²; a no ser que tal novedad no alcanzaría la virtualidad de constituir un nuevo concepto que afectara sustancialmente al ordenamiento jurídico en el tema de la nulidad. La autora, al hacer un estudio más profundo, recuerda cómo los fines que justifican la institución matrimonial son el de la procreación y el del bien de los cónyuges; dichos fines participan de dos propiedades o características que esencialmente adornan el matrimonio: la unidad y la indisolubilidad; que a su vez se corresponden con la propia naturaleza del vínculo matrimonial. Siguiendo la doctrina de Pedro Lombardo, llega a la conclusión, para entender el sentido del *bonum coniugum*, que esta expresión se haya dentro de la definición de matrimonio como *una caro*, en una esfera más íntima que el *bonum prolis*; de aquí que quepa un matrimonio sin hijos mientras que no cabe un matrimonio sin la presencia del *bonum coniugum*³³, y no simplemente su ordenación a él. Dicho de otra manera, puntualizará la autora, «en el orden existencial, la ordenación del matrimonio al *bonum coniugum* es anterior a la ordenación del matrimonio al *bonum prolis*, aunque ambos «bona» sean ordenaciones de la esencia del matrimonio»³⁴.

Posteriormente, desarrollará el tema de si el amor está dentro de la esencia del matrimonio y qué relación tiene este amor con el *bonum coniugum*. Concluye que, si bien es innegable la relación entre amor-matrimonio y amor-*bonum coniugum*, el amor no es un concepto jurídico y, por ello, no se incluye ni en la definición de matrimonio ni en la delimitación de su esencia³⁵. Por lo mismo, no se identifica necesariamente el amor conyugal con

29 MARÍA DEL MAR MARTIN, *A propósito del «bonum coniugum»: «Ius Canonicum»* XXXVII/37 (1997) 271-292.

30 *Ibid.*, 275.

31 *Ibid.*, 276.

32 *Ibid.*, 277.

33 *Ibid.*, 283.

34 *Ibid.*, 283. Se basa en J. HERVADA, *Diálogos sobre el amor y el matrimonio*, Pamplona 1975, 27.

35 *Ibid.*, 284.

bonum coniugum, porque en ese caso, si se acaba el amor se acabaría el matrimonio e, incluso, si el amor no estaba presente en el momento del pacto matrimonial, ese pacto no surgiría y el matrimonio sería nulo. Entonces nace la pregunta: ¿Caben los matrimonios validos sin amor?— La respuesta es que cabe un matrimonio en el que falte el sentimiento del amor, pero no cabe si no hay voluntad de darse y de recibirse mutua, exclusiva e irrevocablemente como marido y mujer; esta donación ya incorpora en sí el amor conyugal, que no es un amor gratuito sino debido, ya que el vínculo conyugal supone una relación de justicia (de igualdad y de débito). Y siguiendo a Burke afirmará que el *bonum coniugum* no consiste en el amor sino en aquella maduración de las personas que mana de la fidelidad al compromiso matrimonial³⁶. El amor como sentimiento no tiene presencia en la esencia del matrimonio y es irrelevante a efectos jurídicos. Y, aunque no se les niegue conexión, no son asimilables *bonum coniugum* y *amor conyugal*³⁷.

Finalmente, María del Mar Martín abordará de nuevo el tema, propiamente dicho, del *bonum coniugum* y la nulidad. Habida cuenta, a su parecer, de los tres grandes bloques de causas que pueden provocar un efecto irritante en la celebración del matrimonio (a saber, existencia de impedimento, anomalía en el consentimiento y defecto de forma jurídica sustancial) el *bonum coniugum* entraría en las anomalías del consentimiento. Dentro de las cuales existen dos grandes bloques: las capacidades consensuales y los vicios y defectos de consentimiento. Este segundo bloque, defecto de consentimiento supone ausencia total del mismo; mientras que en el vicio, el consentimiento se da pero es o falso o insuficiente. Aplicado al *bonum coniugum*, y a la luz del c. 1101,2, y más en concreto relacionado con los capítulos de nulidad del dolo y del error, si por ejemplo se diera el caso de un matrimonio contraído con el fin subjetivo (*finis operantis*) de hacer sufrir al otro cónyuge pero sin excluir los tres *bona agustinianos*, ¿se contraería válidamente?... Responde: «entendido el *bonum coniugum* como «una caro», contraer el matrimonio con el fin de hacer sufrir al otro supondría excluir el matrimonio mismo³⁸. Surgen dos problemas añadidos: por un lado, en el CIC se exige la presencia de un acto positivo de voluntad; en segundo lugar se sabe la inoperancia de los *finis operantis* en orden al nacimiento del vínculo jurídico conyugal. La primera objeción se resolvería considerando que el acto positivo de exclusión, aunque subjetivo, es contrario y no meramente diferente a la propia configuración jurídica de la institución matrimonial. Con ello se resolvería la segunda dificultad, ya que el *finis operantis* excluye el *finis operis* en este caso. Habría que

36 C. BURKE, *El bonum proles y el bonum coniugum, ¿fines o propiedades del matrimonio?». «Ius Canonicum» XXIX/58 (1989) 715-716.*

37 *Ibid.*, 287.

