

LA PRUEBA PRESUNTIVA EN LOS PROCESOS ROTALES DE NULIDAD MATRIMONIAL POR SIMULACION TOTAL Y PARCIAL (Años 1909-1959)

(Continuación)

SEGUNDA PARTE: Uso de las presunciones "hominis" en los procesos de nulidad matrimonial por simulación total y parcial.

Capítulo primero: *Sobre el acto positivo de voluntad que produce la simulación total y parcial.*

1. Santo Tomás dejó un análisis exactísimo del acto positivo de voluntad que no ha sido superado aún por la moderna psiquiatría: podría resumirse así: es un acto deliberado de elección e imperio¹.

El consentimiento —causa eficiente del contrato matrimonial— es precisamente un acto positivo de voluntad; y no puede ser, por eso, destruido, sino por otro acto contrario positivo, más específico y absolutamente irrevocable, prevalente de voluntad: es preciso que el contrayente esté dispuesto a rechazar (porque se trata de simulación positiva contradistinta de la simple no aceptación) por todos los medios posibles —incluso por la renuncia definitiva al matrimonio— el matrimonio mismo o cualquiera de sus tres bienes esenciales. El consentimiento —en este caso— queda ab intrínseco o totalmente excluido o limitado a una simple caricatura de matrimonio². Quizá —hablando con

¹ S. THOMAS, I. II q. 17 a. 3 ad 1. La primera sentencia rotal que ha reconocido este carácter normativo: *Sacrae Romanae Rotae Decisiones*, vol. 36 dec. 54 Nullitatis c. Jullien.

En lo sucesivo citaremos esta publicación de las sentencias rotales con la sigla: SRRD.

Véase también: SRRD.: vol. 38, dec. 27 N. 7 Nullitatis c. Heard. En relación con este análisis del acto positivo de la voluntad queremos recordar que algunas decisiones rotales han estudiado la moderna teoría del valor estimativo: SRRD.: vol. 33 dec. 15 Nullitatis c. Wynen; vol. 35 dec. 57 Nullitatis c. Canestri.

² SRRD.: vol. 33, dec. 33 Nullitatis c. Wynen; vol. 39, dec. 25 Nullitatis c. Heard; N.— con esta letra indicamos el número del protocolo que corresponde en el Archivo secreto de la Rota Romana a la decisión citada: N. 5938, Florentina, 7 decembris 1956 c. Staffa; N. 6186, Abellinen., 29 iulii 1957 c. eodem.

El can. 1086, § 2, parece presuponer dos actos de voluntad contrarios entre sí; uno con el que se presta el consentimiento y otro con el que se limita. Lo mismo el can. 1092,2. y varias sentencias rotales.

³ A) *Se requiere acto prevalente*: a) *En general, para la exclusión del matrimonio o de cualquiera de sus elementos esenciales*: N. 5217 Romana, 23 martii 1954 c. Fideicicchi; N. 5681 Mediolanen., 7 decemb. 1957 c. eodem; N. 4272 Ebroicen., 5 augusti 1949 c. Staffa; N. 3918 Algerien., 22 martii 1950 c. eodem; N. 4686 Bugellen., 9 augusti 1951 c. eodem; N. 4244 Tauri-

propiedad— el acto positivo de voluntad que anula el consentimiento sea el mismo consentimiento excluido o limitado; realmente el acto de voluntad íntegro o limitado es uno mismo.

En este caso, el entendimiento le presenta a la voluntad del contratante dos objetos entre sí irreconciliables, contrarios: el matrimonio verdadero y el matrimonio objetivamente nulo, aparente. La voluntad acepta el segundo rechazando el primero⁴; prefiere, en un primer momento, el segundo al primero, y, en un segundo momento, se abraza exclusivamente con el segundo, el segundo es su objeto exclusivo. No se trata, pues, de que la voluntad acepta el matrimonio que, siendo válido, se le representa como cierta y probablemente nulo —que entonces podría ser válido y eficaz el consentimiento y el contrato⁵.

Pero puede ocurrir que aparentemente quiera con la misma intensidad, sin preferir el uno al otro, el matrimonio válido y el matrimonio nulo vgr.: concediendo los mismos derechos sobre su cuerpo a dos mujeres, etc. Como la validez y la nulidad no pueden coexistir en un mis-

nen., 19 octobris 1951 c. eodem; N. 6793 Birminghamien., 5 novembris 1958 c. Lamas. SRRD.: vol. 6, dec. 2 Nullitatis c. Many; SRRD.: vol. 34, dec. 56 Novarien. c. Janasik.

b) *En la exclusión del "bonum sacramenti"*: SRRD.: vol. 19, dec. 61 Nullitatis c. Massimi; N. 4892 Southwarcen., 9 novembris 1951 c. Staffa; N. 5654 Romana, 19 octobris 1954 c. Brennan; N. 5232 Florentina, 25 octobris 1954 c. Pinna.

Ese acto que excluye la indisolubilidad, como más específico prevalece por su misma naturaleza a la intención general de celebrar un verdadero matrimonio.

c) *En la exclusión del "bonum fidei"*: SRRD.: vol. 39, dec. 72 Nullitatis c. Wynen; N. 5683 Romana, 24 martii 1955 c. Doheny; N. 5292 Chicagien., 12 febr. 1956 c. eodem; N. 5012 Briocen., 30 octobr. 1953 c. Mattioli; N. 5510 Parisien., 28 octobr. 1957 c. eodem; N. 6410 Arretina, 13 aprilis 1957 c. Pinna.

d) *En la exclusión del "bonum prolis"*: SRRD.: vol. 24, dec. 2 Viennen., c. Jullien; vol. 31, dec. 13 Romana c. eodem; vol. 36, dec. 10 Nullitatis c. eodem; vol. 35, dec. 64 Nullitatis c. Heard; vol. 38, dec. 9 Romana c. eodem; N. 5500 Angel. in California. 12 maii 1954 c. Doheny; N. 6047 Nicen., 3 decemb. 1956 c. eodem; N. 5681 Mediolanen., 7 decemb. 1954 c. Fideicicchi; N. 5759 Januen., 12 octobr. 1955 c. Mattioli; N. 5067 Romana, 5 aug. 1954 c. eodem; N. 5254 Romana, 18 Ianuar. 1955 c. Felici; N. 5732 Parisien., 8 febr. 1955 c. eodem; N. 6684 Romana, 7 ianuarii 1958 c. eodem; N. 6512 Bruklynien., 30 iunii 1958 c. Brennan; N. 6234 Clevelanden., 30 octobr. 1958 c. Bejan; N. 6217 Vashingtonen., 21 novembr. 1958 c. eodem; N. 5723 Molinen., 21 novembris 1956 c. Lamas; N. 6414 Cartaghinen., 18 maii 1957 c. Lefebvre; N. 5701 Florentina, 26 febr. 1955 c. Pinna; N. 5745 Veneten., 30 maii 1956 c. eodem; N. 6086 Elnen., 7 iulii 1956 c. eodem; N. 6642 Pinerolien., 16 novembr. 1957 c. eodem.

B) Queda excluido o limitado substancialmente el consentimiento: N. 4892 Southwarcen., 9 novembris 1951 c. Staffa; SRRD.: vol. 40, dec. 30 Soutwarcen. c. eodem; vol. 40, dec. 31 Taurinen., c. eodem.

Pueden consultarse las teorías sobre la simulación: V. DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico* (Milano 1949), pág. 142, nota 67.

P. FEDELE, *Intentio e conditio contra matrimonii substantiam*, Rivista di diritto privato 4 (1936) 31-77.

C. BADI, *La simulazione del consenso nel matrimonio*, Il Diritto Ecclesiastico 4 (1929) 48-72. Estas teorías repercuten notablemente en la Jurisprudencia rotal: R. BACCARI, *Disamina della recente giurisprudenza rotale sulla c. d. simulazione parziale*, Il Diritto Ecclesiastico 64 (1953) II, pág. 384-396.

⁴ D. STAFFA, *De conditione contra matrimonii substantiam* (Romae 1955), pág. 45, nota 86; N. 6290 Januen., 8 iunii 1956 c. Sabattani.

⁵ L. RODRIGO, *De relatione inter nullitatem matrimonii et nullitatem consensus matrimonialis philosophico-iridica relectio*, Miscelanea Comillas IV (1945), pág. 93, nota 60; pág. 125, nota 109.

mo matrimonio, esa intención carecería de objeto existente, o tendría un objeto existente (el matrimonio válido) y un co-objeto que neutralizaría y absorbería el primero..., el contrayente no querría, en realidad, preferentemente el matrimonio válido sino el matrimonio nulo.

Pero el objeto formal, al que tiende el acto, especifica o determina —al menos en cuanto propuesto por el entendimiento⁶— el consentimiento matrimonial; no puede ser, pues, auténtico consentimiento en sí o en su propia tendencia constitutiva e intrínseca eficacia aquel cuyo objeto en sí y conocido no sea el verdadero matrimonio⁷. El objeto substancialmente viciado, en sí, independientemente de que sea conocido, hará ineficaz no *in actu primo* sino sólo *in actu secundo* el consentimiento matrimonial: será un consentimiento intrínsecamente perfecto, aunque jurídicamente ineficaz *in actu secundo*⁸. Este no es nuestro caso.

Y porque, limitado o excluido el consentimiento, queda limitado o excluido el derecho y viceversa, el contrayente que niega el derecho celebra un matrimonio nulo (can. 1086 § 2); el derecho a los actos conyugales nace del consentimiento matrimonial, y, por tanto, no puede ser limitado si no se limita el consentimiento y si el consentimiento se limita se limita también el derecho; cuando conste, pues, de una verdadera limitación del consentimiento es inútil investigar si se limitó sólo el uso o también el derecho; aunque el uso puede ser —y de hecho lo es con frecuencia— recusado, impedido, interrumpido, sin quedar —por eso— violado el derecho, la exclusión o limitación del derecho incluye necesariamente la exclusión o limitación del uso.

2. Es indiferente —en cuanto a estos efectos— considerar ese acto como identificado⁹ o como distinto del consentimiento matrimonial. Si se considera como distinto parece que produce esos efectos penetrando —hasta constituirse en parte integrante— ese consentimiento¹⁰; penetración que, a estilo de los antiguos canonistas, suele designarse con la fórmula “*in pactum deducere*”¹¹.

3. Es preciso distinguir bien ese acto —particularmente en la ex-

⁶ No conviene confundir el “*volitum in se*” que requiere previamente el “*cognitum in se*” con el “*volitum in alio*” que presupone sólo el “*cognitum in alio*”: F. HÜRTH, *Defectus consensus in matrimoniis acatholicorum*, Periodica 37 (1948) 212-218.

⁷ N. 6668 Parisien., 31 octobris 1957 c. Staffa.

⁸ L. RODRIGO, o. c., pág. 66, nota 21; pág. 71, nota 29; pág. 75, nota 32.

⁹ N. 6186 Abellinen., 29 iulii 1957 c. Staffa; N. 5898 Romana, 17 iunii 1955 c. eodem; N. 5188 Mechlinien., 10 maii 1954 c. Bonet.

¹⁰ SRRD.: vol. 36, dec. 59 Romana c. Wynen; vol. 29, dec. 59 Massilien., c. Heard; vol. 35, dec. 64 Nullitatis c. eodem; vol. 37, dec. 41 Nullitatis c. eodem; vol. 40, dec. 46 Nullitatis c. eodem; N. 5653 Romana, 22 novembris 1956 c. Pinna.

¹¹ D. STAFFA, *De actu positivo voluntatis quo bonum essenziale matrimonii excluditur*, Monitor Ecclesiasticus 74 (1949) 164, nota 4; SRRD.: vol. 6, dec. 2 Nullitatis c. Many; vol. 6, dec. 22 Oregonopolitana c. Prior; N. 5609 Novarien., seu Taurinen., 9 novembris 1955 c. Wynen; N. 6383 Taurinen., 25 maii 1957 c. eodem.

clusión de la indisolubilidad— del simple error que se mantiene en la esfera del entendimiento aun cuando influya en la voluntad moviéndola a contraer y que —supuesto en ambos contrayentes el conocimiento requerido en el can. 1082, 1 —es compatible, según el can. 1084—, con un verdadero consentimiento matrimonial¹². En este caso, el objeto del error no es querido, no forma parte del objeto de la voluntad. Es preciso distinguirlo también de la intención genérica o habitual y de la interpretativa o dispositiva porque debe ser actual o, al menos, virtual¹³. Pero no tenemos inconveniente en admitir que una intención psicológicamente habitual pueda ser jurídica-moralmente actual o virtual¹⁴.

4. Suele hablarse respectivamente de simulación total o parcial según que ese acto excluya todo el matrimonio o sólo alguno de sus bienes esenciales. Unas pocas sentencias, sin embargo, prefieren —en conformidad con el can. 1086— hablar sencillamente de simulación que excluye el matrimonio y de simulación que excluye alguno de sus bienes esenciales¹⁵.

Reconocemos que en ambos casos el efecto de la intención simulatoria es el mismo: la nulidad del matrimonio; pero no es el mismo su objeto inmediato o directo y explícito: en la simulación total ese objeto es la exclusión del consentimiento y contrato íntegros; en la simulación parcial es la exclusión sólo de uno u otro elemento esencial de ese consentimiento, de ese contrato.

En la primera no existe la intención de casarse, el matrimonio no es querido; en la segunda existe la intención de casarse, el matrimonio es querido; pero a la vez no es querido un elemento esencial e indisolublemente unido al matrimonio; porque este elemento es rechazado con intención prevalente, el matrimonio es nulo.

¹² SRRD.: vol. 25, dec. 64 Parisien., c. Parrillo; N. 6454 Portugallen., 18 februarii 1959 c. Doheny; N. 6505 Chamberien., 23 octobris 1958 c. Heard.

¹³ Para una exposición precisa de estos conceptos: D'ANNIBALE, *Summa Theologiae moralis* (Romae 1896) I, N. 135; SRRD.: vol. 32, dec. 45 Nullitatis c. Janasik; N. 4943 Luandem., 12 novembris 1955 c. Heard.

No puede atribuírsele a la intención habitual o interpretativa la eficacia del acto positivo, actual o virtual: SRRD.: vol. 18, dec. 29 Nullitatis c. Mannucci; vol. 21, dec. 13 Mohilovien., c. Guglielmi; vol. 36, dec. 54 Nullitatis c. Jullien; N. 3603 Neapolitana, 26 martii 1949 c. Caiazzo; N. 5293 Taurinen., 14 martii 1959 c. Sabattani; N. 6534 Sedunen., 19 aprilis 1958 c. Heard; N. 6492 Birminghamien., 9 aprilis 1959 c. Mattioli; N. 7012 Holmiae, 30 aprilis 1959 c. Mattioli.

Conviene destacar que la Rota distingue abiertamente la intención habitual de la intención interpretativa: SRRD.: vol. 32, dec. 11 Neo-eboracen., c. Heard; vol. 34, dec. 56 Novarien., c. Janasik; vol. 35, dec. 63 Matriten., c. Canestri; N. 4589 Romana, 14 iunii 1952 c. Heard; N. 5256 Parisien., 31 martii 1955 c. Staffa.

A pesar de que algunas sentencias aisladas las identifican: N. 6368 Leodien., 27 iulii 1957 c. Pinna.

¹⁴ L. RODRIGO, *De matrimonio ad terminum inito*, Analecta Gregoriana 69 (1955) 273; O. ROBLEDA, *Sobre el matrimonio "in fieri"*, Estudios Eclesiásticos 28 (1954) 50.

Id., ¿Es contrato el matrimonio? Id., 29 (1955) 494.

Lo contrario sostiene: T. G. BARBERENA, *Sobre el matrimonio in fieri*, Salmanticenses I (1954) 430.

¹⁵ N. 5141 Sancti Galli, 29 ianuarii 1954 c. Filipiak; N. 5587 Harlemen., 14 novembris 1955 c. eodem; N. 5889 Romana, 31 martii 1955 c. Pinna; N. 5635 Romana, 22 novembris 1956 c. eodem; N. 6106 Neapolitana, 18 maii 1957 c. eodem.

En la primera consideramos principalmente el proceder del contrayente, y sólo secundariamente el consentimiento inexistente; en la segunda consideramos principalmente el objeto del consentimiento¹⁶.

En la primera el contrayente es siempre consciente de la simulación; en la segunda no siempre lo es¹⁷. Y si lo es, apenas se podrá establecer distinción alguna subjetiva entre ambas simulaciones¹⁸.

Reconocemos también que esa distinción es, con frecuencia, meramente teórica porque suele ocurrir que, al parecer, el contrayente ha excluido sólo un elemento esencial del matrimonio; pero en realidad tuvo intención de excluir todo el matrimonio¹⁹.

5. Partiendo de un texto célebre de Santo Tomás²⁰, los juristas con Sánchez²¹ suelen afirmar que —tratándose del “bonum prolis”— no existe la simulación parcial o el matrimonio no es nulo cuando se excluye sólo el uso o el recto uso del matrimonio, sino cuando ambos contrayentes no conceden y aceptan²² en el matrimonio que celebran, perpetua o sólo temporalmente el derecho y la respectiva obligación totales²³ a los actos conyugales que constituyen la cópula perfecta con su efecto o eficacia natural que es vgr. la concepción, el nacimiento —a su tiempo debido— de la prole concebida, la conservación de la prole nacida, etc.