38 *Ibid.*, 289.

probarlo, ciertamente³⁹, pero se aprecia que la exclusión quedaría determinada como una simulación total y como defecto de consentimiento. También es verdad, según la autora, que, en el ejemplo puesto, se puede recurrir al c. 1098 (*dolo omisivo*) para demostrar la nulidad. En cualquier caso, la autora insiste en que se darían dos bloques de causas de nulidad en relación con el *bonum coniugum*: por un lado, el relativo a los efectos y vicios del consentimiento (ejemplo anterior) y, por otro lado, el de las incapacidades consensuales, reguladas por el c. 1095.

En relación a este último, el del *bonum coniugum* y la *incapacidad consensual*, hay que señalar dos cosas: por un lado, y obviamente, el incapaz para discernir acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio, o el incapaz para asumirlos, no va a llevar un comportamiento —o no va a estar en condiciones de comprometerse— en consonancia con las exigencias del *bonum coniugum*, pero la nulidad no radicaría directamente en las exigencias del *bonum coniugum* sino en la propia incapacidad consensual de la persona. En segundo lugar, cabe siempre la tentación de asimilar dificultades para la convivencia —con lo que conllevaría de entorpecimiento para el *bonum coniugum*— con incapacidades consensuales a las que se refiere el c. 1098. Pero hay que observar que la causa de nulidad es por incapacidad —que supone necesariamente una anomalía, transitoria o permanente, en la inteligencia o en la voluntad de la persona— para consentir válidamente en el matrimonio: y que una dificultad para la convivencia posterior al momento del matrimonio *in fieri* puede tener una indudable fuerza probatoria de la incapacidad consensual existente en ese momento, pero nada más que eso⁴⁰.

Finaliza la autora concluyendo que el *bonum coniugum*, a la luz del c. 1055,1, no parece suponer un nuevo capítulo de nulidad en sentido estricto, pero no significa esto necesariamente que los tribunales no puedan en ningún caso declarar la nulidad de un matrimonio con base en el *bonum coniugum*⁴¹.

El maestro cardenal Urbano Navarrete ha abordado este tema preguntándose por los fines del matrimonio y si hay jerarquía de los mismos en la doctrina conciliar⁴².

El Cardenal recuerda cómo, la Constitución *Gaudium et Spes* (n. 48), al describir el matrimonio, elige como palabras centrales *communitas vitae et amoris coniugalís*. En relación a la primera expresión (*communio vitae*), hay que preguntarnos si, además de los elementos esenciales del *consortium* matrimonial expuestos en la doctrina tradicional precedente, ahora se

39 Ibid., 289.

40 Ibid., 292.

41 Ibid., 292.

42 Cf. U. NAVARRETE, *El matrimonio canónico a la luz del Concilio Vaticano II: cuestiones fundamentales y desarrollos doctrinales*: «Ius Communionis» I/1 (2013) 33-63.

propone uno nuevo. En este sentido, se intentó, en la redacción del Código, incluir en el c. 1101,2, el inciso «*ius ad communionem vitae*», cuya exclusión haría nulo el matrimonio. La jurisprudencia posterior ha ido concediendo relevancia jurídica a este tema, aun cuando queda un camino largo por recorrer⁴³.

En relación a la expresión *amor coniugalis*, la literatura posconciliar se dividió en dos: quienes creían que tenía relevancia jurídica y quienes opinaban lo contrario. En 1976, el Papa Pablo VI abordó el tema saliendo al paso de los excesos a los que puede dar el reconocimiento del *defectus amoris* en el terreno jurídico⁴⁴. La literatura actual ya es mucho menor.

U. Navarrete aborda también el tema del *bonum coniugum*⁴⁵. Subrayó cómo, en la redacción final del canon, el relator justificó el *schema* diciendo que el texto intentaba expresar tanto el fin de la relación personal entre los cónyuges como el fin de la ordenación del matrimonio a la prole⁴⁶. Se eligió el término *bonum coniugum en el sentido «más general y comprensivo del sustantivo bien»*, como se usa en *Gaudium et Spes*, siguiendo la Encíclica *Casti Connubii*. Sin embargo este término, aparentemente tan sencillo en su formulación, ha suscitado al menos dos series de problemas: uno, relativo a la jerarquía de fines en el matrimonio; otro, referente a la trasposición del término «desde los fines al de los elementos esenciales del matrimonio». En relación a lo primero, el hecho puramente literario de que se colocara antes el *bonum coniugum* que la rodenación a la prole, dio pie a que se viera en ello una inversión de jerarquías de fines en relación a 1917. Pero tal interpretación carecía de fundamento y no tuvo futuro. El hecho de preceder en la redacción se debió a exigencias de redacción de un texto recargado de incisos⁴⁷. En cuanto a la segunda cuestión, el *bonum coniugum* como elemento esencial del matrimonio, algunos lo equipararon a los *tria bona* agustinianos, enturbiando la claridad de conceptos jurídicos. Pero no tiene sentido usarlo como si fuera un cuarto bien⁴⁸. Otra realidad es cuando se desea emplear como «elemento esencial del consentimiento» con todas las consecuencias jurídicas que ello comporta. Parece coincidir jurídicamente, y en tal caso, con el *communio vitae*.