Tan inválido es el matrimonio si no se concede y acepta el derecho-obligación a la cópula perfecta (natural penetración con la consiguiente seminación de semen verdadero en la vagina) como si no se concede y acepta el derecho-obligación a no impedir con medios anticoncepcionistas o con abortos o con craneotomías, etc., la evolu-

¹⁶ SRRD.: vol. 38, dec. 12 Mediolanen., c. Wynen; N. 4702 Romana, 1 aprilis 1952 c. Bonet.

¹⁷ SRRD.: vol. 38, dec. 12 Mediolanen., c. Wynen; vol. 21, dec. 15 Monacen. et Frisingen., c. Mannucci; N. 4702 Romana, 1 aprilis 1952 c. Bonet.

En cambio: “Exclusivo vel limitatio consensus natura sua requirunt ut contrahentes hanc sui consensus exclusionem vel limitationem advertat”: N. 4609 Nanceien., 5 augusti 1952 c. Staffa. Creemos con P. CIPROTTI, *A proposito di intentio e conditio contra matrimonii substantiam*, Rivista del Diritto Matrimoniale Italiano 3 (1936) 360 y con A. C. JEMOLO, *Il Matrimonio nel Diritto Canonico* (Milano 1941), pág. 208, que psicológicamente es posible la coexistencia de un acto de voluntad contrario a la validez del matrimonio con la ignorancia de los perniciosos efectos que produce o puede producir ese acto. La voluntad debe conocer que es lo que excluye; pero puede ignorar que de eso que excluye se siga la nulidad del matrimonio.

Lo contrario sostiene P. FEDELE, *Intentio et conditio contra matrimonii substantiam*, Rivista di Diritto Privato 6 (1936) Parte I, 56-57, 65-69.

Id., *In torno ad un novissimo manuale di Diritto Matrimoniale Canonico*, Archivio di Diritto Ecclesiastico 3 (1941) 212.

Id., *In tema di “animus se non obligandi” e “animus non adimplendi” nella “intentio” e nella “conditio contra matrimonii substantiam”*, Archivio di Diritto Ecclesiastico 3 (1941) 394-406.

¹⁸ SRRD.: vol. 21 dec. 15 Monacen. et Frisingen., c. Mannucci; Sentencia del Vicariato 13 de diciembre 1957 c. Bidagor, Periodica 47 (1958) 39-40.

¹⁹ SRRD.: vol. 27 dec. 61 Parisien., c. Wynen.

²⁰ S. THOMAS, *In Librum Sententiarum*, 4 d. 31 q. 1, 3.

²¹ Th. SÁNCHEZ, *De Sancto Matrimonii Sacramento* (Viterbi 1754) Libr. II, disp. XXIX N. 12 pag. 116; Libr. V, disp. IX, N. 2 pag. 313.

²² No basta con que uno de los contrayentes conceda el derecho si el otro no lo acepta totalmente: SRRD.: vol. 23 dec. 30 Nullitatis c. Morano; N. 5194 Romana, 6 decembr. 1953 c. Bonet; N. 6174 Romana, 16 febr. 1955 c. Filipiak.

²³ SRRD.: vol. 33 dec. 33 N. 3 Nullitatis c. Wynen.

ción natural de esa cópula²⁴. Demostrar, sin embargo, que quien concedió el primer derecho y hasta su uso, excluyó el segundo derecho parece muy difícil. Y esto no es más que una legítima consecuencia de la recta definición de los actos "per se" aptos para la procreación²⁵ y de la ordenación del contrato matrimonial a su fin primario²⁶.

También la exclusión del derecho a la educación física de los hijos anula el matrimonio²⁷; no consta, sin embargo, si lo anula la exclusión del derecho a la educación moral católica²⁸.

Creemos que esa distinción (derecho-ejercicio) afecta únicamente al matrimonio "in facto asse" porque es imposible concebir en el matrimonio "in fieri" —en el momento formativo del consentimiento— la existencia simultánea de la intención de asumir una obligación y de la intención absolutamente prevalente de no cumplir esa misma obligación; quien en ese momento excluye con una intención absolutamente prevalente el ejercicio del derecho excluye necesariamente el derecho²⁹. No cabe, pues, en la intención absolutamente prevalente —simultánea, actual o virtualmente, del consentimiento matrimonial— la distinción entre derecho y ejercicio del derecho. Y eso tanto si la procreación se

²⁴ SRRD.: vol. 36 dec. 59 Romana c. Wynen; vol. 39 dec. 15 Parisien., c. eodem; N. 5626 Sancti Pauli de Minnesota, 17 novembris 1956 c. eodem; N. 4779 Taurinen., 28 maii 1953 c. eodem; N. 5399 Meliten., 31 octobris 1956 c. Pinna; N. 6041 Romana, 13 octobris 1956 c. eodem; N. 6824 Taurinen., 22 maii 1958 c. Mattioli; N. 5778 Romana, 9 febr. 1957 c. eodem; N. 6648 Romana, 16 iulii 1957 c. Felici; N. 2600 Parisien., 13 martii 1951 c. Pasquazi; SRRD.: vol. 40 dec. 15 Nullitatis c. Heard; vol. 40 dec. 56 Bergomen. c. Jullien.

Lo mismo afirman: F. HÜRTH, *Dubia matrimonialia*, Periodica 38 (1949) 207-213; D. STAFFA, *De conditione contra matrimonii substantiam*, pag. 24 nota 37.

Disienten: E. GRAZIANI, *Ius ad prolem*, Ephem. Juris canonici 7 (1951) 215-219. T. G. BARBERENA, *Sobre el matrimonio "in fieri"*, pág. 437. El "ius ad copulam" ni abstracta o superficialmente ni concretamente incluye —según ellos— la intención de no frustrar los efectos naturales de la cópula. A nosotros no nos interesa —de momento— la fuente de donde se origina la nulidad de ese matrimonio: si en virtud del mismo can. 1086 § 2 si en virtud del derecho natural, al margen de ese canon. G. GIACINTA, *De simulatione partiali ob exclusum bonum proles*, Ephemerides Iuris Canonici 4 (1948) 139; O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico* (Milano 1950) pag. 78.

²⁵ SRRD.: vol. 33 dec. 28 Nullitatis c. Wynen; vol. 37 dec. 64 Nullitatis c. eodem, vol. 40 dec. 47 Nullit. c. eodem; vol. 36. dec. 49 Nullit. c. Canestri.

²⁶ SRRD.: vol. 36 dec. 6 Romana c. Wynen; vol. 39 dec. 13 Strigonen., c. eodem.

²⁷ SRRD.: vol. 33 dec. 56 Nullit. c. Canestri; vol. 35 dec. 76 Nullit. c. eodem.

²⁸ SRRD.: vol. 33 dec. 56 Nullit. c. Canestri; vol. 35 dec. 76 Nullit. c. eodem; vol. 40 dec. 16 Ianuen., c. eodem; vol. 40 dec. 56 Bergomen., c. Jullien; vol. 40 dec. 7 Albanen. in America c. Brennan. La Rota parece negarlo.

²⁹ N. 5076 Clevelanden., 9 aprilis 1954 c. Staffa; D. STAFFA, *De conditione contra matrimonii substantiam*, pag. 48 nota 96; I. FERRARA, *Bonum proles in consensu matrimoniali* (Romae 1942) pág. 19; P. FEDELE, *Sulla distinzione tra exclusio iuris ed exclusio exercitii iuris*, Ephemerides Iuris Canonici 10 (1954) 276; Id., *Analisi di recenti sentenze ecclesiastiche in tema di nullità di matrimonio*, Ephemerides Iuris Canonici 9 (1953) 368; E. GRAZIANI, *Ius et exercitium iuris*, Il Diritto Ecclesiastico 62 (1951) 550; Id., *Intentio contrahendi e intentio sese obligandi*, Ephemerides Iuris canonici 10 (1954) 60 nota 1; Id., *Sulla esclusione della fedeltà coniugale*, Il Diritto Ecclesiastico 59 (1948) 298, en donde llega a afirmar que el clásico texto de Santo Tomás (In Librum Sententiarum, 4 d. 31 q. 1 a. 3) se refiere al matrimonio "in facto esse" y acusa a la culta Jurisprudencia de haberlo aplicado equivocadamente —apoyándose en Sánchez— al matrimonio "in fieri". En cambio BENDER opina que es imposible concebir en el matrimonio "in fieri" únicamente la coexistencia de la intención de aceptar una obligación y de la intención de no aceptar la obligación de cumplirla: L. BENDER, *Ius et usus iuris*, Ephemerides Iuris Canonici 9 (1953) 39-47; Opina lo mismo una sentencia del Vicariato c. Gómez, 28 de julio de 1952 (Ephemerides Iuris Canonici, 9 (1953) 140).

excluye perpetuamente como si se excluye temporalmente, tanto si se excluye por amor a la castidad³⁰, por el método Ogino³¹ como si se excluye simplemente por medios anticoncepcionistas.

No se puede —aplicando la distinción entre derecho o dominio radical sobre un objeto y derecho útil o expedito sobre el uso de ese mismo objeto— afirmar que esa intención niega el derecho útil; pero concede el derecho radical: el contrato matrimonial no traspasa un derecho radical o dominio sobre el cuerpo sino más bien un derecho útil, un derecho a usar de ese cuerpo y precisamente a usar de una manera determinada: mediante la cópula perfecta. Como no se puede concebir un derecho sobre el uso de un objeto sin el derecho a usar de ese objeto, no se puede otorgar el derecho sobre el uso (mediante la cópula perfecta) del cuerpo sin conceder el derecho a usar de ese mismo cuerpo de esa misma manera. La intención prevalente que excluye los actos o el uso del derecho sobre los actos en los que consiste la cópula perfecta, suprime el consentimiento y, por lo mismo, el derecho a esos actos. Por consiguiente el que celebra el matrimonio con esa intención prevalente de no usar del derecho a la cópula perfecta, concede un derecho sobre el uso sin conceder el derecho de usar, sin conceder el derecho sobre el uso: esto es una manifiesta contradicción.

Como el derecho que en el matrimonio se entrega y acepta es el derecho a un uso bien determinado que, por lo mismo, no puede concebirse sin el derecho de usar, la distinción entre derecho radical y derecho útil envuelve —en este negocio— una patente contradicción.

Grandes tratadistas han defendido que en el matrimonio se entrega precisamente un derecho de propiedad³². Pero sería interesante estudiar si ellos entenderían por ese “*ius domini*” algo más que un simple “*ius ad usum*”.

Por una parte, pues, el contrayente concede en ese caso el derecho al uso y por otra parte niega perpetua o temporalmente de un modo invencible, prevalente, el uso de ese derecho; luego propiamente concede sólo un derecho sin uso, un derecho sin objeto total o parcial.

Ciertamente: no podemos concluir de la intención contraria a la realización de unos actos la imposibilidad jurídica de realizarlos: tendríamos que negar la distinción entre derecho y ejercicio del derecho,

³⁰ Así queda solucionada la controversia sobre si la intención condicionada de excluir temporal o, sobre todo, perpetuamente la procreación por amor a la castidad anula el matrimonio. Desde luego la Rota no declara, en esta hipótesis, la nulidad del matrimonio, a no ser que se trate de una exclusión de los hijos mediante un acto absolutamente prevalente de voluntad: SRRD.: vol. 29 dec. 34 Liverpoolitana c. Heard; vol. 40 dec. 30 Southwarren., c. Staffa; N. 5847 Basilien., 19 iunii 1954 c. Wynen; N. 4272 Ebroicen., 5 augusti 1949 c. Staffa.

³¹ Esta cuestión del método Ogino ha sido tratada en la Rota por vez primera en la sentencia: N. 4306 Insulen., 10 aprilis 1951 c. Pasquazi. Lefebvre comenta esta sentencia: C. LEFEBVRE, *De quadam recenti decisione Sacrae Romanae Rotae quoad methodum Ogino in materia nullitatis matrimonii*. Las Causas Matrimoniales, (Salamanca 1953) 289-298.

³² Baste citar al eminente teólogo de la escuela agustiniana: B. PONCE DE LEÓN, *Tractatus de Sacramento Matrimonii* (Lugduni 1640) L. I c. 17 N. 7-9 pag. 35-36.

entre voluntad de no obligarse y voluntad de no cumplir la obligación contraída. Pero no se trata como pretende una decisión rotal³³, de la concesión de una facultad moral o derecho sobre unos actos cuya realización futura se excluye, sino más bien de que al excluir con una intención absolutamente prevalente esos actos, la facultad deja de ser verdadera facultad: un matrimonio válido sin uso únicamente es concebible si en su nacimiento se concede el derecho sin la exclusión —mediante aquella intención invencible— del uso.

En este sentido, la expresión: es prácticamente inconcebible la verdadera concesión de un derecho cuyo uso quede para siempre excluido³⁴, sólo es admisible suponiendo que ese uso queda excluido precisamente en virtud de aquella intención³⁵: no se opone a la substancia del matrimonio el no usar sino el no poder usar. Los derechos subjetivos se conceden únicamente por razón de su ejercicio, si pues su ejercicio es imposible...

La limitación, pues, del ejercicio del derecho no anula siempre —como pretende Bender³⁶— el matrimonio, sino únicamente cuando pasa a ser objeto de esa intención absolutamente prevalente.

Si el objeto de esa intención fuera la exclusión no del uso sino del *recto* uso del matrimonio, el derecho concedido sería un derecho limitado al abuso del matrimonio y un derecho sobre el abuso del matrimonio es inconcebible.

Quizá un jurista (concedor de que sólo la negación del derecho anula el matrimonio) pueda querer firmemente celebrar un matrimonio válido y, a la vez, excluir firmemente el uso o el recto uso del matrimonio sin excluir el derecho³⁷. Es una hipótesis rarísima. Y además la intención prevalente —en tal caso— no es la intención de excluir la procreación, sino la de celebrar un verdadero matrimonio. La intención con que el contrayente excluye en este caso los hijos no es absolutamente prevalente (no quiere por todos los medios posibles la exclusión de los hijos) sino relativamente prevalente (quiere evitar los hijos; pero sólo con los medios que no se oponen a la validez del matrimonio). Prefiere, desde luego, el matrimonio sin hijos (evitados de ese modo) al matrimonio con hijos; pero, a la vez, prefiere el matrimonio con hijos al matrimonio sin hijos evitados con los medios que

³³ N. 4266 Romana, 25 octobris 1950 c. Felici.

³⁴ SRRD.: vol. 18, dec. 28, Nullitatis c. Mannucci; vol. 40, dec. 62, Varsavien. c. Brennan.

³⁵ N. 4456 Romana, 20 aprilis 1951 c. Staffa; N. 6074 Romana, 27 aprilis 1956 c. eodem.

³⁶ Con su teoría de que la ilimitación del ejercicio del derecho es un elemento esencial del objeto del contrato matrimonial: L. BENDER, *Conditio apposita et matrimonii nullitas*, *Ephemerides Iuris Canonici* 1 (1945) 53-68; L. BENDER, *Consensus matrimonialis et conditio de servanda continentia periodica*, *Ephemerides Iuris Canonici* 8 (1952) 213-215; L. BENDER, *Ius et usus iuris*, *Ephemerides Iuris Canonici* 9 (1953) 38-47. Una decisión rotal refuta atinadamente la tesis del P. Bender: SRRD.: vol. 40 dec. 38 Romana c. Brennan.

Cfr. P. FEDELE, *L'Ordinatio ad prolem nel matrimonio in diritto canonico*, *Ephemerides Iuris Canonici* 14 (1958) 9-48.

anulen el matrimonio: prefiere el matrimonio válido sin hijos al matrimonio válido con hijos, y el matrimonio válido con hijos al matrimonio nulo sin hijos.

6. Suele decirse que el matrimonio es nulo cuando se excluye el derecho y no cuando se excluye el simple ejercicio del derecho a la fidelidad conyugal³⁷. Pero repetimos: ese derecho queda excluido siempre que el contrayente prefiera con intención absolutamente prevalente renunciar incluso al matrimonio antes que aceptar el matrimonio con una sola persona³⁸. No debe, sin embargo, confundirse necesariamente esa intención con el propósito de entregarse después del matrimonio a relaciones adúlteras con el propio amante³⁹: es absurdo suponer —sobre todo si los dos esposos se quieren bien⁴⁰— que se le desee conceder al amante un derecho (a los actos conyugales) negándosele al propio cónyuge; todos —hasta los más perdidos o moralmente corrompidos— suelen distinguir muy bien el legítimo matrimonio (la legítima unión conyugal) y el despreciable arreglo carnal con otra persona y suelen considerar a esas mujeres de la vida más como objeto o instrumento de placer que como sujeto digno de recibir cualquier derecho en orden a la procreación⁴¹, a no ser que se trate de gentes que profesan la doctrina de la poligamia⁴².

Tampoco se debe identificar esta intención con la intención de reservarse incluso el derecho de continuar —después del matrimonio— las abominables prácticas sodomíticas con el amante; porque el derecho mutuo exclusivo que se debe conceder en el matrimonio es taxativamente el derecho restringido a la cópula perfecta con sus efectos naturales y no a otros actos como los actos precisamente antinaturales⁴³.

Este capítulo de nulidad no es invocado con frecuencia. A veces se introduce confundido con el de la simulación total o englobado en el de la indisolubilidad: la exclusión de la indisolubilidad incluye siempre, al menos implícita e indirectamente, la exclusión del derecho

³⁷ N. 5246 Januen., 31 maii 1954 c. Wynen; N. 5920 Romana, 5 maii 1956 c. Wynen.