Concluye Navarrete que «*el término bonum coniugum empleado confusamente en el sentido de elemento esencial del consentimiento irá adquiriendo carta de ciudadanía con escasa aportación para el progreso de la ciencia y de*

43 Ibid., 36-37.

44 Discurso a la Rota Romana (1976).

45 Ibid., 38-40.

46 *Communicationes* 3 (1971) 70.

47 Ibid., 39.

48 Ibid., 40.

la jurisprudencia canónicas»⁴⁹. Y, más adelante, hablando de la problemática sobre exclusiones, lo que nos afecta a nuestro tema, subraya Navarrete que el tratamiento jurisprudencial de los capítulos de nulidad por exclusión ha seguido el esquema agustiniano de los *tria bona*, sin que se haya individuado ningún *elemento esencial y distinto* de los señalados en el canon y que haya sido operativo en la jurisprudencia como capítulo de nulidad⁵⁰. Sí, en cambio se ha reactivado la problemática particular referente a la exclusión de la sacramentalidad del matrimonio cristiano partiendo del principio de identidad entre contrato y sacramento y, en este sentido, se tiende a reforzar la interpretación de que la exclusión de la sacramentalidad se identificaría con la exclusión del *matrimonium ipsum* y no se equipararía sólo con la exclusión de las propiedades esenciales⁵¹. Pero éste es ya otro tema en el que Navarrete tampoco se detiene.

Reseñamos la aportación de José Errázuriz⁵². Sobre el tema de la exclusión y nulidad de este capítulo, comienza realizando las siguientes observaciones:

1. Este capítulo de exclusión contiene los mismos motivos para introducirlo como incertidumbres. Se puede caer, en relación al Vaticano II, a lo que se ha venido en llamar «*la hermenéutica de la discontinuidad y de la ruptura*»⁵³. No se puede atribuir al Concilio posturas sobre cuestiones jurídicas que no ha afrontado. Y mucho menos, atribuir al Concilio una visión existencialista del matrimonio, perdiendo de vista las cuestiones jurídicas y de justicia⁵⁴.
2. Existe el peligro de que las causas de nulidad, basadas en el bien de los cónyuges, se apoyen en cuestiones secundarias para solucionar situaciones irregulares. Así se puede invocar el *bonum coniugum* desde el punto de vista de la simulación para encontrar causas de nulidad más fácilmente. Con el agravante de no necesitar peritos, psicólogos o psiquiatras, porque se trataría de valorar un acto humano de cuya normalidad no se duda⁵⁵. Pero este nuevo capítulo de nulidad resulta vago y genérico.
3. Es muy difícil precisar, jurídicamente, a qué nos referimos con el *bonum coniugum*, porque afecta al conjunto de la relación inter-

49 Ibid., 40.

50 Ibid., 62.

51 Ibid., 62-63.

52 J. ERRAZURIZ, *Il Senso e il contenuto essenziale del bonum coniugum: «Ius Ecclesiae»* XXII (2010) 573-590.

53 Ibid., 574.

54 Ibid., 575.

55 Ibid. 575.

personal de los cónyuges, con la riqueza y complejidad de todos sus aspectos (físicos, psicosexuales, morales, económicos, sociales, espirituales...), por lo que no resulta fácil concretar sus aspectos esenciales ni cuándo se da una voluntad «excluyente» de tal fin. Está en juego la vida entera conyugal, no una dimensión específica (como en el caso de los *tria bona* agustinianos *bonum prolis, bonum fidei, bonum sacramenti*)⁵⁶. Llevaría a concluir que la exigencia del bien común es tan diversa como las personas y los matrimonios. Al final, se puede argumentar con toda simplicidad que «*matrimonio fallido, matrimonio nulo*». Ya que, si el comportamiento de una parte o de las dos llevó a un matrimonio fallido, quiere decir que, si no son incapaces, al menos han excluido el bien del otro cónyuge sin necesidad de un acto de voluntad excluyente⁵⁷.

¿Qué solución propone el autor en cuanto al sentido y contenido esencial de la expresión *bonum coniugum*, como fundamento para determinar si existió verdadera exclusión?...

1. Ante todo, la exclusión del *bonum coniugum* se sitúa en la dimensión del consenso matrimonial y afecta al matrimonio *in fieri, a la voluntad ab initio*.
2. La referencia al matrimonio *in fieri* remite al matrimonio *in facto esse*, que constituye la verdadera esencia del matrimonio. *In facto esse* no se identifica sin más con la vida matrimonial. Hay que distinguir matrimonio y vida matrimonial. Esta distinción es importante para analizar el *bonum coniugum* porque en lugar de analizar un aspecto del vínculo, objeto del acto de consenso, la atención se puede desviar a la relación efectiva entre hombre y mujer, buscando en ella no sólo una prueba de exclusión sino una falta de comportamiento mutuo, en términos de simulación. Puede parecer una distinción sutil, pero quien deja entre paréntesis el matrimonio, tenderá a atribuir automáticamente relevancia a las faltas significativas en la relación entre los esposos; quien, por el contrario, tiene en cuenta la unión que se presume, tratará de encontrar en los hechos los verdaderos indicios de un problema de consenso⁵⁸.
3. Nuestra tema exige recordar que el vínculo matrimonial contempla primariamente las mismas personas unidas y sólo secundariamente el obrar para realizar la dinámica propia de la unión. El matrimonio se coloca esencialmente sobre «el ser» marido y mujer; no sobre «la