Cfr. esta distinción en los que se casan con pacto de continencia perpetua: SRRD.: vol. 40 dec. 30 Southvarsen. c. Staffa; vol. 40 dec. 31 Taurinen., c. Staffa; N. 4272 Ebroiden., 5 augusti 1949 c. Staffa.

³⁸ SRRD.: vol. 25 dec. 61 Nullitatis c. Parrillo; N. 6576 Romana, 21 febr. 1948 c. Canestri. Y todas las sentencias rotales que versan sobre la exclusión del "bonum proles", del "bonum fidei".

³⁹ Cfr. nota (3) sub c).

⁴⁰ SRRD.: vol. 22 dec. 24 Nullitatis c. Quattrocolo; vol. 24 dec. 4 Parisien., c. Maissimi; vol. 25 dec. 46 Nullitatis c. eodem; vol. 26 dec. 52 Parisien., c. Guglielmi; vol. 26 dec. 59 Aurelianen., c. eodem; vol. 29 dec. 67 Ianuen., c. Jullien.; vol. 31 dec. 28 Parisien., c. Wynen; N. 4145 Claromontana, 29 martii 1957 c. Mattioli, etc., etc.

⁴¹ N. 4635 Romana, 12 februarii 1955 c. Pinna.

⁴² SRRD.: vol. 31 dec. 28 Parisien., c. Wynen; N. 3519 Ianuen., 17 iunii 1950 c. eodem; N. 4248 Taurinen., 12 februarii 1951 c. eodem.

⁴³ SRRD.: vol. 40 dec. 65 Parisien., c. Wynen.

⁴⁴ SRRD.: vol. 21 dec. 52 Nullitatis c. Parrillo; vol. 27 dec. 42 Nullitatis c. Massimi; N. 5264 Chicagien., 15 martii 1956 c. Lamas; N. 6141 Clevelanden., 11 decembris 1958 c. Mattioli.

a la fidelidad⁴⁵; pero es preciso distinguir bien estas dos intenciones porque la exclusión del "bonum fidei" no incluye la exclusión del "bonum Sacramenti"⁴⁶.

7. En el "bonum sacramenti" el ejercicio del derecho se confunde con el derecho mismo; al excluirse aunque sólo sea la mínima partícula del primero se excluye necesariamente el segundo, ya que lo indisoluble o perpetuo no admite —por su misma naturaleza— solución, ni siquiera momentánea, de continuidad⁴⁷. Por eso, toda intención contraria a la indisolubilidad del matrimonio es también por su misma naturaleza absolutamente prevalente.

Capítulo Segundo: *Prueba presuntiva de la intención absolutamente prevalente*

1. Cuando se acusa la validez de un matrimonio por el capítulo de la simulación total y parcial, la cuestión se reduce a investigar si quedó excluido o limitado substancialmente el consentimiento por medio de una intención absolutamente prevalente; todo se reduce, por tanto, a descubrir la existencia, en el momento de la celebración, de esa intención⁴⁸. Tratándose del capítulo de la simulación parcial por exclusión del "bonum prolis" o del "bonum fidei" preferimos este método al método bastante más complicado e inútil de indagar si quedó excluido el derecho o el ejercicio del derecho: los contrayentes suelen ignorar —y, por lo mismo, mal podrán elegir distintamente— esta sutilísima aunque real distinción⁴⁹.

Tenemos que reconocer, sin embargo, que si toda labor de crítica interna de las pruebas judiciales es dura y difícil⁵⁰ muchísimo más dura y difícil es cuando esas pruebas versan sobre la existencia del acto in-

⁴⁵ N. 4147 Romana, 5 augusti 1949 c. Staffa; N. 4272 Ebroicen., 5 augusti 1949 c. eodem; N. 6028 Parisien., 29 iulii 1955 c. eodem.

Sin embargo: etsi admitendum sit boni sacramenti exclusionem secum necessario non trahere positivo voluntatis actu limitationem iuris ad fidelitatem": N. 6588 Parisien., 4 novembris 1957 c. Lefevbre.

⁴⁶ SRRD.: vol. 40 dec. 48 Versalien. c. Staffa.

⁴⁷ SRRD.: vol. 34 dec. 17 Westmonasterien., c. Heard; vol. 40 dec. 67 Romana c. Staffa; N. 6611 Florentina, 4 iulii 1958 c. eodem; N. 4493 Romana, 19 octobris 1954 c. Felici; N. 6217 Washingtonen., 21 novembris 1958 c. Bejan; N. 6872 Romana, 19 februarii 1959 c. Mattioli.

⁴⁸ N. 4892 Southwarren., 9 novembris 1951 c. Staffa; N. 5778 Romana, 9 februarii 1957 c. Mattioli; N. 6111 Cremonen. seu Mediolanen., 9 decembris 1955 c. Sabattani; N. 5330 Neapolitana, 7 iunii 1955 c. Fideicicchi; N. 4721 Nullitatis, 11 iunii 1953 c. Brennan; N. 4597 Taurinen., 18 aprilis 1951 c. Felici; SRRD.: vol. 36 dec. 30 Nullitatis c. Grazioli; vol. 31 dec. 8 Romana c. eodem.

⁴⁹ N. 5710 Clevelanden., 9 aprilis 1954 c. Staffa; N., 5925 Florentina, 16 iunii 1955 c. Brennan; SRRD.: vol. 38 dec. 40 Taurinen., c. Wynec.

Tan sutil es esta distinción que apenas es inteligible a los mismos Juristas: SRRD.: vol. 36 dec. 30 Nullitatis c. Grazioli.

⁵⁰ El valor precisamente de un juez se mide por el acierto en este delicado análisis interno de las pruebas: SRRD.: vol. 35 dec. 21 Romana c. Canestri; vol. 39 dec. 46 Nullitatis c. eodem.

terno de voluntad. Esta dificultad es una de las causas de la escasez de sentencias rotales afirmativas en estas materias, no obstante el número exorbitante de matrimonios acusados por estos capítulos⁵¹.

Para superar de alguna manera esta dificultad, la Rota se ve precisada a acudir a diversas presunciones "hominis" objetivas. Recordemos que la presunción en sentido objetivo es un instrumento de prueba, un indicio, un argumento, una premisa de donde procede lógicamente la conclusión en que consiste la presunción "hominis" en sentido subjetivo. La Rota suele recomendar mucha cautela en el empleo de estos medios probativos; advierte que se debe evitar la tentación de considerarlos como normas inflexibles aplicables, sin discreción, en cualquier hipótesis práctica y sin la posibilidad de ser superados por otras circunstancias de signo contrario⁵². Su apreciación queda confiada, en cada caso, al recto criterio del juez⁵³ quien, para acertar, debe considerarlos a la luz de todos los imponderables circunstanciales de cada proceso, sin olvidar que, a veces, el conjunto de varias de esas presunciones puede proporcionar la certeza que cada una —considerada aisladamente— no puede producir⁵⁴.

⁵¹ SRRD.: vol. 33 dec. 33 Nullitatis c. Wynen.

⁵² "Verum quas hac de materia... regulas tradunt probati auctores firmatque iurisprudentia SS. Tribunalium, eae non dantur sub forma absoluta et rigida, sine discrimine omnibus casibus applicandae, ut patet ex dictionibus "nisi aliud probetur", "nisi aliud constet". Quapropter... voluntas nupturientis dignoscatur in singulis casibus ex variis adiunctis causae, finis, temporis, modi...": SRRD.: vol. 25 dec. 43 Nullitatis c. Jullien. "Verum hae praesumptiones non solum non continent normam absolutam, cum contrariis argumentis superari possint, sed nec licet quidem eas invocare quoties ob defectum credibilitatis in partibus et testibus nequit iuxta rei veritatem erui quidnam contrahentes voluerint": SRRD.: vol. 38 dec. 40 Taurinen. c. Wynen; vol. 32, dec. 68 N. 6 Jasen. c. eodem; vol. 24 dec. 57 Nullitatis c. eodem; vol. 35 dec. 83 Venetiarum c. Canestri, etc.

⁵³ "Cavendum est... ne singulis praesumptionibus valor certae probationis tribuatur. Iudicis est omnes praesumptiones rimari et ad trutinam revocare": N. 6648, Romana, 16 iulii 1957 c. Felici; N. 4761, Romana, 21 iunii 1951 c. eodem; N. 6346 Naunoten. 15 Nov. 1957 c. Filipiak; SRRD.: vol. 37 dec. 50 Gratianopolitana c. Wynen.

⁵⁴ "Numquam tamen obliterare fas est agi de praesumptionibus quarum unaquaeque in iure definitur: "Rei incertae probabilis coniectura" C. 1825 § 1, et plures tantum simul collectae aut singulae suffultae aliis indiciis atque adminiculis certitudinem componere valent": N. 5797, Nottinghaman. 28 octobris c. Canestri; N. 6596 Constantinopolitana 16 iunii 1958 c. Bonet. Praesumptiones quas ad dirimendum —la cuestión de si se excluyó o no el derecho a la procreación— iurisprudentia suppetit Rotalis non sunt seorsim singulae considerandae, quasi una vel alia valorem plene decisivum habeat, sed simul perpendendae sunt, universa complexione perspecta atque considerato in primis accusatae exclusionis motivo": N. 6323 Taurinen. 14 martii 1959 c. Bejan.

"Unde cum cuncta... argumenta conspirent simul ad adstruendam saltem gravissimam probabilitatem pro defloratione, praesumptio quae de illa per facta certa concubitus ac nuda coniunctionis habebatur, quin submota, roborata est et notetur eam esse violentam iam per se": SRRD.: vol. 32 dec. 34 N. 11-12 Nullitatis c. Canestri.

Varias decisiones rotales afirman: presunciones que, una a una, producirían sólo una prueba semiplena, unidas pueden producir una prueba plena: SRRD. vol. 35 dec. 65, Heliopolitana Maronitarum c. Canestri..

Y todas las decisiones rotales aplican prácticamente ese principio; pero es interesante destacar la decisión: SRRD.: vol. 15 dec. 15, Nullitatis c. Massimi. Esta decisión distingue expresamente: argumentos presuntivos que inclinan a admitir el hecho como verosímil y probable; argumentos presuntivos que incrementan enormemente esa probabilidad; argumentos presuntivos que convierten esa probabilidad intensa en certeza moral porque se trata "de actibus et circumstantiis copulae proximis atque cum ea coniunctis ita ut locus sit violentae illi praesumptioni per quam carnis copula probatur".

Se trata, por consiguiente, de superar mediante presunciones en favor de la prevalencia de la intención de celebrar un matrimonio nulo, las presunciones legales y de hecho en favor de la prevalencia de la intención de celebrar un matrimonio válido. Aquellas presunciones se deducen principalmente, de las manifestaciones prácticas (orales, hechos, etc.) del contrayente: últimamente no podemos conocer esas intenciones más que a base de las manifestaciones del contrayente.

2. El juez continuamente está utilizando, al menos de una manera implícita, presunciones "hominis" objetivas en el examen de las pruebas judiciales: testificales, documentales, etc.

Pero especialmente las emplea en algunos procesos de nulidad matrimonial:

1) Para probar la muerte de uno de los cónyuges, la concesión de la delegación para la válida asistencia al matrimonio, la administración del bautismo.

2) Para conocer la realización de la cópula adúltera en el impedimento de crimen, o la adúltera y fornicaria en el impedimento —antes del Código— de afinidad⁵⁵.

3) Y, sobre todo, cuando se trata de descubrir un vicio substancial (vgr.: la coacción moral), o un defecto por condición propia o por simulación total y parcial del consentimiento⁵⁶:

a) En cuanto a la coacción moral: suele aducirse —como prueba presuntiva— la desazonada y brevísima convivencia conyugal⁵⁷ y, particularmente, la constante aversión al matrimonio o al otro contrayente⁵⁸ de suerte que cuanto más grave y constante sea la aversión, tanto más fuerte es la presunción⁵⁹ hasta poder constituir ella sola, se-

⁵⁵ SRRD.: vol. 4 dec. 8 Nullit. c. Cattani; vol. 5 dec. 43 Imolen., c. Perathoner; vol. 6 dec. 15 Nullit. c. Many; vol. 7 dec. 12 Nullit. c. Sincero; vol. 13 dec. 28 Nullit. c. Prior vol. 15 dec. 17 Nullit. c. Massimi; vol. 16 dec. 3 Nullit. c. Florczak; vol. 26 dec. 11 Nullit. c. Jullien; vol. 27 dec. 30 Nullit. c. Grazioli; vol. 35 dec. 56 Nullit. c. Canestri; vol. 37 dec. 11 Mexicana c. Jullien; N. 5727 Beryten. Maronitarum, 7 april 1959 c. Felici.

⁵⁶ "Praesumptionibus hominis est *positimum* locus in causis quae spectant ad consensus defectum... "Instrucción "Provida Mater" de la S. C. de Sacr. 24 de julio 1936, AAS. 28 (1936) 346.

"Iurisprudentia ad aliquid penetrandum in operationibus intellectus et voluntatis cogitur ad praesumptiones, indicia et adminicula recurrere, quae aliquando in suo complexu possunt quidem quendam certitudinem moralem parere": N. 4618 Montis Albani, 12 aprilis 1956 c. Canestri.

⁵⁷ N. 6718 Catanen., 28 ianuarii 1959 c. Lamas.

⁵⁸ SRRD.: vol. 4 dec. 22 Nullit. c. Lega; vol. 9 dec. 7 Nullit. c. Sebastianelli; vol. 20 dec. 30 Nullit. c. Massimi; vol. 20 dec. 31 Nullit. c. eodem; vol. 27 dec. 28 Vindobonen. c. eodem; vol. 27 dec. 48 Nullit. c. eodem; vol. 21 dec. 47 Alexandrina Armenorum c. Quattocolo; vol. 24 dec. 41 Parisien. c. Mannucci; vol. 26 dec. 49 Nullit. c. eodem.

⁵⁹ SRRD.: vol. 21 dec. 59 Kaunen. c. Massimi; vol. 22 dec. 25 Transilvanien. c. eodem vol. 22 dec. 42 Vic. Apost. de Bukoba c. eodem; vol. 25 dec. 65 Parisien. c. eodem; vol. 34 dec. 60 Napolit. c. Heard; vol. 27 dec. 2 Pinsken. c. Grazioli; N. 6718 Catanen. 28 ianuarii 1959 c. Lamas; N. 6911 Agrigentina M., 15 ianuarii 1959 c. Mattioli.

gún algunas decisiones (en contra de otras)⁶⁰, incluso certeza moral de la coacción⁶¹.

b) En cuanto a la condición propia añadida al consentimiento: para distinguirla del simple postulado o prerequisite se señalan diversos criterios:

Algunas decisiones: la importancia considerable que el contrayente le daba a la circunstancia que condicionó —según se pretende demostrar— la existencia o la validez del matrimonio, y la reacción de ese mismo contrayente al cerciorarse —después de la boda— de que esa circunstancia no se había verificado⁶².

Otras añaden: la duda grave —aun meramente patológica— prematrimonial de ese contrayente acerca de la existencia de esa circunstancia tan requerida⁶³.

Otras consideran además: la gravedad objetiva —en cuanto que de esa circunstancia depende muchísimo la felicidad de la convivencia conyugal— de esa circunstancia⁶⁴.

Y finalmente otras exigen también que el contrayente conociera, de algún modo, al poner la condición, que su matrimonio sería nulo si esa condición no se verificaba⁶⁵.

c) En cuanto a la simulación total y parcial⁶⁶.

⁶⁰ N. 6465 Parisien. 13 martii 1958 c. Bejan; SRRD.: vol. 35 dec. 69 Panormitana c. Julien; vol. 36 dec. 43 Napolitana c. eodem; vol. 37 dec. 17 Parisien. c. eodem; vol. 23 dec. 49 Aureliana c. Wynen.

⁶¹ N. 6698 Goritien. seu Venetiarum, 21 maii 1959 c. Pasquazi.

⁶² N. 6830 Sancti Galli 14 febr. 1959 c. Ewers; N. 6712 Romana, 7 febr. 1958 c. Sabbatani.

⁶³ N. 5083 Sedunen., 26 iunii 1953 c. Staffa; N. 6368 Leodicen., 27 iulii 1957 c. Pinna; N. 6478 Montirregalen. seu Panormitana, 31 maii 1957 c. eodem; N. 5772 Interamen. seu Perusiana, 21 novembr. 1958 c. Brennan; N. 6748 Matriten. 12 febr. 1959 c. eodem N. 6070 Taurinen. 24 maii 1958 c. Heard; N. 6140 Perusina 26 iunii 1958 c. eodem.

⁶⁴ N. 6463 Marianopolitana, 21 maii 1958 c. Sabbatani.

⁶⁵ N. 6517 Vic. Ap. Heliopolis in Aegypto, 19 decembr. 1957 c. Heard; N. 6082 Parisien. 10 martii 1956 c. eodem.

Estudia detenidamente la mayoría de estos criterios: N. 5928 Romana, 18 ianuarii 1955 c. Felici.