56 Ibid., 578.

57 Ibid. 579.

58 Ibid., 581.

actividad, ciertamente importante, de los fines del matrimonio. En consecuencia, el *bonum coniugum* se sitúa sobre el plano del «ser conyugal». Su exclusión debe afectar al «ser» marido o mujer. El desarrollo existencial de la unión manifiesta la presencia o ausencia de tal núcleo esencial. El juicio no se vierte sobre la dinámica de pareja en sí misma, sino sobre la existencia o no de un fundamento matrimonial que la sustenta. Las acciones u omisiones de los cónyuges muestran la exclusión del *bonum coniugum* únicamente cuando revelan que no se ha constituido la identidad misma conyugal requerida inicialmente⁵⁹.

4. Por lo tanto, la determinación que constituye capítulo de nulidad pasaría a través de la convicción según la cual el matrimonio es realidad esencialmente natural, en el sentido que le otorgó Juan Pablo II en su discurso a la Rota de 2004; dicha consideración natural del matrimonio hace referencia a que los cónyuges se unieron precisamente en cuanto personas entre las cuales existe la diversidad sexual, con toda la riqueza también espiritual que esta diversidad posee a nivel humano. La masculinidad y feminidad son decisivas para comprender la esencia del matrimonio. La ordenación a la finalidad natural del matrimonio (bien de los cónyuges y de la generación) está intrínsecamente presente en la masculinidad y feminidad y hace que no se separen matrimonio y familia, porque los esposos están constitutivamente abiertos al don de los hijos y, sin tal apertura, no puede haber un bien de los esposos digno de tal nombre⁶⁰. Por lo tanto, y en conclusión, sin la referencia a la naturaleza del matrimonio, nuestro juicio sobre la exclusión del bien de los cónyuges permanecería privado de fundamento objetivo, no sólo opinable sino arbitrario y que trataría de justificar la nulidad en cada matrimonio fallido⁶¹. Además, la índole natural del matrimonio permite comprender mejor la necesidad de un acto positivo de voluntad para que se dé la exclusión incluso en el *bonum coniugum*, porque la inclusión de todo lo que es esencial en la unión adviene mediante la asunción de una realidad que los contrayentes descubren en sí mismos y asumen con la naturaleza de dar vida a una unión dotada de intrínseca unidad. No seguir este camino da a entender una unión alternativa y diversa a la del matrimonio⁶².

59 Ibid., 582.

60 Ibid., 583.

61 Ibid., 583.

62 Ibid., 584.

5. Finalmente, para juzgar, en un proceso canónico sobre la exclusión del *bonum coniugum* es necesario tener sentido común, auxiliado por la fe, sobre la realidad natural del matrimonio. Sobre el sentido común se fundamenta la prudencia jurídica, la cual encuentra en la esencia del matrimonio el criterio fundamental para pronunciarse sobre la validez del vínculo. Nos colocamos a nivel de principios y no de mera información. La misma categoría de *bonum coniugum* debe esclarecerse a la luz de lo que es esencial en el matrimonio, a la hora de solucionar los casos concretos⁶³.

A la hora de las conclusiones, sobre lo específico de la exclusión del *bonum coniugum*, nuestro autor, aporta las siguientes:

1. *Bonum coniugum y dignidad de la persona*. No tiene sentido configurar un capítulo de nulidad si se entiende el *bonum coniugum* en cuanto fin de la unión matrimonial, porque no se realizaría en el nacimiento del vínculo sino en su desarrollo posterior existencial. Sin embargo sí puede ser capítulo de nulidad cuando el *bonum coniugum* se entiende como aspecto esencial del mismo vínculo. Entraría dentro del perfil de la capacidad o de la voluntad. Más bien el autor se inclina por el tema de la voluntad⁶⁴.
2. *Bonum coniugum y comunidad de vida conyugal*. El *bonum coniugum* tiene relación con los *tria bona* agustinianos, ya que la indisolubilidad (*bonum sacramenti*) y la unidad y la fidelidad (*bonum fidei*), y hasta el *bonum prolis* (intrínseco a la finalidad unitiva del matrimonio), tienen relación con el *bonum coniugum*. Aunque, siguiendo cierta praxis rotal, sería posible contemplar un capítulo aparte⁶⁵, cuando se contemplan dos aspectos: por un lado, como el matrimonio es unión entre personas, para querer al otro como cónyuge tengo que reconocer su dignidad personal y la igualdad fundamental. Determinar cuándo esto no se verifica en la práctica, requiere la aportación de la prudencia jurídica. En cualquier caso la referencia a los bienes que constituyen los derechos fundamentales del otro cónyuge como persona (vida, integridad, libertad, intimidad, etc.) son un criterio útil para valorar la radical exclusión del otro como verdadero cónyuge en cuanto no se reconocería su dignidad e igualdad como persona humana⁶⁶.

63 Ibid., 585.

64 Ibid., 586.

65 Ibid., 586.

66 Ibid., 587.

Por otro lado, habría que contemplar lo específico de la relación hombre-mujer o «la comunidad de vida» conyugal⁶⁷. Esta comunidad de vida es relación de solidaridad, de servicio, de ayuda recíproca y de participación en las circunstancias vitales del otro. La exclusión del *bonum coniugum* implicaría una voluntad de privar de esta comunidad de vida a la unión matrimonial, sin la cual no se es verdaderamente cónyuge. Esta exclusión se daría, por ejemplo, cuando aún sin excluir la convivencia, se desee establecer una relación en la que prevalezca el interés económico o de generación de la prole, por encima de la consideración de la otra parte como cónyuge y que impida una verdadera comunidad de vida y una auténtica ordenación al bien el otro, ya que se contemplaría como un simple instrumento para satisfacer el interés prevalente⁶⁸. Lo que constituye un motivo de nulidad sería la radical exclusión de la misma comunidad de vida en cuanto exigencia de la mutua ayuda, pero no los comportamientos contrarios a dicha mutua ayuda; siempre se debe distinguir entre matrimonio y vida matrimonial, si no queremos negar el propio matrimonio. Lo esencial es la voluntad de ser esposos en el sentido radical y unitario de esta realidad natural. De nuevo es importante la prudencia jurídica para valorar si esto se da⁶⁹.

3. *Bonum coniugum e integración de los cónyuges*. Además del reconocimiento de la dignidad de la persona y de la relación de comunidad de vida se habla de la integración entre los cónyuges, entendida en sus diversos aspectos (espiritual, afectiva, psicosexual...). Afectaría más a las exigencias «existenciales» de la unión que a la constitución misma de dicha unión. Pero, a la hora de la prudencia jurídica, habría que evitar atribuir relevancia invalidante a la exclusión de determinados aspectos de la vida conyugal si dichos aspectos no significarían la exclusión de la relación en cuanto cónyuge⁷⁰.
4. ¿Simulación total o parcial del *bonum coniugum*?... El autor afirma que, en lo referente a la dignidad de la persona y a la constitución de la comunidad de vida, la simulación total o parcial no entrarían en la exclusión del *matrimonium ipsum*, ya que el sujeto que lo excluye puede erróneamente pensar que está celebrando un verdadero matrimonio. Lo situaría en el ámbito de los elementos esenciales por lo que resultaría irrelevante la distinción entre simulación

67 Remite a J. HERVADA, *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, EUNSA, Pamplona 2000.

68 *Ibid.*, 587-588.

69 *Ibid.*, 588

70 *Ibid.*, 588-589.

total o parcial. El autor es consciente de que su opinión, discutible, no tiene por qué ser compartida por todos⁷¹.

En resumen, y como conclusión, nuestro autor afirma que la exclusión del *bonum coniugum* sigue siendo considerada una hipótesis rara. Pero lo importante es que se conciba y se aplique de forma verdadera y justa. Y que, en contextos de relativismo y subjetivismo, como los actuales, prevalezcan otras exclusiones como la indisolubilidad, o en el ámbito de la simulación total, lo que va contra el mismo vínculo. En cualquier caso, la rareza de contemplar la exclusión del *bonum coniugum* tiene un aspecto positivo: que las personas cuando se unen, comprendidas incluso las que asemejan su unión al matrimonio sin serlo —y que lo serían si cambiaran las condiciones— fundan su relación en cuanto personas y se reconocen solidarios de las exigencias de la vida en común⁷².

4. COROLARIO: ¿EL BONUM CONIUGUM, COMO EXCLUSIÓN, DESDE LA «EXTENDIDA MENTALIDAD DIVORCISTA»?⁷³

Comencé la ponencia hablando de las sugerencias del Decano de Derecho para centrar la misma. En una segunda parte de su breve escrito me indicaba: *«Conviene recordar que un caso frecuente es el de simulación parcial/exclusión de la indisolubilidad (exclusión del «bonum sacramenti») por ser una propiedad esencial del matrimonio. Hoy en día resulta muy difícil de entenderla, dada la extendida mentalidad divorcista del matrimonio, especialmente desde el ámbito del derecho civil. Parece como si en la cultura actual fuera imposible la permanencia y estabilidad del vínculo conyugal. Lo cierto es que, canónicamente, quien se casa queriendo positivamente contraer un matrimonio limitado en el tiempo, «ad tempus», abierto al divorcio, contrae inválidamente por excluir la indisolubilidad. Como ya se ha dicho, no se trata de un simple deseo ni de una intención ni de un temor a que el matrimonio no llegue a ser permanente, sino de una decisión de exclusión.»*

71 Ibid., 589.

72 Ibid., 589.

73 Nos inspiramos en este punto en lo escrito en su página web por Luis Lozano, abogado matrimonialista mexicano, y por otros autores ya clásicos: J.L. LARRABE, *El matrimonio cristiano y la familia*, BAC, Madrid 1973; T. GARCIA BARBERANA, *El vínculo matrimonial: ¿Divorcio o indisolubilidad?*, BAC, Madrid 1978; P. GARCIA BARRIUSO, *Matrimonio y divorcio hoy, en España*, BAC, Madrid 1984; U. NAVARRETE, *Derecho matrimonial canónico. Evolución a la luz del Concilio Vaticano II*, Universidad de Comillas, Madrid 2007; J.I. BAÑARES, *Introducción al Sacramento del Matrimonio, en «Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico, Volumen III/2*, Eunsa, Pamplona 2002, 1023-1041. También son clarificadoras las siguientes publicaciones: J. HERVADA, *Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial: «Persona y Derecho»* 9 (1982) 149-179; F. PUIG, *La esencia del matrimonio a la luz del realismo jurídico*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona 2004.