⁶⁶ a) En general: "Nostris quoque S. Tribunalis Iurisprudentia vim praesumptionum saepissime vindicavit": SRRD.: vol. 34 dec. 21 Feretrana c. Grazioli. "Sustinere quod talis vir... voluerit sincere suscipere obligationes cum matrimonio substantialiter connexas... idem est ac negare quod iudex ex circumstantiis deducere valeat gravem, immo vehementem praesumptionem hominis, quae pariat in eo certitudinem moralem. Et qui id negare praesumpserit, eo ipso negat possibilitatem cuiuscumque fere probationis in iudicio, nam absque efformatione praesumptionum, praecipue vehementium, iudex non amplius valet ius dicere": SRRD.: vol. 33 dec. 39 N. 13 Nullitatis c. Wynen; Lo hace suyo: N. 6184 Brukljnien. 6 martii 1958 c. Bejan.

"In his causis tota probatio est coniecturalis": SRRD.: vol. 25, dec. 14 Romana c. Morano; vol. 16, dec. 14 Nullitatis c. Chimenti; vol. 18, dec. 32 Nullitatis c. Solieri; vol. 24, dec. 57 Nullitatis c. Wynen; vol. 36, dec. 59 Romana c. eodem; Cfr. I. Prieto, Nulidad por exclusión total del matrimonio o del "bonum prolis", Las Causas Matrimoniales (Salamanca 1953), pág. 269.

b) En concreto: 1) respecto a la exclusión del *bonum prolis*: "Merito ideo dici potest hisce in causis ob exclusionem boni prolis, probationem coniecturalem esse": N. 5910 Mediolanen., 21 Martii 1957 c. Bejan; "Exclusio iuris rarissime probabitur directe, non enim solent nupturientes cogitare de exclusione iuris. Nec facile sunt in hac materia praesumptiones admittendae": N. 5058 Romana, 2 maii 1953 c. Bonet.

"Non facilis tamen est probatio exclusionis iuris. Hinc Iurisprudentia praesumptionibus quibusdam uti solet quae iudicis mentem adiuvere possunt... quin tamen hae praesumptiones

A. *Algunas presunciones más corrientes en los procesos de nulidad matrimonial por simulación total*

El consentimiento matrimonial es: 1) totalmente incompatible: a) con la enorme e implacable aversión (al contrario de la simple falta de cariño) de uno de los contrayentes al otro⁶⁷; b) con la innatural repugnancia a casarse en la Iglesia Católica⁶⁸; c) con la intención de hacerse "sui iuris" y una vez libre de todo obstáculo poder fácilmente celebrar su anhelado matrimonio con el amante⁶⁹; d) con la intención de volver cuanto antes al lado de otra mujer con la que —de buena fe— estaba inválidamente casado⁷⁰; e) con la persuasión de que, al estar casado (aunque inválidamente; pero creyendo que válidamente) con otro, su segundo matrimonio sería no sólo jurídicamente nulo, sino impedido, una vez celebrado, por la ley civil para obligarle a convivir con el primer cónyuge⁷¹.

2) Casi inconcebible: a) en quien considera el matrimonio como una desgracia detestable⁷²; b) en quien pertinazmente se niega a celebrar el matrimonio civil que él considera como el único matrimonio válido⁷³; c) en quien consiente en casarse pero con la firme decisión de no hacer nunca vida conyugal: ciertamente la cohabitación no es esencial al matrimonio; pero es necesaria para poder ejercitar los derechos y obligaciones substanciales del matrimonio; podemos, por tanto, concluir que quien la excluye decididamente, no quiso seriamente conceder-aceptar esos derechos y esas obligaciones⁷⁴; d) en algunas

quae semper sunt facti, necessario iudicis decisionem cogant. Tamen momento non carent": N. 5377 Barcinonen., 12 aprilis 1957 c. Bonet.

"Cum partes, iuris plerumque imperitae, vix distinguant inter ius et usum iuris, ad discernendum quid revera contrahendo excluserint, fit recursus ad quasdam praesumptiones": N. 5829 Taurinen., 11 Ianuarii 1955 c. Felici.

"Ad solvendam hanc difficultatem sana doctrina Auctorum probatorum et Iurisprudentia ecclesiastica praesertim tribunalis Ordinarii S. Sedis seu S. R. Rotae statuerunt praesumptiones, quod genus probationis ab ipso Codice constitutum, nemini permittitur contemnere aut negligere": SRRD.: vol. 39, dec. 35 Taurinen. c. Wynen.

2) En cuanto a la exclusión de la *fidelidad*: "Quoad autem unitatem... saepe difficilimum est dignoscere, quare Iudex plerumque ad praesumptionibus recurrendum cogitur": SRRD.: vol. 32, dec. 44 Parisien. c. Grazioli.

3) Exclusión de la *indisolubilidad*: "In defectu... directae probationis assertae simulationis consensus matrimonialis admitti potest praesumptio": SRRD.: vol. 32, dec. 16, Vindobonen. c. Pecorari.

⁶⁷ SRRD.: vol. 37, dec. 42 N. 24 Nullitatis c. Canestri; N. 4732 Romana, 8 iulii 1953 c. Doheny.

⁶⁸ SRRD.: vol. 29, dec. 68 Radiopolitana c. Quattrocolo.

⁶⁹ SRRD.: vol. 29, dec. 54 Parisien. c. Grazioli.

⁷⁰ SRRD.: vol. 21, dec. 27 S. Hippolyti c. Grazioli.

⁷¹ SRRD.: vol. 17, dec. 37 Nullitatis c. Massimi.

⁷² N. 4935 Catanien., 5 maii 1953 c. Felici. No es preciso recordar que la coacción moral —que suele darse en estos casos— puede ser causa motiva de la simulación.

⁷³ SRRD.: vol. 32, dec. 31 N. 8, 9 Nullitatis c. Canestri; vol. 33, dec. 39 N. 10 Nullitatis c. Wynen.

⁷⁴ "Quoties ideo in matrimonio ineundo ostenditur exclusa cohabitatio... per violentam praesumptionem concilienda est implicita reiectio trium bonorum": SRRD.: vol. 39, dec. 2 Cincinnaten. c. Canestri; vol. 37, dec. 42 Nullitatis c. eodem.

"Quomodo autem iurium coniugalium traditio —acceptatio cum tam firma ac perversa vo

circunstancias: cuando los contrayentes no cohabitaron de hecho nunca, por mutuo acuerdo⁷⁵ por haberse fugado uno de ellos inmediatamente después de la boda⁷⁶ sobre todo si se fugó sin ni si quiera consumir el matrimonio⁷⁷ o para irse a convivir con su amante⁷⁸ o para celebrar nuevas nupcias, abrazar otro estado de vida⁷⁹.

En virtud de algunas de estas presunciones han sido declarados nulos varios matrimonios⁸⁰.

luntate consistere potest"?: N. 4732 Romana, 8 iulii 1953 c. Doheny. Esa intención "grave indicium constituere potest simulationis totalis": N. 5353 Nullitatis, 30 iulii 1956 c. Staffa; con ella "simulationis totalis adiuvatur probatio": N. 4607 Nullitatis, 24 februarii 1956 c. eodem; y unida a otros indicios "probationem iuridicam ficti consensus praebere potest": N. 6799 Mediolanen., 9 maii 1959 c. Heard.

⁷⁵ Esta circunstancia es en la Causa "caput": SRRD.: vol. 16, dec. 19 N. 10, Colonien., c. Parrillo; "coniectura princeps": vol. 12, dec. 9 N. 11 Nullitatis c. Massimi; "admiculum non parvi momenti": vol. 39, dec. 26 N. 15 Vilnen. c. Caiazzo.

⁷⁶ "Recolenda est fuga statim post nuptias arrepta, quae iuxta iurisprudentiam Nostri Fori, est gravissimum indicium...": N. 6150 Bruklynien., 15 novembris 1956 c. Brennan; "Inter graves ficti consensus coniecturas doctrina iurisprudentiaque ponunt citissimam fugam": SRRD.: vol. 38, dec. 39 Nullitatis c. Jullien. Pero es preciso advertir que: "fugitivum ab affectu animi intelligendum esse non utique a fuga, animum enim fugitivum facere": SRRD.: vol. 38, dec. 39 Nullitatis c. Jullien.

⁷⁷ "Omnium vero factorum in casu gravissimum est viri fuga... vim habet plenae probationis... numquam cum muliere habitavit, numquam cum illa rem habuit": SRRD.: vol. 3, dec. 22 Nullitatis c. Prior; esta circunstancia es "gravissimum indicium simulationis": SRRD.: vol. 19, dec. 21 Nullitatis c. Grazioli.

⁷⁸ "Factum simulationis conicitur ex hac vehementi praesumptione, nempe mulierem e domo coniugali statim ad amasium quem antea per longius tempus coluerat reversam esse atque eius usum et familiaritatem servasse": N. 5584 Harlens., 14 novembris 1955 c. Filipiak.

"Prorsus improbable est verum matrimonium inire voluisse illum qui die ipso nuptiarum uxorem deserere non dubitat et alteri mulieri tantopere dilectae adhaerere": N. 5752 S. Sebastiani, 16 februarii 1956 c. Brennan.

⁷⁹ "Quae vero matrimonium sunt secuta, eo urgentiora habenda sunt, quo actui proximiora, dummodo suspicione qualibet expertia: hinc... subitaneus discessus e coniugali domo et alterius status susceptio merito a Doctoribus tamquam citissimae simulati consensus manifestationes habentur": SRRD.: vol. 15, dec. 19 Nullitatis c. Parrillo.

"Si quod dubium exstare poterat, illud ipsemet Caius sua agendi ratione plene submovit. Equidem vero, duodecim vix elapsis diebus post nuptias quibus Annae sumptibus vixit, quin nihil suae uxori exprobandum habuerit, occasionem nactus quod alio se transferre deberet, eam dereliquit... Iamvero inter indicia quae plene probant consensus simulationem, praecipue fuga recensetur immediate post matrimonii celebrationem arrepta, seu coniugis derelictio iuncta cum alterius matrimonii conatu, prouti in casu accidit. Expunctus namque, haud multo post, Caius, e carceris custodum numero... undecim nempe post menses ab initis nuptiis coram Ecclesia cum Anna, civili foedere se iunxit cum altera muliere... Ea haec visa sunt Patribus, ut iam ex ipsis argui posse censuerint ficte Caius in matrimonio consensusse": SRRD.: vol. 18, dec. 6 N. 14, Nullitatis c. Grazioli.

"Coniecturaliter simulationis probationem auget... magni ponderis circumstantia quod post paucos menses ab initis nuptiis, et prole demortua, a catholico Ioanne perpetuo et definitive Elisabetha discessit, ad maternam rediens domum et alteri viro catholicae fidei, ut in eius erat votis, adhaesit": SRRD.: vol. 29, dec. 68 N. 14, Radiopolitana c. Quattrocolo.

⁸⁰ Las circunstancias de donde se deducen esas presunciones deben ser —según la Rota— para que en su virtud se pueda declarar nulo un matrimonio: "adeo praecisae et urgentes", "certae et determinatae quaeque cum simulatione cohaereant", "concordantes atque evidentes", "ita certae atque inter se connexae" que, en la prudente apreciación del juez, produzcan certeza moral: SRRD.: vol. 15, dec. 4, Nullitatis c. Amadori; vol. 15, dec. 19, Nullitatis c. Parrillo; vol. 18, dec. 33, Nullitatis c. eodem; vol. 16, dec. 8, Nullitatis c. Jullien; vol. 17, dec. 7, Nullitatis c. eodem; vol. 17, dec. 46, Nullitatis c. eodem; vol. 19, dec. 24, Nullitatis c. eodem; vol. 16, dec. 36, Nullitatis c. Mannucci; vol. 26, dec. 79, Nullitatis c. Guglielmi; vol. 25, dec. 67, Magnovaradinen. c. eodem; vol. 18, dec. 32, Nullitatis c. Solieri; vol. 19, dec. 27, Nullitatis c. Massimi; vol. 28, dec. 64, Nullitatis c. Quattrocolo; vol. 26, dec. 8, Meliten. c. Wynen; vol. 34, dec. 70, Nullitatis c. eodem; vol. 32, dec. 21, Nullitatis c. Canestri, etc., etc. Y efectivamente la Rota ha encontrado en varias decisiones esa clase de circunstancias: "Tam vehementes ex actis praesumptiones conicere licet ut moralis certitudo poni possit eam matrimonium non nisi simulavisse... Haec quidem simul sumpta ac simul con-

B. *Algunas presunciones más corrientes en los procesos de nulidad matrimonial por simulación parcial*

Artículo I.—*En la exclusión del "bonum prolis".*

Las presunciones más corrientes —para investigar la intención absolutamente prevalente— en estos procesos suelen ser: 1) la condición unilateral o bilateral, el pacto, la simple intención absoluta y perpetua de excluir la procreación hechas antes o en el momento de la celebración de la boda; y si fueron hechas antes, no retractadas; 2) la tenacidad obstinada en no usar o en abusar del matrimonio; 3) la insistente manifestación —antes y durante el matrimonio— de las intenciones de evitar los hijos; 4) la índole amoral, inmoral, arreligiosa e irreligiosa del contrayente.

Vamos a estudiar detenidamente cada una de ellas:

A. *Condición y pacto.*

a) Algunos no dudan en llamarle a la intención absolutamente prevalente "condición mental"⁸¹. Y son muchas las sentencias que las identifican substancialmente: en cuanto a su naturaleza, a su fuerza o eficacia y a sus efectos. Porque tanto en el caso de la simple intención del can. 1086, § 2 como en el caso de la condición del can. 1092,2 hay exclusión o limitación del derecho, exclusión o limitación del consentimiento y en ambos casos la exclusión o limitación del derecho procede, como efecto inmediato y necesario, de la exclusión o limitación del consentimiento que, a su vez, procede sólo de la condición explícita (can. 1092,2) o implícita (can. 1086, § 2). El acto, pues, del can. 1082, § 2, supone siempre implícitamente un consentimiento emitido bajo condición contraria a la substancia del matrimonio⁸². Como

siderata non aliam explicationem admittunt extra simulatum mulieris consensum": N. 5587, Harlens., 14 novembris 1955 c. Filipiak.

"Ex omnibus vero hisce circumstantiis oritur vehemens praesumptio simulati consensus viri" —negar esto, añade— "idem est ac negare quod iudex ex circumstantiis deducere valeat gravem immo vehementem praesumptionem hominis quae pariat in eo certitudinem moralem": SRRD.: vol. 33, dec. 39 N. 13, Nullitatis c. Wynen.

Cfr. SRRD.: vol. 33, dec. 64, Nullitatis c. Grazioli; vol. 18, dec. 32, Nullitatis c. Solieri; vol. 18, dec. 32, Nullitatis c. Parrillo; N. 6080, Matriten., 24 aprilis 1956 c. Felici.

Para establecer esas presunciones la Rota se ha inspirado en la doctrina canónica: FH. SANCHEZ, *De Sancto Matrimonii Sacramento*, Lib. II, Disp. XLV. N. 1-24, pág. 147-148; C. COSCIUS, *De separatione tori coniugalis* (Romae 1773) Lib. I, cap. VIII. N. 96-125; P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio* (Pol. Vatic. 1932) vol. II. N. 818-824, pág. 39-44.

⁸¹ P. GASPARRI, *Tractatus Canonicus de Matrimonio*, vol. II (Typis polyglottis Vaticanis 1932) pág. 28 N. 807; la sentencia: N. 6383 Taurinen., 25 martii 1957 c. Wynen, no duda en afirmar que Gasparri "acute, iure merito" llama "conditionem mente retentam" a este acto.

D. STAFFA, *De conditione e qua pendet matrimonialis contractus*, Analecta Gregoriana 69 (1955) N. 21.24, pág. 232-233.

D. STAFFA, *De conditione contra matrimonii substantiam*, pág. 23, nota 34; pág. 28; pág. 30, nota 43; pág. 31. N. 11; pág. 43. N. 18, nota 83.

⁸² N. 4686 Bugellen., 9 augusti 1951 c. Staffa; N. 4244 Taurinen., 19 octobris 1951 c. eodem; N. 5556 Taurinen., 6 augusti 1954 c. eodem; N. 6668 Parisien., 31 octobris 1957 c. eodem; N. 4272 Ebroicen., 9 augusti 1949 c. eodem: Parece contradecirse: "Et si... actus iste positivus

la simple intención queda absorbida por la condición, el can. 1086, § 2, queda absorbido por el can. 1092,2.

Y la simple intención no anula el matrimonio, sino cuando equivale o tiene la fuerza de una verdadera condición "sine qua non"; pero equivale o tiene la fuerza de esa condición siempre y sólo cuando es absolutamente prevalente. La condición verdadera "sine qua non" es causa cierta e inevitable de la exclusión del derecho porque incluye una intención absolutamente prevalente⁸³ y, a la vez, esa intención al ser absolutamente prevalente equivale a una condición verdadera "sine qua non".

En esa condición, pues, de excluir temporal o perpetuamente la procreación mediante el no uso (vgr.: por motivos de castidad, por el empleo del método Ogino) o el abuso del matrimonio, y en el pacto que, de algún modo, incluya o, al menos, equivalga a esa condición no cabe la célebre distinción —que en sí reconocen⁸⁴— entre derecho y ejercicio del derecho, como no cabe en la intención absolutamente prevalente⁸⁵.