Como corolario necesario, asumo el reto sugerido por el Sr. Decano y, sin ser exhaustivo, aporto algunas breves observaciones. El escollo que se plantea, y que sirve de guía en la pesquisa jurisprudencial para probar si ha existido una voluntad que excluya la indisolubilidad, está en averiguar hasta qué punto las ideas o ideologías, las actitudes y las mentalidades, etc., son claramente favorables al divorcio y están arraigadas en la persona que contrae matrimonio y si las aplica al matrimonio que va a contraer. Es decir, la relación entre el arraigo de estas ideas y su plasmación en una voluntad acorde con ellas. Al parecer, según diversos expertos, en la evolución jurisprudencial podemos distinguir dos etapas: por un lado, la que consideraremos tradicional, hasta los años 60 del siglo XX (cuando el divorcio civil comienza a ser un derecho extendido en las diversas legislaciones) y, por otro lado, la orientación actual a partir de dicha fecha.

1. *Orientación Tradicional*

Esta etapa se asienta en la tesis de que el error sobre la indisolubilidad es más bien un acto de la inteligencia (especulativo) y en ella termina, sin trascender a la esfera volitiva de la persona; por tanto la concepción de los contrayentes respecto del matrimonio no incide de modo directo en el consentimiento matrimonial, ya que el consentimiento es un acto de la voluntad y por ello, dicha concepción no afecta a la validez del matrimonio.

Esta orientación se basaba en la prescripción canónica sobre el error simple; existen muchas sentencias de esa época que corroboran ese criterio. Es evidente que no siempre la voluntad desea lo que el entendimiento le presenta, pues en ello reside la libertad, por lo que la idea de la disolubilidad puede estar en la esfera del entendimiento y no ser querida por la voluntad. En este caso el conocimiento erróneo no entraña el acto positivo excluyente de la indisolubilidad, por lo tanto, y así lo señala la jurisprudencia de la época, para que se produzca la nulidad se exige una exclusión positiva y formal de la indisolubilidad, sin contemplarse en la jurisprudencia el escenario de ideologías profundas fuertemente arraigadas, las cuales sí son considerados en la etapa posterior.

Esta orientación jurisprudencial también contempla el hecho de que los contrayentes estén en un error acerca de la indisolubilidad y además tengan intención de contraer matrimonio disoluble, siendo dicha intención habitual o interpretativa y, por tanto careciendo de eficacia en cuanto a la afectación del consentimiento, prevaleciendo la presunción de haber querido lo que quiere la Iglesia.

Por lo tanto, en esta primera época se exige un acto expreso, procedente de las facultades volitivas del contrayente, y que pretenda de modo decidido,

eficaz y explícito un matrimonio disoluble. En este periodo las ideas o mentalidades divorcistas no entrañan una intención simulatoria, y para estimar el acto positivo excluyente se exige que nazca de la voluntad, tenga un objeto específico y sea firme; lo que deja fuera la voluntad habitual por considerar que recae sobre un objeto general que no limita el matrimonio concreto que se contrae. La diferencia entre acto positivo de voluntad y voluntad habitual es frecuentemente recogida por la jurisprudencia. Todo ello cambiará con la legislación civil sobre el divorcio, a partir, como hemos afirmado de los años 60.

2. Orientación actual

La etapa actual arranca cuando la jurisprudencia toma en cuenta la idea del error profundo, fuertemente arraigado a la persona de carácter tenaz y activo, con profunda tendencia a plasmarse en acciones concretas. Esta evolución corre a la par de las evoluciones científicas de la psicología experimental, la sociología y la antropología. Este error es denominado por las sentencias rotales de diverso modo como: «*error que reside tenazmente en la mente del contrayente*», «*error profundo y vivencial*», etc... Todas estas expresiones ponen el acento en la condición o características de la profundidad, en el sujeto, de su convicción errónea.

Algunas sentencias incluso denominan este error como una segunda naturaleza, pues al ser tan «profundamente sentido» induce a un comportamiento coherente con aquél, que se presume sin duda alguna. Di Felici, el 13 de julio de 1954, abre esta nueva vía jurisprudencial, reconociendo por primera vez en la jurisprudencia que las ideas arraigadas generalmente tienen incidencia sobre el comportamiento. Este cambio en la tendencia jurisprudencial tiene en cuenta ya los profundos cambios de mentalidad en materia de indisolubilidad que caracterizan a la sociedad actual. En principio podríamos considerar que ante una mentalidad divorcista, sólidamente asentada en la mente del individuo, existirá una predisposición o tendencia a actuar en conformidad con estas convicciones; por consiguiente difícilmente a contraer matrimonio conforme piensa y quiere la Iglesia. Nos detenemos en algunos casos.

Si el contrayente es católico y tiene sólida formación religiosa será difícilmente presumible admitir que ha excluido la indisolubilidad exigiéndose por la jurisprudencia una prueba más directa sobre el acto de voluntad positivamente excluyente (así la sentencia coram Wyne, Venetiarum, del 19 de enero de 1957). Pero si a pesar de ser católico y no ignorar la doctrina sobre el matrimonio se demuestra que la desprecia y rechaza, obrando de forma depravada y sin buena fe, puede presumirse una voluntad contraria, así coram Wynen, Parisien, de 11 de julio 1936.

Respecto de los no católicos, si viven en países con arraigo divorcista en sus leyes civiles, difícilmente se van a reservar un derecho que de suyo tienen; del mismo modo que un católico no daría un acto positivo de voluntad de contraer indisolublemente, pues lo considera superfluo ya que se presupone. En este sentido coram Wynen, de 12 de noviembre de 1949. Pero que los no católicos hagan reserva de divorcio, no puede mantenerse como un principio generalizado; habrá que mirar la singularidad de cada caso, así como sus ideas, su formación, su idiosincrasia, su carácter, sus condicionamientos, sus actitudes o sus circunstancias... Es su propio acto de voluntad profunda el que debe ser analizado.

Pueden presentarse también contrayentes cuya convicción sea la de que el matrimonio no es una institución natural o divina, sino puramente positiva; resultado de las opiniones y de la evolución legislativa. En estos casos será poco probable que contraigan matrimonio según lo piensa y quiere la Iglesia, según coram Anne, Xylopolitana, de 27 de octubre de 1964.

Estos criterios son aplicables también a quienes sostienen en general abiertamente contrarias a la indisolubilidad del matrimonio, así coram Palazzini, 12 de marzo de 1969.

La llamada «epidemia del divorcio» inquietaba al Concilio, como se puede comprobar en *Gaudium et Spes*, n. 74 o, un poco más tarde, en la Carta Encíclica «*Humanae Vitae*». Por lo tanto, y a título de resumen, podemos concluir que la jurisprudencia mantiene que cuanto más profundamente invade la mente de los hombres el error acerca de la indisolubilidad del matrimonio tanto más débil es la voluntad general de contraer según lo establecido por Dios y por el derecho natural. Esto concuerda con los avances de las ciencias humanas que muestran la coherencia del comportamiento con las actitudes e ideas profundas. Y, otro principio jurisprudencial que podríamos considerar sobre la misma temática es que «*cuanto más profundo es el error tanto más fácil es presumir la existencia de acto positivo de voluntad*»; es decir, resulta más admisible el acto positivo de voluntad excluyente en la medida en que el error es más arraigado. Cuanto más invade el error el dominio del entendimiento, tanto más es presumible que afecta al acto voluntario⁷⁴. Dado que el entendimiento y la voluntad son facultades del hombre, y éste actúa como unidad, no pueden considerarse los actos humanos como producto de la influencia independiente de aquellas potencias, sino como fruto de su implicación mutua.

⁷⁴ Así coram Jullien, de 2 de abril de 1947. En la misma dirección coram Anne, S. Andreae et Edimburgen, de 2 de abril de 1968. Coram Anne, Xylopolitana, de 27 de octubre de 1964. Coram Ewers de 12 de octubre de 1974.

Por último, la jurisprudencia se ocupa de la distinción entre la intención divorcista y una mera voluntad de romper la vida en común que no entrañaría la exclusión de la indisolubilidad. La jurisprudencia señala que la intención divorcista alcanza a la ruptura del vínculo, es decir, a la positiva intención de recuperar la libertad por haber quedado sin efecto el vínculo; lo cual es de un ámbito mayor que la sola intención de hacer cesar la convivencia.

Algunas sentencias rotales consideran que, bajo determinadas circunstancias, la intención de acogerse al divorcio civil no conlleva la de excluir la indisolubilidad del vínculo, sino la de una intención de hacer cesar la vida en común, así coram Jullien, Luganen, de 16 de enero de 1930, en donde se sostiene que *«pueden presentarse católicos que al contraer matrimonio deseen solicitar posteriormente el divorcio civil, no conllevando ello consigo una voluntad contraria a la indisolubilidad»*. No obstante, y en resumen, la orientación seguida por la mayoría de las sentencias rotales va en el sentido de que si existe una voluntad de recurrir al divorcio civil puede presumirse la exclusión de la indisolubilidad.

5. PALABRAS FINALES

No sería honesto si, para concluir, no dijera dos cosas más: por un lado, que el Sr. Decano de Derecho, Dr. José San José, en el tema que nos ocupa, insistía en relacionar el tema del *bonum coniugum*, y su exclusión, con el «bien sacramental». Considero que, además, de ser un capítulo aún no suficientemente desarrollado por los autores ni por la jurisprudencia, sí supone un reto para su futuro estudio y profundización. En este sentido, recordemos una vez más las palabras del cardenal Navarrete, recogidas más arriba, en el sentido de que se ha reactivado la problemática particular referente a la exclusión de la sacramentalidad del matrimonio cristiano partiendo del principio de identidad entre contrato y sacramento y, de esta manera, se tiende a reforzar la interpretación de que la exclusión de la sacramentalidad se identificaría con la exclusión del *matrimonium ipsum* y no se equipararía sólo con la exclusión de las propiedades esenciales⁷⁵. Pero éste es un tema, como queda dicho, en el que ni siquiera Navarrete se detiene.