Se distinguen, sin embargo, la condición verdadera y la simple intención conceptualmente. Diríamos que la simple intención es una condición no desarrollada: la voluntad está en disposición —tiene la inclinación o tendencia— de expresarse, si fuera necesario, en la forma

de facto conditio non sit quia neque... substantiam (!) conditionis iduit, voluntate tamen elicitur disposita ita ut, si opus esset, vera conditio fierit... propterea mirum non est si, sensu lato accipientis verbum, actum quem nunc positivum vocamus nomine conditionis Veteres comprehendebant"; N. 5232 Florentina, 25 octobris 1954 c. Pinna; N. 6084 Taurinen., 16 iulii 1957 c. eodem; N. 6642 Pinerolien., 16 novembris 1957 c. eodem; N. 5493 Chicagien., 28 aprilis 1955 c. Brennan; N. 6512 Bruklynien., 30 iunii 1958 c. eodem; N. 5058 Romana, 2 maii 1953 c. Bonet; N. 5413 Tridentina, 19 decembris 1953 c. eodem; N. 5287 Romana, 30 iunii 1955 c. Sabbatani; N. 5554 Heliopolitana, 22 iunii 1954 c. Fidicicchi; N. 4851 Romana, 24 ianuarii 1953 c. Heard; N. 6142 Nottinghamen., 28 maii 1955 c. eodem; N. 6582 Romana, 12 iunii 1957 c. eodem; N. 6293 Florentina, 25 iulii 1957 c. eodem; N. 6955 Nicen., 14 februarii 1959 c. eodem; SRRD.: vol. 7, dec. 3 Neo-eboracen., c. Prior; vol. 19, dec. 55, Nullitatis c. Parrillo; vol. 21, dec. 52, Nullitatis c. eodem; vol. 31, dec. 42, Florentina c. Jullien, etc., etc.

Algunas sentencias le aplican esta doctrina no a la condición verdadera sine que non en general, sino expresamente a la condición "contra matrimonii substantiam": N. 5355 Taurinen., 9 decembris 1953 c. Fidicicchi; N. 5812 Romana, 16 novembris 1954 c. Brennan.

⁸³ La condición exige por su misma naturaleza la prevalencia —en la mente y en la intención del contrayente—: D. STAFFA, *De conditione e que pendet matrimonialis contractus*, Analecta Gregoriana 69 (1955) pág. 229 N. 13; SRRD.: vol. 15, dec. 32, Nullitatis c. Chimenti; vol. 40, dec. 37, Romana c. Heard.

⁸⁴ Algunos han interpretado erróneamente —en este punto— esas decisiones. De ello se lamenta: N. 5028 Southwarcen. 23 februar. 1954 c. Doheny. Precisamente Mons. Staffa —que puede y debe ser considerado como el gran propulsor de esta corriente rotal— expuso con maestría los fundamentos de esta distinción en su sentencia: N. 4385 Romana, 23 febr. 1951 c. Staffa, refutando la sentencia del Vicariato de Roma c. Oesterle, 9 febr. 1949, *Il Diritto Ecclesiastico* 60 (1949) 159-169. A esta réplica de Staffa contestó vivamente Oesterle: G. OESTERLE, *Animadversiones in sententiam S. R. Rotae diei 23 febr. 1951 c. Staffa*, *Il Diritto Eccl.* 62 (1951) 730-750. Y no menos briosamente contestó Staffa: D. STAFFA, *De iure et eius exercitio relate ad bonum prolis*, *Ephemerides Iuris Canonici* 7 (1951) 288-289. Posteriormente insistió Oesterle: G. OESTERLE, *Ius et usus iuris in re matrimoniali iuxta Benedictum XIV*, *Il Diritto Eccl.* 68 (1957) Parte I, 80-88. Se hace eco de esta discusión: N. 5553 Bononien., 17 decembris 1955 c. Pinna. Muy interesante también: SRRD.: vol. 38, dec. 22, Nullitatis c. Wymen.

⁸⁵ N. 6447 Nicen., 18 iulii 1958 c. Staffa; N. 4350 Clavaren., 22 decembris 1949 c. eodem.

de una verdadera condición⁸⁶; sin razón se podrá concluir —como lo hace una sentencia rotal⁸⁷— que la simple intención es sólo interpretativa o habitualmente condición, como si fuera una especie de condición interpretativa o habitual⁸⁸. Al distinguirse por la forma de expresión se distinguen también por la fuerza probatoria⁸⁹.

La condición verdadera “sine qua non”, por lo tanto, es siempre “contra matrimonii substantiam” (can. 1092,2); es siempre causa absolutamente cierta y necesaria y, por lo mismo, argumento cierto, directo (no sólo presuntivo) de la nulidad del matrimonio⁹⁰. No se trata, pues, de una condición que puede ser lícita (de presente o de futuro potestativa), simplemente ilícita o ilícita “contra matrimonii substantiam”⁹¹.

El consentimiento condicionado —como dirían los que sostienen que la condición afecta a la eficacia intrínseca y específica del consentimiento⁹² o el consentimiento en el matrimonio condicionado— como prefieren los que defienden que la condición afecta al matrimonio⁹³— con condición propia explícita o implícita⁹⁴ no es alternativo⁹⁵, sino ab-

⁸⁶ La postura psicológica del contrayente es muy diversa en cada uno de los dos casos: con la simple intención rechaza de un modo absoluto todo el contrato —o al menos algunos de sus elementos esenciales—; con la condición los rechaza de manera hipotética: SRRD.: vol. 37, dec. 27, Taurinen. c. Roberti; N. 5556 Taurinen., 6 augusti 1954 c. Staffa; N. 4448 Utinen., 29 aprilis 1952 c. Pasquazi; algún autor ni siquiera conceptualmente las distingue: V. DEL GIUDICE, *Appunti circa il can. 1092 del Codex Iuris Canonici, Il Diritto Eccl.* 66 (1955) Parte I, 18.

⁸⁷ N. 5334 Taurinen., 13 maii 1954 c. Canestri.

⁸⁸ N. 4272 Ebroicen., 5 augusti 1949 c. Staffa.

⁸⁹ N. 5493 Chicagien., 28 aprilis 1955 c. Brennan; N. 6512 Brukljnyen., 30 iunii 1958 c. eodem; N. 4851 Romana, 24 ianuarii 1953 c. Heard.

⁹⁰ Mons. Staffa fue quien más influyó en esta nueva orientación rotal con la publicación, principalmente, de sus dos estudios (frecuentemente citados por las sentencias rotales que siguen esta tendencia): “De actu positivo voluntatis quo bonum essenziale matrimonii excluditur, *Monitor Ecclesiasticus* 74 (1949) 164-173. De conditione contra matrimonii substantiam (Romae 1952). Son muchas sus sentencias sobre esta materia. Merecen destacarse: N. 4272 Ebroicen., 5 augusti 1949 c. Staffa; N. 6447 Nicen., 18 iulii 1958 c. eodem. De otros Ponentes: N. 6111 Cremonen., 9 decembris 1955 c. Sabattani; N. 6041 Romana, 13 octobris 1956 c. Pinna. Y todas las citadas en la nota 82.

De una manera menos precisa habían sostenido esta misma doctrina varias sentencias más antiguas: SRRD.: vol. 6, dec. 33, Nullitatis c. Prior; vol. 14, dec. 10, Nullitatis c. eodem; vol. 14, dec. 18, Nullitatis c. eodem; vol. 11, dec. 18, Nullitatis c. Sincero; vol. 19, dec. 54, Nullitatis c. Guglielmi; vol. 21, dec. 13, Mohilovien. c. eodem; vol. 27, dec. 53, Catanen., c. Quattrocolo; vol. 23, dec. 53, Nullitatis c. Mannucci.

⁹¹ Sobre estas clases de condiciones: D. STAFFA, *De conditione potestativa in contractu matrimoniali*, Separata de *Monitor Ecclesiasticus* IV (1954) 647-653; G. DOSSETTI, *La figura del contratto preliminare e il contratto matrimoniale*, *Analecta Gregoriana* 69 (1955) 343, nota 20.

⁹² Así L. RODRIGO, *De matrimonio ad terminum inito*, *Analecta Gregoriana*, 69 (1955) 250-257; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto* (Roma 1951) 313 N. 154; V. DEL GIUDICE, *Nozioni di Diritto Canonico* (Milano 1953) 196 nota 123.

⁹³ D. STAFFA, *De conditione e qua pendet matrimonialis contractus*, *Analecta Gregoriana*, 69 (1955) 222-223 N. 6-7.

⁹⁴ No todos admiten la condición implícita, a no ser con algunas reservas: R. LAMAS LAURIDO, *Nulidad por condición de pasado o de presente puesta y no cumplida*, *Las Causas matrimoniales* (Salamanca 1953) 378. En cambio otros la admiten abiertamente: D. STAFFA, *De actu positivo voluntatis quo bonum essenziale matrimonii excluditur*, *Monitor Ecclesiasticus* 74 (1949) 166.

⁹⁵ G. DOSSETTI, *La figura del contratto preliminare e il contratto matrimoniale*, *Analecta Gregoriana*, 69 (1955) 348 N. 16; 372 N. 24.

soluto psicológicamente, aunque no sea absoluto jurídicamente⁹⁶. Bajo el aspecto jurídico queda limitado en sí mismo (según la primera sentencia) o en su objeto —el matrimonio— (según la segunda sentencia) intrínseca y subjetivamente por la misma voluntad, extrínseca y objetivamente por la verificación de la circunstancia futura⁹⁷. Pero la voluntad lo limita no con un nuevo acto añadido al consentimiento, sino mediante un nuevo objeto o circunstancia: no se trata, pues, de dos actos de voluntad, sino de un solo acto con dos objetos⁹⁸.

El consentimiento matrimonial tiene, en ese caso, dos objetos: en cuanto consentimiento no condicionado o en cuanto consentimiento de un matrimonio no condicionado, quiere de un modo absoluto el derecho al uso recto de la cópula; ese mismo consentimiento en cuanto condicionado o en cuanto versa sobre un matrimonio condicionado quiere de un modo absoluto también la exclusión del uso o del recto uso de aquel derecho. El contrayente dice con un solo acto de su voluntad: quiero el derecho al uso recto de la cópula, en cuanto no lleve consigo el uso recto de ese derecho. El objeto primero (el derecho al uso recto...) debe ser anterior (al menos natura, aunque no lo sea por razón del tiempo) al objeto segundo (exclusión del recto uso...).

De las tres notas de toda condición (la duda o incertidumbre, la futurición y la prevalencia) esta última es una nota tan esencial a la condición que la condición no puede siquiera ser concebida sin ella. La voluntad, por tanto, quiere prevalentemente el segundo objeto que pasa a formar parte constitutiva del primer objeto. Lo que en realidad quiere el contrayente es un derecho sin uso o sin recto uso (perpetuo, temporal). Su postura no es: quiero un derecho sin uso... Su postura

⁹⁶ G. DOSSETTI, *La figura del contratto...* 375.

Según los defensores de la primera opinión el consentimiento no es en este momento totalmente perfecto: "Quia igitur consensus positus est a primo momento ut vere et actu in se ipso matrimonialis, volo matrimonium ex nunc, erat iam in se ipso perfecte sufficiens ad se solo vinculum matrimoniale causandum, sed quia simul positus est ut non actuandus in hac sibi intrinseca efficaciam nisi ad adventum termini praevisi et voliti, volo ex nunc, sed pro tunc, non erat ante istud tunc actuabilis ex propria sua natura et intrinseca tendentia causativa. Terminum autem expleto, cum eo ipso dispareret obex sibi intrinsecus ad propriae virtualitatis explanationem seu actuandam, haec ex eadem natura et tendentia consensus initialis, erat necessario actuanda.

Quapropter, consensus ante expletum terminum erat *intrinsece* vere et perfecte matrimonialis quod virtualitatem sibi propriam; sed simul erat interea *intrinsece* incapax qui posset actuari in hac sibi propria virtualitate, utpote *intrinsece* positus ut non actuandus in ipsa, nisi ad terminum praevisum expletum. Expletio igitur termini nihil aliud facit, nisi actuare extrinsecam hanc circumstantiam, pro qua consensus, ab initio vere matrimonialis, positus est ut tunc tantum in hac sua virtualitate actuabilis et actuandus": L. RODRIGO, *De matrimonio ad terminum...* 271 N. 62; 257 N. 25-26; 261 N. 36.

Según Staffa el consentimiento es ab initio perfecto ex parte subiecti e imperfecto ex parte obiecti (o sea: ex parte matrimonii contractus): D. STAFFA, *De conditione e qua pendet...* 222-223 N. 7-8.

⁹⁷ L. RODRIGO, *De matrimonio ad terminum...* 250 N. 7; 253 N. 10.

⁹⁸ V. DEL GIUDICE, *Nozioni...* 196 nota 124; D. STAFFA, *De conditione contra matrimonii substantiam...* 45 nota 86; P. FEDELE, *Analisi di recenti sentenze ecclesiastiche in tema di nullità di matrimonio*, *Ephemerides Iuris Canonici* 9 (1953) 363; Id. *Sulla distinzione tra exclusio iuris ad exclusio exercitii iuris*, *Ephemerides Iuris Canonici* 10 (1954) 279.

es: quiero la exclusión del uso del derecho... Y de tal forma quiero esa exclusión que prefiero renunciar al derecho mismo antes que renunciar a esa exclusión. Prefiere la exclusión del derecho a la concesión del uso del derecho. Se trata, pues, de un derecho no de propiedad, sino de utilidad sin uso o sin recto uso. Y un tal derecho es inconcebible. Por consiguiente se trata de un acto de voluntad que niega el derecho; se trata de una condición contra matrimonii substantiam.

Mediante esa condición queda el consentimiento intrínsecamente limitado a algo que no es el verdadero matrimonio; esa condición impide radicalmente el nacimiento del matrimonio⁹⁹.

El pacto manifiesta de suyo únicamente la convergencia de dos intenciones; no es, por lo tanto, de suyo más eficaz que cada una de esas intenciones¹⁰⁰. Sólo si el pacto incluye una intención absolutamente prevalente o una condición "sine qua non" limita el consentimiento y, por lo mismo, excluye el derecho. Y puede incluirlas de una manera explícita o de una manera implícita: ordinariamente comienza uno con una condición aceptada luego por el otro: en este caso tenemos un pacto implícito. Después los dos contrayentes, para garantizar su decisión, suelen formular un pacto explícito¹⁰¹. Por eso frecuentemente la Jurisprudencia Rotal habla de condición reducida a pacto y añade que en este caso se prueba con más facilidad la existencia de la condición.

Si, por el contrario, el pacto no incluye aquella intención o condición es un simple modo —como lo es cuanto aparenta ser—, sin que en realidad lo sea) condición "sine qua non" —añadido al contrato válido; pero antes de constar si los incluye o no, puede el pacto consti-

⁹⁹ G. DOSSETTI, *La figura del contratto...* 342; 377 N. 26; D. STAFFA, *De conditione e qua pendet...* 232 N. 21, D. STAFFA, *De actu positivo voluntatis quo bonum essenziale matrimonii excluditur...* Monitor Ecclesiasticus 74 (1949) 165; N. 4272 Ebroiden., 5 augusti 1949 c. Staffa; N. 6611 Florentina, 4 iulii 1958 c. Staffa; N. 6447 Nicen., 18 iulii 1958 c. Staffa "Actus vero positivus voluntatis contra matrimonii substantiam ille est quo ipse consensus ab intrinseco limitatur vel excluditur... Conditio contra matrimonii substantiam illa est qua consensus non praestatur nisi a contractu matrimoniali excludatur matrimonium ipsum aut aliquid pertinens ad ipsius essentiam; et hac ideo conditione consensus ab intrinseco excluditur aut limitatur".

Pueden verse varias decisiones rotales sobre la condición: R. SZENWIC, *La "Conditio de presente" o "de praeterito" nella recente giurisprudenza*, Il Diritto Ecclesiastico 63 (1952) Parte II, 593-626. Además de los estudios citados en las notas precedentes sobre la condición pueden útilmente consultarse: D. BARBERO, *Contributo alla teoria della condizione* (Milano 1937); E. GRAZIANI, *Contributo allo studio della condizione nel diritto matrimoniale canonico*, Ephemerides iuris Canonici 3 (1947) 457-504; 643-678; E. GRAZIANI, *Quaedam de conditione impropria in matrimoniali consensu*, Ephemerides Iuris Canonici 2 (1946) 380 ss.; P. CIPROTTI, *An contractui matrimoniali conveniat pactum additionis in diem si in forma conditionali ponatur*, Analecta Gregoriana 69 (1955) 243-246; P. CIPROTTI, *An modus contra matrimonii substantiam irritet matrimonium*, Apollinaris 10 (1937) 460-465; A. ORIGONE, *De incidentia conditionis de futuro licitae in efficientiam contractus matrimonialis*, Analecta Gregoriana 69 (1955) 391-397.

¹⁰⁰ N. 4274 Taurinen., 28 februarii 1950 c. Felici; N. 3896 Eulogism., 28 februarii 1950 c. eodem.

¹⁰¹ SRRD.: vol. 34 dec. 23 Nullitatis c. Wynen; N. 5413 Tridentina, 19 decembris 1953 c. Bonet.

tuir— al menos si su objeto es la exclusión perpetua de los hijos— una presunción de la negación del derecho¹⁰².

b) Prescindiendo de algunos canonistas para quienes son precisamente la condición y el can. 1092,2 los que total¹⁰³ o parcialmente¹⁰⁴ quedan absorbidos por la simple intención y por el can. 1086, § 2, ya que la condición del can. 1092, no es más que una de las formas de exteriorizarse la intención del can. 1086, § 2, algunos otros canonistas exigen que se le conceda al can. 1086, § 2, independiente eficacia jurídica del can. 1092,2¹⁰⁵.

Y varias decisiones rotales se niegan expresamente a identificar substancialmente la condición verdadera "sine qua non" con la simple intención absolutamente prevalente que excluye siempre el derecho: no se puede admitir que el contrayente, puesto delante de una disyunción, al aceptar uno de los extremos rechazando el otro extremo, emita una verdadera condición, en virtud de la cual no hubiera aceptado el primer extremo sino rechazando el segundo.

La condición puede ser "contra matrimonii substantiam" y entonces se identifica en cuanto a sus efectos con aquella intención; pero además puede no ser, sin dejar de ser condición verdadera sine qua non, "contra matrimonii substantiam" y, por lo mismo, puede no identificarse ni siquiera en cuanto a su eficacia con aquella intención que excluye siempre el derecho: su objeto, en este caso, es la simple exclusión del ejercicio o del recto ejercicio del derecho. Por eso no puede afirmarse que la condición verdadera "sine qua non" sea siempre causa cierta e inevitable o necesaria de la nulidad del matrimonio.

Pero como quiera que el contrayente cuando excluye los hijos mediante esa condición pretende, de ordinario, excluir el derecho, tampoco puede afirmarse que la condición se refiera indistintamente a la exclusión del derecho o a la exclusión del ejercicio (o recto ejercicio) del derecho, sino que más bien es un argumento, un medio, una presunción objetiva demostrativa de la exclusión precisamente del dere-

¹⁰² N. 6084 Taurinen., 16 iulii 1957 c. Pinna; N. 4272 Ebroicen., 5 augusti 1949 c. Staffa.

Creemos que tanto en el caso del pacto implícito como en el del pacto explícito que incluyen la mencionada condición "sine qua non" el consentimiento queda no sólo ab extrinseco (como opina: SRRD.: vol. 29 dec. 48 Nullitatis c. Wynen, respecto al pacto explícito) sino ab intrinseco limitado.

¹⁰³ G. DOSSETTI, *La violenza nel matrimonio in diritto canonico* (Milano 1943) p. 41. La condición del c. 1092,2 es una especie del género del acto del c. 1086 § 2; P. CIPROTTI, *A proposito di intentio e conditio contra matrimonii substantiam*, Rivista del Diritto Matrimoniale Italiano 3 (1936) 360.

¹⁰⁴ TH. M. VLAMING-L. BENDER, *Praelectiones Iuris Matrimonialis* (Bussum in Hollandia 1950) pag. 396; en el Corolario de pag. 389 considera erróneo afirmar que el can. 1086 § 2 trata de condición.

¹⁰⁵ P. FEDELE, *Intentio et conditio contra matrimonii substantiam*, Rivista di Diritto privato 6 (1936) pag. 47; O. GIACCHI, *Il consenso...* pag. 181 defiende la diferencia entre condición e intención porque en la segunda cabe —y no en la primera— la célebre distinción derecho-ejercicio del derecho.

cho, de la existencia de la condición “contra matrimonii substantiam”, del acto absolutamente prevalente de la voluntad¹⁰⁶.

La condición, pues, puede abarcar la exclusión o del derecho-obligación o del solo ejercicio...

Pero, probada la existencia de la condición, si hubiera duda acerca de su objeto se presume excluido el derecho-obligación; se presume que su objeto fue la exclusión de los hijos en cuanto supone exclusión de un elemento esencial al matrimonio; que su objeto fue la exclusión de los hijos por uno de los modos que lleva consigo la nulidad del matrimonio.

Son muchísimas las decisiones rotales que, como las citadas en la nota 106, dicen expresamente que la condición y el pacto (sin distinguir si su objeto es la exclusión ilimitada o limitada de la procreación) son presunciones que demuestran con más o menos eficacia la negación del derecho; otras decisiones lo dirán implícitamente con fórmulas variadas: con la condición y el pacto “facile”¹⁰⁷, “facilius”¹⁰⁸ se prueba la exclusión del derecho, etc. Pero es preciso recalcar que otras muchas decisiones rotales no les conceden ese valor presuntivo, sino cuando su objeto es la negación precisamente ilimitada de la procreación¹⁰⁹ o —como añade atinadamente una sentencia c. Heard— aunque sea la

¹⁰⁶ SRRD.: vol. 32 dec. 77 N. 10 Nullitatis c. Canestri; vol. 37 dec. 39 N. 5 Nullitatis c. eodem; N. 3600 Lisbonen., 3 maii 1952 c. eodem; N. 5108 Florentina, 6 aprilis 1954 c. eodem; N. 5196 Southwarem. 21 ianuarii 1954 c. eodem; N. 4518 Neo-Eboracen., 3 iunii 1954 c. eodem; N. 4987 Januen., 10 novembris 1951 c. Pasquazi; N. 4448 Utinen., 29 aprilis 1952 c. eodem; N. 4337 Romana 22 iulii 1950 c. Felici; N. 4455 Florentina 23 maii 1950 c. eodem; N. 4846 Neapolitana 13 iulii 1954 c. eodem; N. 5498 Novarcen., 26 octobris 1954 c. eodem; N. 5254 Romana, 18 ianuarii 1955 c. eodem; N. 5790 Mediolanen. 17 februarii 1955 c. Lamas; N. 5274 Mediolanen., 23 ianuarii 1954 c. Wynen; SRRD.: vol. 38 dec. 12 Mediolanen. c. eodem; vol. 37 dec. 78 Epordien., c. eodem; vol. 37 dec. 62 Romana c. eodem; vol. 37 dec. 50 Grazianopolitana c. eodem; vol. 30 dec. 68 Vindobonen. c. eodem; vol. 28 dec. 23 Parisien. c. eodem; N. 6467, Romana 7 martii 1957 c. Heard; N. 5751, Taurinen, 12 ianuarii 1957 c. eodem; N. 4776, Ianuarien., 14 iulii 1955 c. eodem; N. 6142 Nottinghamamen., 28 maii 1955 c. eodem; SRRD.: vol. 37 dec. 14 Nullitatis c. Fideicicchi; vol. 38 dec. 56 Florentina c. Caiazzo.

¹⁰⁷ N. 6199 Romana, 7 decembris 1955 c. Wynen; N. 6276 Romana, 19 maii 1956 c. eodem; N. 4354 Romana 25 ianuarii 1950 c. Brennan; SRRD.: vol. 29 dec. 49 Portianden. in Oregon c. Heard.

¹⁰⁸ SRRD.: vol. 19 dec. 26 Nullitatis c. Florczak; vol. 21 dec. 34 Nullitatis c. Massimi; vol. 21 dec. 50 Nullitatis c. eodem; vol. 22 dec. 4 Nullitatis c. eodem; vol. 23 dec. 50 Nullitatis c. eodem; vol. 27 dec. 43 Nullitatis c. eodem; vol. 27 dec. 55 c. Vilnen. c. Wynen; vol. 33 dec. 33 N. 9 Nullitatis c. eodem; vol. 29 dec. 26 Nullitatis c. Heard.

¹⁰⁹ “Conditio etsi praesumptionem fundet exclusi iuris, si omnis prolis in perpetuum fuerit hac conditione exclusa, non id tamen efficit si proles fuerit tantum per conditionem limitata... Quapropter si conditio respiciat tantum limitationem prolis, praesumptio stat potius pro excluso iuris exercitio”: N. 4478 Venet. 17 aprilis 1950 c. Felici; N. 4274 Taurinen. 28 februarii 1950 c. eodem; N. 3896 Eugolism. 28 februarii 1950 c. eodem; N. 5295 Taurinen. 19 iunii 1954 c. Heard; SRRD.: vol. 21 dec. 45 Nullitatis c. Morano; vol. 23 dec. 7 Nullitatis c. Wynen; vol. 24 dec. 18 Nullitatis c. eodem; vol. 24 dec. 57 Nullitatis c. eodem; vol. 24 dec. 2 Viennen. c. Jullien; vol. 25 dec. 43 Nullitatis c. eodem; vol. 18 dec. 44 Nullitatis c. Guglielmi; vol. 18 dec. 50 Nullitatis c. eodem; vol. 27 dec. 57 Nullitatis c. eodem; una del Vicariato: Romana 5 maii 1947 c. Magliocchetti, Ephemerides Juris Canonici 3 (1947) 537-544.

exclusión limitada si el motivo es una circunstancia intrínseca al matrimonio¹¹⁰.

Interesa mucho examinar el valor que —según las decisiones rotales de esta orientación— tiene esa presunción.

Varias decisiones rotales la califican de: “*gravis*”¹¹¹ “*magni ponderis*”¹¹², “*fortis*” y “*fortissima*”¹¹³, “*principalis*”¹¹⁴, “*violenta*” o “*vehe-*

¹¹⁰ “Dicitur de exercitio iuris probabilius agi si exclusio fit ad tempus, quod certe verum est si obiectum conditionis est circumstantia extrinseca ut vgr. donec melior fortuna arrideat; si autem agitur de circumstantia intrinseca ut vgr. de statu salutis incerto contrahentis qui secumterre possit periculum mortis in partu, tunc facilius admittitur exclusio ipsius iuris, verissimile enim est ut talis velit comparti ipsum ius ad copulam coniugalem negare...”: N. 6177 Halifaxien., 9 iunii 1956 c. Heard. Por eso es más acertado decir en general: “si habetur conditio expressa exclusionis ad tempus, iudex rem decernere debet... e toto complexu causae”: N. 6142 Nottinghamamen. 28 maii 1955 c. Heard; y más aún añadir —como veremos— que en general depende el valor de esa condición del motivo. No podemos, desde luego, concederle a I. PRIETO LÓPEZ, *Nullidad por exclusión total del matrimonio o del “bonum prolis”*, Las Causas Matrimoniales (Salamanca 1953) p. 278, que el pacto aun limitado o temporal demuestre siempre —según la Rota Romana— la nulidad del matrimonio. Unas sentencias llaman a la condición y al pacto presunciones “*facti*” u “*hominis*”; otras las llaman presunciones “*iuris*”: “Notae sunt praesumptiones facti a iurisprudencia statutae”: N. 6072, Taurinen. 4 febr. 1956 c. Lamas; N. 5790, Mediolanen. 17 febr. 1955 c. eodem; N. 5377 Barcinonen. 12 aprilis 1957 c. Bonet. “Iamvero ubi pactum habetur vel etiam conditio expressa praesumitur lege ius ipsum exclusum fuisse”: SRRD.: vol. 40 dec. 18 Nullitatis c. Heard; N. 6177 Halifaxien., 9 iunii 1956 c. eodem; “Habetur praesumptio iuris quod matrimonium irritatur quando exclusio prolis tamquam vera conditio ipsi consensui matrimoniali apponitur; ita sane disponit can. 1092, n. 2... Praesumptio iuris in § 1 canonis 1086 statutae... imperatur iuxta § 2 eiusdem canonis si... Iamvero verificari hanc exceptionem admitti solet quando saltem alteruter contrahens... procreationem filiorum definitive seu in perpetuum exclusit. De facto tamen haec norma nullatenus est semper absolute certa in unoquoque casu neque temere vel sine respectu circumstantiarum eam applicare licet”: N. 5920, Romana 5 maii 1956 c. Wynen.

¹¹¹ Si propositum excludendi prolem eductum sit in conditionem vel pactum, aut apparerit roboratum tenacia ac perpetuitate, tunc habetur *gravis* praesumptio in favorem exclusi iuris”: N. 4097, Novarien., 9 aprilis 1949 c. Canestri.

¹¹² “Probata igitur condicione (sine qua non), praesumptio habetur *magni ponderis* (exclusi iuris), sed non omnimoda certitudo et ideo non excluditur probatio contraria”: N. 4087 Ianuen., 10 novembris 1951 c. Pasquazi.—

¹¹³ “Si exclusio generationis prolis fit per veram conditionem sine qua non consensui ab uno contrahente adiectam vel si contrahentes per formale pactum bilaterale statuunt excludere procreationem filiorum, praesumptio eaque *fortis* pariter stat pro exclusione ipsius iuris, praesertim si illa exclusio in perpetuum fiat”: SRRD.: vol. 39 dec. 35 Taurinen. c. Wynen.; N. 5274 Mediolanen. 23 ianuarii 1954 c. eodem; N. 5609 Novarien. seu Taurinen., 9 novembris 1955 c. eodem. “Si quis contrahens exclusionem prolis ante nuptias alteri parti ponit tamquam conditionem sine qua non, iuxta *fortissimam* praesumptionem (nonnisi in aliquo casu hypothetico extraordinario infirmandam) saltem ille conditionaliter ponit actum qui inefficax est ad constituendum matrimonium et iuxta hanc praesumptionem sana doctrina et uniformis iurisprudencia nullitatem matrimonii declarare solent”: N. 5835, Venetiarum, 19 ianuarii 1957 c. Wynen.

¹¹⁴ “Inter praesumptiones de excluso iure *principem locum* tenet pactum et conditionem sine qua non”: N. 5702, Taurinen., 26 novembris 1954 c. Filipiak. “Bonum prolis ubi reiiciatur per pactum inter nupturientes initum, nullitas consensus *infallibiliter* sequitur: habetur enim in pacto argumentum princeps de iure ipso penitus excluso”: N. 6824 Taurinen., 22 maii 1958 c. Mattioli. “Ad demonstrandum positivum actum voluntatis ius excludentem, praeter conditionem et pactum quae sunt inter praesumptiones *optimas*...”: N. 5498, Novaren., 26 octobris 1954 c. Felici. “Conditio est *regina praesumptionum* in favorem exclusi iuris, immo exclusi boni prolis praestat *certitudinem* si matrimonium contractum sit cum conditione omnis prolis in perpetuum vitandae”: N. 4678 Taurinen., 28 febr. 1950 c. Felici; lo hace suyo: N. 5086, Ianuen., 7 ianuarii 1953 c. eodem.

mens"¹¹⁵, de suerte que prevalezca aun sobre la presunción favorable a la validez del matrimonio¹¹⁶.

Lo difícil es demostrar que se trata de una verdadera condición, es decir, que el contrayente quiso que su matrimonio no tuviera valor a no ser que se cumpliera lo que él ponía como condición: la exclusión de los hijos.

Casi ninguna de las sentencias aducidas en pro de una o de otra orientación suele aportar argumentos.

¹¹⁵ "Num... denegatum fuerit ius non tantum probatione directa, sed et praesumptionibus argui potest. Huiusmodi praesumptiones... duae... *valde vehementes* sunt... conditio et pactum quae gravissimam conjecturam pro excluso iure praebent": SRRD.: vol. 34, dec. 72, Taurinen. c. Janasik.

"Notum... est... ad discernendum quidnam reiectum sit, succurrere hinc inde nonnullas praesumptiones atque indicia; inter illas vero scitur communiter acceptas esse in iurisprudentia, quae militant in favorem exclusi iuris: duae *vehementes*... pravum propositum deductum in conditionem vel pactum": SRRD.: vol. 37, dec. 39, Nullitatis c. Canestri; vol. 21, dec. 2 N. 6, Nullitatis c. Parrillo.

Otras decisiones lo dicen implícitamente: "Si constet exclusionem prolis factam fuisse per conditionem vel pactum, habetur *ordinarie plena probatio* exclusionis iuris. Dicimus ordinarie et non absolute quia reapse non semper ita est": N. 6428 Mediolanen., 8 januarii 1956 c. Pasquazi; en este caso "*generatim* declarari potest agi de exclusiones ipsius iuris, nisi in quodam casu extraordinario contrarium demonstretur": SRRD.: vol. 36, dec. 59, Nullitatis c. Wynen.

Podrían sumarse todas las sentencias que, precisamente en virtud de esta presunción, declaran nulo el matrimonio y las sentencias que defienden que esta presunción prevalece sobre el favor iuris de la validez del matrimonio.

¹¹⁶ "... evidentiis tamen de eadem nullitate constat, si exclusio trium matrimonii bonorum... fiat... conditione sine qua non... aut etiam pacto... Tunc enim hoc ipso censetur fuisse exclusam obligationem in se ipsa ideoque *cessat favor quo in iure matrimonium gaudet*": SRRD.: vol. 19, dec. 20, Nullitatis c. Grazioli.

"Silentio praeteriri nequit facilius de... matrimonii nullitate constare si eius bona aut sub conditione sine qua non aut pacto inter coniuges inito excludantur. Tunc enim *cessat favor quo in iure gaudet matrimonium* seu praesumitur matrimonii bona fuisse absolute reiecta": SRRD.: vol. 26, dec. 54, Liburnen. c. Grazioli.

Y cesa —según Grazioli— el favor iuris de forma que se pueda declarar la nulidad del matrimonio: "Quare dum si duo bona matrimonii, proles nempe et fides, positivo voluntatis actu fuerint exclusa, duo inquirenda sunt: an constet de reiectione et an ius ipsum... fuerit exclusum; contra si reiectio eorumdem bonorum vel conditione sine qua non vel pacto inter coniuges inito evenerit, eorundem semel conditionem fuisse appositam et non revocam itemque pactum fuisse initum, *iam concluditur* matrimonium esse nullum... rememoretur oportet —añade en N. 14 de la parte "in facto esse"— fuisse in casu prolis generationem reiectam... conditione sine qua non vel pacto... Quo in casu prouti in iuris expositione traditum est, praesumitur... exclusum fuisse... ius ipsum et *cessat consequenter favor quo in iure gaudet matrimonium*": SRRD.: vol. 28, dec. 7, Nullitatis c. Grazioli.