En cualquier caso, esta ponencia, desearía que se contemplara en una «dimensión pastoral», como la del propio cardenal Navarrete, de quien se ha podido escribir: *«que (al tratar temas jurídicos) no se situaba en la perspectiva de la oposición entre doctrina y ley, por una parte, y exigencias prácticas por otra... En sus escritos emerge una visión eminentemente pastoral en el sentido*

⁷⁵ Ibid., 62-63.

de que él no ha concebido nunca el derecho como valor en sí mismo, sino como medio para realizar un valor de verdad y de bien... La norma presentada de modo claro y preciso, que responda a las exigencias de la vida, tiene la auténtica característica de la dimensión pastoral»⁷⁶. Al finalizar el encuentro del Papa Francisco con el clero romano, el día 17-9-2013, afrontó, de pasada, las cuestiones relativas a la nulidad del matrimonio y anunció que las tratará en octubre en la comisión de los ocho cardenales nombrada por él y en el próximo sínodo de los obispos. Estas situaciones las calificó como «una verdadera periferia existencial que exige valentía pastoral, siempre en la verdad y en la justicia». Son, sin duda, las mejores y más cualificadas palabras para concluir el sentido de nuestra ponencia.

Raúl Berzosa Martínez

BIBLIOGRAFÍA SOBRE EL TEMA

- F. R. AZNAR GIL, *La exclusión del Bonum Coniugum: análisis de la jurisprudencia rotal*: «Estudios Eclesiásticos» 86 (2011) 829-849; ID., *Derecho matrimonial canónico: cánones 1055-1094*, Vol I, Universidad Pontificia, Salamanca 2007, 2ª edición; ID., *Derecho matrimonial canónico: cánones 1057; 1095-1107*, Vol II, Universidad Pontificia, Salamanca 2002; MARIA DEL MAR MARTIN, *A propósito del «bonum coniugum»*: «Ius Canonicum» XXXVII/37 (1997) 271-292; ID., Voz «Bien de los Cónyuges» en «Diccionario General de Derecho Canónico», Volumen I, Universidad de Navarra, Pamplona 2012, 689; C. BURKE, *El bonum proles y el bonum coniugum, ¿fines o propiedades del matrimonio?*: «Ius Canonicum» XXIX/58 (1989) 715-716; U. NAVARRETE, *El matrimonio canónico a la luz del Concilio Vaticano II: cuestiones fundamentales y desarrollos doctrinales*: «Ius Communionis» I/1 (2013) 33-63; J. ERRAZURIZ, *Il Senso e il contenuto essenziale del bonum coniugum*: «Ius Ecclesiae» XXII (2010) 573-590; J. HERVADA, *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, EUNSA, Pamplona 2000.

BIBLIOGRAFÍA DE R. BERZOSA SOBRE TEMAS DE DERECHO

- ID., *La relación Iglesia-Comunidad política a la luz de «Gaudium et Spes» n.º 76. Doctrina teológica y jurídica*, Eset, Vitoria 1998; ID., *Iglesia, sociedad y comunidad política. Entre la confesionalidad y el laicismo*, DDB, Bilbao 2007; ID., *Sobre la identidad histórico-jurídico-pastoral del arcipretazgo y del arcipreste*: «Surge» 54 (1996) 198-210; ID., *Sínodo Diocesano. Expresión solemne y contextualizada de la sinodalidad episcopal y signo eficaz de comunión para una misión renovada en la Iglesia Particular*, Aldecoa, Burgos 1997; ID., *Algunos apuntes sobre «Derecho*

⁷⁶ V. DE PAOLIS, *recensión a U. NAVARRETE, Derecho matrimonial canónico. Evolución a la luz del Concilio Vaticano II (Madrid 2007)*: «Ius Communionis» I/1 (2013) 249-150.

Público Eclesiástico» antes del Vaticano II: «Lumen» XLVI (Mayo Agosto 1997) 265-289; ID., El Vicario General y el Vicario de Pastoral, en AA.VV., La curia diocesana. La función administrativa, Universidad de Salamanca, Salamanca 2001, 141-168. ID., Algunas reflexiones sobre pastoral de Exequias en nuestras Diócesis_ en AA.VV., Razones para vivir y razones para esperar, Universidad Pontificia, Salamanca 2012, 421-440; ID., La vida de especial consagración y la sinodalidad en la Iglesia particular: «Revista Española de Derecho Canónico» 69 (Julio-Diciembre 2012) 505-529; ID., 3 voces en «Diccionario General de Derecho Canónico»: Precepto pascual (pp. 357-359, Vol. VI), Vicario episcopal (pp. 847-849, Vol. VII), Misiones populares (pp. 435-437, Vol. V), Universidad de Navarra, Pamplona 2012.