"Haec tamen investigatio —utrum exclusum fuerit ius an tantum eius usus— facienda quidem est quoties reiectio fidei vel prolis fiat positivo voluntatis actu, nam si eveniat vel fiat aut pacto inito inter coniuges aut sub conditione sine qua non, tunc *cessat favor quo in iure gaudet matrimonium et praesumitur ius ipsum fuisse exclusum*": SRRD.: vol. 30, dec. 11, Parisien. c. Grazioli; vol. 28, dec. 60, Parisien. c. eodem.

Y quizá se exprese así porque, según él: "Si exclusio apponatur tamquam conditio matrimoniali consensui... vix potest de praesumptione in favorem exclusionis iuris fieri sermo, cum ipsa lex clare praecipiat condiciones contra substantiam omnes irritare matrimonium (can. 1092, n. 2)": SRRD.: vol. 36, dec. 30, Nullitatis c. Grazioli.

"Prava voluntas contra prolem et fidem, matrimoniali consensui adici solet... per conditionem ab alterutro ex contrahentibus appositam et ab altero acceptatam, et hinc in pactionem deductam... In... casu, cum *violenta* exurgat praesumptio voluisse coniuges mutua iura per pravam voluntatem determinare, distinctioni inter obligationem huiusque executionem non est locus... et etiam favor matrimonii cessat... quae quidem intelligenda sunt de conditione absoluta et in perpetuum pacta... idem dicendum non est de... casu quo una tantum pars conditionem contra matrimonii substantiam apponat, altera nesciente vel sciente quidem sed silente, vel, peius adhuc, contradicente": SRRD.: vol. 21, dec. 2, Nullitatis c. Parrillo; vol. 19, dec. 55, Nullitatis c. eodem; N. 4185 Versalien., 23 iulii 1953 c. Brennan; N. 4282 Luganen., 30 iunii 1950 c. eodem; N. 4185 Versalien., 23 iulii 1953 c. eodem.

Lo cierto es que, demostrada la existencia de la condición verdadera "sine qua non" o del pacto equivalente a esa condición, las dos tendencias declaran sin más o no declaran —si no median o si median argumentos positivos graves en contra— la nulidad del matrimonio¹¹⁷.

Pero los unos dirán que la declaran porque con la condición o el pacto ha sido probada directa y ciertamente —ya que en la condición y en el pacto se encierra esa nulidad como el efecto se encierra en su causa eficiente—; o que no la declaran porque —no obstante las apariencias— no se trataba de una verdadera condición "sine qua non" o de pacto equivalente.

En cambio los otros afirmarán que en virtud de la presunción objetiva deducida de la condición verdadera "sine qua non" o del pacto declaran la nulidad del matrimonio no porque haya sido directamente probada (lo único que ha sido directamente probado es la existencia de esa condición o pacto cuyo objeto puede ser la exclusión no sólo del derecho sino también del ejercicio o del recto ejercicio de ese derecho) sino porque, basados en que de ordinario se suele excluir el derecho cuando con una verdadera condición (o pacto) se niega la procreación temporal o, al menos, perpetuamente, suponen —mientras no se demuestre positivamente que esta suposición no es, en el caso, recta— que en ese caso también quedó excluido el derecho (proceden prácticamente como si directa y positivamente se hubiera demostrado la negación del derecho). Y si no declaran la nulidad del matrimonio dirán que no la declaran porque, se ha probado con certeza que el objeto de esa condición o pacto (a pesar de tratarse de una verdadera condición "sine qua non" o pacto equivalente) no fue la negación del derecho.

Los primeros suponen que esa condición es incompatible con la concesión del derecho y, por lo mismo, el problema inmediato que, al investigar si se trata o no de esa condición, se les plantea es el de la nulidad o validez del matrimonio. Es una cuestión preferentemente de derecho substancial.

Los otros suponen que la condición es un medio no indiferente sino muy apto para descubrir la intención incompatible con la concesión del derecho y, por lo tanto, el problema inmediato que se les plantea —al investigar si se trata de esa condición— es un problema de interpretación concreta de la intención que excluyó los hijos. Parece más bien una cuestión de tipo procesal.

Desde luego es muy difícil discernir —en estas materias— los límites del derecho substancial y del derecho procesal: sirva de ejemplo

¹¹⁷ Supuesta esa ausencia de argumentos positivos y graves en contra podemos admitir: "In Iurisprudencia, quotiescumque pactio de prole excludenda inter nupturientes intervenerit, vel etiam, immo magis, conditio in pactum deducta, constanter de ipso iure denegatum conclusum est": N. 5954 Taurinen., 3 novembris 1955 c. Mattioli.

la vacilación de algunas sentencias¹¹⁸ y la imprecisión de otras: identifican la condición "sine qua non" a la que llaman expresamente "presunción", con la condición "contra matrimonii substantiam"¹¹⁹; afirman que la condición (pacto) puede ser y es presunción de la exclusión del derecho precisamente porque la condición penetra por su misma naturaleza el consentimiento¹²⁰. Esta expresión "penetrar el consentimiento" viene a equivaler a estas otras "formar parte del consentimiento", "limitar el consentimiento", "anular el consentimiento"¹²¹ y no sólo la tendencia natural (no necesaria)¹²², la finalidad funcional¹²³.

Y si es así la condición no puede ser sólo presunción —a pesar de llamarla presunción estas sentencias— de la negación del derecho. Sería más propio llamarla causa cierta e inevitable de la nulidad del matri-

¹¹⁸ "Si exclusio apponatur tamquam conditio matrimoniali consensui... *vix* potest de praesumptione in favorem exclusionis iuris fieri sermo...": SRRD.: vol. 36, dec. 30, Nullitatis c. Grazioli.

"*Maior* e contra *vis* quam merae praesumptionis *fortasse* tribui posset pacto quoties evincatur voluntas nuptientis adeo absoluta ut potius quam coniugium contrahere prole recreandum, matrimonio ipsi renuntiaret": N. 3917 Eboracen., 28 februarii 1951 c. Brennan.

Algún Ponente incluso varía: mientras que en varias de sus sentencias afirma que la condición (o el pacto) en general son presunciones de la exclusión del derecho, en otras dicen que lo son únicamente cuando su objeto es la negación ilimitada de la procreación.

¹¹⁹ "Dicendum est *conditionem de futuro contra bonum prolis utpote contra substantiam matrimonii* directam dirimere matrimonium..., qui contrahit solummodo sub conditione evitandae prolis, alias non contracturus, is comparti explicite negat ius ad actus per se aptos ad prolis generationem. Aliis verbis: non tradit ullum ius... et comparis manet privata tali iure... *Quae legitima praesumptio*, ex ipsa rei natura evidenter effluens, tantum in casu rarissimo ex specialibus circumstantiis destrui potest... Omnes declarant *praesumendum* esse nullitatem matrimonii, si conditio adiecta bonum prolis in perpetuum excludat... *At bene notandum est, in conditione contra matrimonii substantiam, neagi quidem de simplici praesumptione hominis... sed potius de consensu matrimoniali non existente...*": SRRD.: vol. 33, dec. 33, Nullitatis c. Wynen.

¹²⁰ "Cum pactum vel conditio *natura sua consensum ingreditur*, si de eo constat, praesumendum est ius ad prolem excludi nisi contrarium probetur": SRRD.: vol. 35, dec. 64, Nullitatis c. Heard; vol. 36, dec. 24, Nullitatis c. eodem; N. 5476 Januen., 14 iulii 1955 c. eodem; N. 4751 Taurinen., 12 ianuarii 1957 c. eodem.

¹²¹ "Conditio... ipsum consensum ingreditur eumque ita afficit, ut *tollatur* verus consensus matrimonium constituens": SRRD.: vol. 33, dec. 33, N. 7, Nullitatis c. Wynen.

En confirmación podemos añadir que varias decisiones rotales —expresándose con la misma imprecisión a propósito de la exclusión ilimitada de los hijos mediante una simple intención— le dan a esa frase el significado expuesto: "Si exclusio boni prolis... fit in perpetuum item *praesumitur* ipsum ius exclusum... *dummodo prava illa intentio... ingrediatur ipsum consensum...* Hanc porro exclusionem prolis ingredi ipsum consensum... apparet si pravus contrahens... de hac sua exclusione prolis faciat partem constitutivam sui consensus...": SRRD.: vol. 40, dec. 17, Romana c. Wynen; vol. 38, dec. 22, Nullitatis c. eodem; vol. 38, dec. 12, Mediolanen. c. eodem. Y precisamente tratando de esta exclusión ilimitada de los hijos son varias las sentencias rotales que le llaman presunción cuando o porque esa exclusión penetra —anulándolo— el consentimiento matrimonial: "In exclusione... absoluta habetur *praesumptio* pro excluso iure, *dummodo ipse consensus matrimonialis tali exclusione vitietur*": SRRD.: vol. 38, dec. 18, Nullitatis c. Wynen; N. 6160 Heliopolitana in Aegypto, 5 ianuarii 1956 c. Heard.

¹²² Entonces se debiera decir: "Cum conditio vel pactum natura sua ad limitandum consensum destinetur, obiectum vero proprium consensus matrimonialis sit ius...": SRRD.: vol. 37, dec. 43, Nullitatis c. Heard; añadiendo: "conditio in matrimonio contrahendo apposita de evitanda prole... non est ex sua natura contraria substantiae matrimonii nec in pactum matrimoniale vi suae naturae ingreditur": SRRD.: vol. 7, dec. 3, Neo-Eboracen. c. Prior.

¹²³ En este caso sería recomendable expresarse así: "Si ponitur conditio expressa de prole vitanda, praesumitur ius exclusum et consensum limitatum fuisse cum haec sit conditionis functio...": N. 6357 Goritien., 22 iunii 1957 c. Wynen.

monio¹²⁴. Otras decisiones demuestran que la condición es presunción precisamente con los argumentos con que se prueba que es causa cierta de la nulidad: el can. 1092,2¹²⁵ y el can. 1092,2 junto con el célebre principio (7, X, de condit. app. IV, 5) proclamado por Gregorio IX para que los tribunales eclesiásticos juzgaran rectamente las causas matrimoniales y admitido por el Código de Derecho Canónico en el citado can. 1092¹²⁶.

Para no acusar de contradicción —ya que con todo derecho podemos calificarlas de imprecisas— a estas decisiones rotales o de no suponer que entienden ellas la presunción en un sentido impropio y amplio (como argumento basado en la naturaleza misma de las cosas, como conclusión deducida en virtud de la necesaria conexión del hecho presumido con el hecho indiciario) —lo cual no es probable— debemos admitir como única explicación razonable: la condición (contra matrimonii substantiam) penetra por su misma naturaleza el consentimiento hasta anularlo; por consiguiente, la condición en general (que puede ser y puede no ser; pero precisamente porque de ordinario lo es “contra matrimonii substantiam”) hace suponer en un caso concreto —salvo prueba contraria— que penetró —hasta anularlo— dicho consentimiento.

Una sentencia rotal¹²⁷ reformada justamente en el “in iure” y en el “in facto” por el turno siguiente¹²⁸ le niega a la condición y al pacto su carácter incluso de prueba presuntiva de la exclusión del derecho. No parece que se pueda concluir —afirma— razonablemente, con lógica inducción, de la sola forma o modo (condición, pacto) más o menos explícito con que se exterioriza la intención contraria a la procreación, la exclusión del derecho: lo único que interesa —y debe ser considerado— en estos procesos es el objeto formal, determinado, de esa intención; pero ese objeto no puede ser modificado substancialmente por aquellas formas exteriores.

En realidad convienen con esta sentencia todas las que sostienen —como las citadas en la nota 109— que la condición y el pacto son pre-

¹²⁴ Como dicen algunas decisiones respecto a la exclusión ilimitada de la procreación que penetra el consentimiento: “Si quis ex contrahentibus positive excludit proles procreationem et quidem in perpetuum, ita tamen ut talis exclusio ipsum consensum ingrediatur, matrimonium est nullum”: N. 5744 Novarien., 29 novembris 1956 c. Bonet. “Sane matrimonii nullitas ex hoc capite tunc tantum proclamari potest, si prava intentio generationi proles contraria aliquo modo ingrediatur vel afficiat ipsum consensum matrimonialem”: SRRD.: vol. 36, dec. 59, Romana c. Wynen.

¹²⁵ “Habetur autem praesumptio iuris quod matrimonium irritatur quando exclusio proles tamquam vera conditio ipsi consensui matrimoniali ab alterutro contrahente apponitur: ita sane disponit can. 1092,2”: N. 5920, Romana, 5 maii 1956 c. Wynen; SRRD.: vol. 39, dec. 72, Nullitatis c. eodem; vol. 30, dec. 68, Vindobonen. c. eodem; vol. 25, dec. 43, Nullitatis c. Jullien.

¹²⁶ SRRD.: vol. 20, dec. 53, Nullitatis c. Grazioli; vol. 21, dec. 50, Nullitatis c. Massimi; vol. 27, dec. 43, Nullitatis c. eodem.

¹²⁷ SRRD.: vol. 32, dec. 25, Nullitatis c. Pecorari.

¹²⁸ SRRD.: vol. 33, dec. 33, N. 7, Nullitatis c. Wynen.

sunciones de la exclusión del derecho cuando su objeto es precisamente la negación ilimitada de la procreación. Porque parecen indicar que esa presunción surge exclusiva o principalmente de la *negacion misima* ilimitada y no de las formas solemnes que revista esa negación.

Algún Canonista como P. Fedele¹²⁹ opina que la única justificación de considerar como presunción a la condición y al pacto es la necesidad práctica (y no la necesidad lógica, ya que no existe ninguna conexión lógica entre condición-pacto y exclusión del derecho) en que el juez —enfrentado con la clásica distinción (derecho-ejercicio del derecho)— se encuentra de decidir a toda costa, de un modo o de otro, qué es lo que excluyó el contrayente.

Y Graziani¹³⁰ a pesar de reconocer que la condición y el pacto ayudan —como expresiones más significativas— a descubrir el alcance de la intención, se niega a considerarlas como verdaderas presunciones.

Me parece que confunden abiertamente un problema de derecho substancial con un problema de derecho procesal: para declarar nulo el matrimonio es preciso y suficiente indagar en el objeto de la intención (simple o reducida a pacto, condición externa) del contrayente hasta descubrir que ese objeto fue precisamente la negación del derecho; pero no se puede negar el inmenso valor —al menos presuntivo— de la condición y del pacto para descubrir ese objeto.

B. *Simple intención (no reducida a condición o pacto) de excluir absoluta y perpetuamente la procreación*

La Rota no suele explicar el vocablo “absoluta”. Se contrapone a “condicionada” o limitada por una circunstancia? Así parecen suponerlo algunas sentencias al asegurar que la intención dependiente de una causa incierta o dudosa no es absoluta¹³¹ o que la intención absoluta es ilimitada. De todos modos esa palabra sugiere la idea de firmeza en la decisión.

Otras sentencias la identifican con “perpetua”¹³². Desde luego, la intención perpetua es, en realidad, intención absoluta: por eso, quizá, muchas sentencias hablan únicamente de intención perpetua. También

¹²⁹ P. FEDELE, *Rassegna ragionata di giurisprudenza Rotale in materia matrimoniale*, Archivio di Diritto Ecclesiastico 1 (1939) 308; Id., *Ancora in tema di intentio e conditio contra matrimonii substantiam*, Archivio di Diritto Ecclesiastico 2 (1940) 564; Id., *In tema di “animus se non obligandi” e “animus non adimplendi” nella “intentio” e nella “conditio contra matrimonii substantiam”*, Archivio di Diritto Ecclesiastico 3 (1941) 410.

¹³⁰ E. GRAZIANI, *La prova congetturale della intentio contra prolem*, Il Diritto Ecclesiastico 54 (1943) 310-318; Id., *Ancora sulla intentio contra bonum prolis*, Il Diritto Ecclesiastico 55 (1944) 69; Id., *Sul patto de prole vitanda e sullo ius accusandi*, Il Diritto Ecclesiastico 58 (1947) 136; Id., *De omnis iuris in corpus exclusione*, Ephemerides Iuris Canonici 3 (1947) 541-542.

¹³¹ N. 3003 Romana, 3 februarii 1949 c. Pasquazi; N. 3699 Taurinen., 12 aprilis 1949 c. Ficicchi.

¹³² SRRD.: vol. 34, dec. 23, Nullitatis c. Wynen; vol. 39, dec. 72, Nullitatis c. eodem.

el término "perpetua" indica firmeza. Pero la intención absoluta puede no ser perpetua sino temporal¹³³ aunque sea más firme cuando es perpetua que cuando es temporal: y tal vez para añadirle fuerza al término "absoluta" suelen varias sentencias hablar de intención absoluta y perpetua.

Pero esa intención es presunción de la exclusión del derecho? Naturalmente, si su firmeza es invencible, prevalente, no es sólo presunción sino causa cierta y necesaria de esa exclusión. Y si no es invencible, prevalente?

Varias sentencias dicen que en este caso esa intención perpetua (propiaamente no hablan de intención perpetua sino de exclusión perpetua de los hijos: se refieren a la intención prematrimonial de excluir perpetuamente los hijos o se refieren al hecho de excluirlos durante toda la vida matrimonial? Suponemos que se refieren a la intención..., porque el hecho de la exclusión... suele significarse con la palabra "tenacidad" en el abuso del matrimonio, etc.) no es presunción¹³⁴ o, al menos, no es presunción violenta¹³⁵ de la exclusión del derecho.

Otras sentencias, sin embargo, —y son mayoría— afirman resueltamente que con la intención perpetua o absoluta y perpetua: "praesumitur"¹³⁶ "censetur" "concluditur", etc.¹³⁷ o "saepius"¹³⁸, "saepe"¹³⁹,

¹³³ SRRD.: vol. 25, dec. 43, N. 17, Nullitatis c. Jullien.

¹³⁴ "Voluntatem contrahendi cum proposito abutendi simul componi posse ad tempus, evidens est, quia ius absque usu stare potest... Si autem componi possunt ad tempus, conciliari quidem possunt in perpetuum, quia tempus in consensum matrimonialem non influit nec praevalentiam secum fert in voluntate abutendi respectu voluntatis contrahendi. Consequenter praesumptio exclusi iuris ex mera perpetuitate desumpta, solido fundamento non nititur": N. 4456 Romana, 20 aprilis 1951 c. Staffa; N. 6139 Lausannen. Genév. et Friburgen., 24 iunii 1955 c. eodem. (En algunas otras decisiones indica Staffa que la perpetuidad es presunción: "Experientia tamen, immo res ipsa, docet facilius probari in consensum ingressam fuisse intentionem excludendi usum in perpetuum, quam tempore circumscriptam: etenim non censetur invincibiliter exclusum quod habetur in animo postea concedendi": N. 6611 Florentina, 4 iulii 1958 c. Staffa; etc., etc.); N. 5237 Boston., 25 iunii 1953 c. Brennan; N. 4902 Taurinen., 16 februarii 1955 c. Heard.

¹³⁵ Así nos parece que se deben interpretar algunas sentencias: "Perperam ex perpetua exclusione deducitur praesumptio exclusi iuris... Praesumptio exclusi iuris tunc tantum sustinetur quando valida argumenta vel complexus circumstantiarum concurrant cum perpetua exclusione e quibus haud ambigue deducatur ipsum ius fuisse exclusum...": N. 6395 Taurinen., 16 martii 1957 c. Pinna; N. 4851 Romana, 20 ianuarii 1953 c. Heard; N. 5537 Parisien., 8 maii 1954 c. eodem; N. 5417 Romana, 30 aprilis 1955 c. eodem; N. 6597 Washingtonen., 29 maii 1957.

¹³⁶ SRRD.: vol. 36, dec. 59, Romana c. Wynen; vol. 37, dec. 3, Angelorum c. eodem; vol. 39, dec. 72, Nullitatis c. eodem; N. 4957 Nullitatis, 25 aprilis 1953 c. eodem; SRRD.: vol. 38, dec. 44, Nullitatis c. Jullien; vol. 39, dec. 12, Romana c. eodem; vol. 27, dec. 44, Nullitatis c. Heard; vol. 28, dec. 47, Westmonasterien. c. eodem; vol. 39, dec. 4, Nullitatis c. Fidecicchi; N. 4020 Parisien., 29 martii 1949 c. eodem; N. 3896 Eulogien., 28 februarii 1950 c. Felici; N. 4274 Taurinen., 28 febr. 1950 c. eodem; N. 4478 Venetiarum, 17 aprilis 1950 c. eodem; N. 4092 Turinen., 22 maii 1951 c. Pasquazi; N. 6219 Romana, 22 februarii 1956 c. Lamas; N. 5910 Mediolanen., 21 martii 1957 c. Bejan.

¹³⁷ SRRD.: vol. 36, dec. 10, Nullitatis c. Jullien; vol. 37, dec. 25, Romana c. eodem; vol. 40, dec. 30, Southwarcen., c. Staffa; N. 4272 Ebroicen, 5 augusti 1949 c. Staffa; N. 4354 Romana, 25 ianuarii 1950 c. Brennan, N. 4052 Ferrarien., 17 martii 1949 c. Canestri; N. 3003 Romana, 3 februarii 1949 c. Pasquazi; N. 4137 Romana, 7 febr. 1950 c. eodem.

¹³⁸ SRRD.: vol. 35, dec. 87, Nullitatis c. Wynen; vol. 35, dec. 71, Nullitatis c. Heard.

¹³⁹ SRRD.: vol. 37, dec. 50, Grazianopolitana c. Wynen; vol. 37, dec. 78 Eporiedien., c. eodem; N. 4239 Liburnen., 10 decembris 1949 c. eodem; N. 5246 Januen., 31 maii 1954 c. eodem.

“facilius”¹⁴⁰, “facile”¹⁴¹, “potius”¹⁴², “generatim”¹⁴³ se concluye la exclusión del derecho, porque aquella intención implica comúnmente la nulidad del matrimonio¹⁴⁴ ya que es difícil concebir un derecho cuyo uso perpetuo se niega¹⁴⁵: despojar un derecho de su uso perpetuo equivale prácticamente a negar el derecho¹⁴⁶.

Para algunas decisiones esta presunción tiene de suyo bastante menos fuerza probatoria que la presunción deducida de la condición-pacto¹⁴⁷: sobre ella —y no sobre esta otra presunción— prevalece el “favor iuris” que protege la validez del matrimonio¹⁴⁸; ella sola —sin estar

¹⁴⁰ SRRD.: vol. 26, dec. 7, Parisien., c. Jullien; N. 6611 Florentina, 4 iulii 1958 c. Staffa.

¹⁴¹ SRRD.: vol. 39, dec. 20, Florentina c. Brennan; vol. 25, dec. 32, Parisien., c. Morano; vol. 35, dec. 15, Romana c. Quatrocolo.

¹⁴² SRRD.: vol. 36, dec. 59, Romana c. Wynen; vol. 38, dec. 9, Romana c. Heard

¹⁴³ SRRD.: vol. 26, dec. 74, Parisien., c. Wynen; vol. 28, dec. 36, Nullitatis c. eodem; vol. 32, dec. 68, N. 6, Jasen. c. eodem; vol. 37, dec. 14, Nullitatis c. Fideicichi; vol. 39, dec. 63, Romana c. eodem; N. 3003 Romana, 3 februarii 1949 c. Pasquazi; N. 2600 Parisien., 13 martii 1951 c. eodem; N. 4958 Romana, 8 ianuarii 1952 c. eodem.

¹⁴⁴ N. 4391 Romana, 25 maii 1950 c. Wynen; N. 4826 Romana, 25 martii 1952 c. Pasquazi.

¹⁴⁵ N. 4272 Taurinen., 28 februarii 1950 c. Felici; N. 2600 Parisien., 13 martii 1951 c. Pasquazi; N. 6820 Venetiarum, 20 maii 1958 c. eodem.

¹⁴⁶ SRRD.: vol. 40, dec. 62, Varsavien. c. Brennan.

¹⁴⁷ “Quattuor... exstant conjecturae ad arguendam exclusionem iuris ad prolem quarum duae *leviores*: tenacitas scilicet ac perpetuitas pravi propositi; duae autem graviores: id est deductio impiae intentionis in conditionem vel in pactum. Hoc commune in nostra iurisprudencia est. Verum quidem est tenacitatem ac perpetuitatem exclusionis boni prolis in matrimonio, per se tam levem praesumptionem reiecti iuris prae se ferre, ut potius ad indicia sint redigendae; nihilominus, aliquando tali obstinationis ac perseverantiae firmitate superindui possunt et velut qualificari, ut ad gravem conjecturam mentem inducere valeant vitiatii consensus matrimonialis in suis principiis”: SRRD.: vol. 35, dec. 83, Venetiarum c. Canestri.

“Pro exclusione iuris conicienda praesto sunt quattuor indicia: tenacitatis perpetuitatisque mali propositi; et duo alia quae clarius accedunt ad praesumptiones graviores: conditionis scilicet ac pacti adnexi contractui”: N. 5867 Venetiarum, 18 octobris 1956 c. Canestri; SRRD.: vol. 33, dec. 56, Nullitatis c. eodem; vol. 37, dec. 39, Nullitatis c. eodem; N. 4874 Taurinen., 3 novembris 1955 c. eodem; N. 5797 Nottinghaman., 28 octobris 1954 c. eodem.

“Praesumitur exclusum ius etiam si prolis exclusio fuerit per simplicem actum voluntatis dummodo tamen absolute et in perpetuum... Sed haec praesumptio minorem habet vim probandi quam aliae duae (conditio vel pactum) et ideo in casibus particularibus difficilium est probare utrum exclusum fuerit ipsum ius”: N. 2600 Parisien., 13 martii 1951 c. Pasquazi; N. 4958 Romana, 8 ianuarii 1952 c. eodem; SRRD.: vol. 33, dec. 87, Antiochen. Maronitarum, c. Heard; N. 4605 Romana, 25 iulii 1950; vol. 28, dec. 35, Nullitatis c. Guglielmi; vol. 34, dec. 72, Taurinen. c. Janasik; N. 4282 Luganen., 30 iunii 1950 c. Brennan.

El Ponente Brennan —que había sostenido también: “Opportunum indicium praebent tum pertinacia in servando proposito proli adverso tum perpetuitas exclusionis; haec tamen adeo urgeri nequit ac si per se constituerent praesumptionem exclusi iuris”: N. 4748 Romana, 18 martii 1952 c. Brennan— explica: “Haec verba (“indicia”) non videntur ita restringenda esse ut neque de praesumptione agi possit, sed tantummodo “tenax et perpetuum propositum” matrimonio abutendi non praebere directam probationem sed corrivari oportere ceteris iuris admniculis”: N. 4420 Romana, 18 martii 1952 c. Brennan.

¹⁴⁸ “Deficiente conditione expressa, praesumptio in favorem matrimonii praevallet quam refellere res ardua est. Nam raro quis matrimonium inii per positivum voluntatis actum internum restringendo consensum praestitum, etsi saepe nimis matrimonium contrahitur cum proposito peccandi seu prolem non habendi”: N. 4510 Platen., 28 iunii 1950 c. Heard; SRRD.: vol. 40, dec. 18, Nullitatis c. eodem.

“Ob favorem iuris... quo matrimonium gaudet, communiter praesumitur contrahentem qui ante nuptias habuit simplicem intentionem generationi prolis... contrariam, voluisse solummodo abuti matrimonio”: SRRD.: vol. 23, dec. 7, Nullitatis c. Wynen; vol. 27, dec. 55, Vilnen. c. eodem; vol. 33, dec. 33, N. 4, Nullitatis c. eodem; vol. 34, dec. 22, Nullitatis c. eodem; N. 4185 Versalien., 23 iulii 1953 c. Brennan.

Parece que el Ponente Quatrocolo en varias sentencias no reconoce la presunción deducida de la simple intención perpetua y absoluta; pero en otras de sus decisiones da a entender que le niega únicamente su carácter de prevalencia sobre el mismo “favor iuris”: “Verum in subiecta materia praetereundum non est, quod... citra conditionem et pactum, intentio semper

confirmada y robustecida por otras circunstancias— no basta para probar la nulidad del matrimonio¹⁴⁹ cuando basta la presunción deducida de la condición-pacto con tal de que no se pruebe lo contrario en un caso concreto¹⁵⁰.

Otras sentencias: 1) colocan estas presunciones en la misma línea¹⁵¹ 2) consideran como presunción sólo a la circunstancia de querer (sin distinguir entre simple intención, pacto, condición) excluir la procreación precisamente para siempre¹⁵²; presunción que, si bien tenga más fuerza probatoria cuando va revestida de la modalidad de la condición

praesumitur matrimonium dumtaxat foedandi": SRRD.: vol. 20, dec. 11, Nullitatis c. Quattrocolo; vol. 22, dec. 45, N. 12, Parisien. c. eodem; vol. 24, dec. 32, N. 6, Parisien. c. eodem; vol. 31, dec. 12, Florentina c. eodem; vol. 32, dec. 42, Nullitatis c. eodem; vol. 34, dec. 20, Manilana c. eodem.

Pero esas frases las entiende así: "Quamvis enim concedatur hanc suam intentionem manifestasse... cum tamen neque inito pacto neque sub conditione eam firmaverit, iuris scaturit praesumptio, propter iuris favorem quo matrimonia gaudent, iuris abusus sponsam tantum intendisse: "Si citra pactum...": SRRD.: vol. 33, dec. 73, N. 12, Juanen., c. eodem; vol. 28, dec. 39, Nullitatis c. eodem; vol. 34, dec. 46, Nullitatis c. eodem.

Y, según él, prevalece el "favor iuris" porque: "Iudicis etenim seu hominis simplex coniectura maiori vi destituitur contra praesumptionem ab ipsamet lege statutam, quae et relevat ab onere probandi et cedere debet dumtaxat veritati": SRRD.: vol. 33, dec. 73, N. 12, Januen. c. eodem. Por otra parte, afirma: "Verum simplex propositum vitandi prolem seu abusus iurium coniugalium...": SRRD.: vol. 25, dec. 56, Nullitatis c. eodem. "Simplex prolis exclusio... cum veri matrimonii abusu confunditur": SRRD.: vol. 24, dec. 32, N. 6. Parisien., c. eodem.

¹⁴⁹ "Haud probata conditione vel pacto, si absque ulla limitatione exclusio facta sit, ius ipsum praesumitur exclusum; ac praesumptio in veritatem transire potest ita ut rationabiliter existimeret ius ipsum revera exclusum esse, si concludentibus argumentis probatur exclusionem istam primo appositam esse ob causas iudicio excludentis gravis ponderis ac perpetuas, deinde ad executionem mandatam esse pertinaciter": SRRD.: vol. 37, dec. 57, Venetiarum c. Jullien; vol. 36, dec. 7, Parisien. c. eodem; vol. 39, dec. 12, Romana c. eodem; vol. 39, dec. 37, Nullitatis c. Caiazzo; N. 4267 Nullitatis, 24 novembris 1950 c. eodem; N. 5279 Calaritan, 4 augusti 1953 c. Pinna; N. 6395 Taurinen., 16 martii 1957 c. eodem; N. 3896 Eulogien., 28 febr. 1950 c. Felici; N. 4049 Neapolitana, 20 iulii 1949 c. eodem; N. 4478 Venetiarum, 17 aprilis 1950 c. eodem; N. 6759 Vic. Apost. Alexandriae Aegypti, 12 febr. 1959 c. Pasquazi; N. 4958 Romana, 8 ianuarii 1952 c. eodem; SRRD.: vol. 28, dec. 47, Westmonasterien., c. Heard; vol. 29, dec. 49, Postanden. in Oregon c. eodem; vol. 35, dec. 71, Nullitatis c. eodem; vol. 37, dec. 41, Nullitatis c. eodem; vol. 38, dec. 9, Romana c. eodem; N. 3309 Januen., 9 febr. 1950 c. Heard; vol. 34, dec. 72, Taurinen., c. Janasik; vol. 39, dec. 43, Nullitatis c. Teodori; vol. 35, dec. 78, Nullitatis c. Wynen; vol. 36, dec. 59, N. 3 Romana c. eodem; vol. 37, dec. 3, Angelorum c. eodem; vol. 37, dec. 50, Grazianopolitana c. eodem; vol. 40, dec. 32, Nullitatis c. eodem; N. 4239 Liburnen., 10 decembris 1949 c. eodem; N. 4957 Taurinen., 25 aprilis 1953 c. eodem; N. 5274 Mediolanen., 23 ianuarii 1954 c. eodem; N. 5609 Novarien. seu Taurinen., 9 novembris 1955 c. eodem.

¹⁵⁰ SRRD.: vol. 27, dec. 62, Romana c. Heard; N. 3917 Eboracen., 28 februarii 1951 c. Brennan.

¹⁵¹ "Quare iurisprudencia tradit quasdam praesumptiones, ex quibus conicitur, quid exclusum fuerit: etenim si reiectio prolis deducitur in pactum, vel postulat uti conditio sine qua non matrimonii contrahendi, vel si absolute et in perpetuum decernitur, generatim praesumitur exclusum fuisse ipsum ius" SRRD.: vol. 39 dec. 63 Romana c. Fideicicchi; vol. 37 dec. 14 Nullitatis c. eodem; vol. 39 dec. 3 Nullitatis c. Canestri; N. 5262 Parisien., 16 decembr. 1954 c. eodem; SRRD.: vol. 39 dec. 12 Romana c. Jullien.

¹⁵² ¿Quizá porque ella les da valor de presunción a la condición y al pacto? SRRD.: vol. 27, dec. 44, Nullitatis c. Heard; vol. 28, dec. 47 Westmonasterien., c. eodem; vol. 22, dec. 14 Westmonasterien., c. Grazioli; vol. 25 dec. 32 Parisien., c. Morano; vol. 35 dec. 15 Romana c. Quattrocolo; vol. 36 dec. 10 Nullitatis c. Jullien; vol. 37 dec. 25 Romana c. eodem; vol. 38 dec. 44 Parisien., c. eodem.

o del pacto¹⁵³, puede ser suficiente en algunos casos para demostrar con certeza la exclusión del derecho¹⁵⁴.

Reconocemos que esta circunstancia indica firmeza en la intención de no tener hijos; pero únicamente examinando el motivo que provocó esa intención podemos concluir —como veremos— si esa firmeza es o no es invencible, irrevocable, prevalente. Y por tanto, aunque la perpetuidad indique ella sola firmeza de voluntad no indica firmeza prevalente sino cuando esté provocada por un motivo prevalente. Solamente si esa intención que niega para siempre el uso recto del cuerpo es invencible no se concede un verdadero derecho o facultad moral: ¿qué poder es ese que se otorga al otro cónyuge si —por razón de aquella intención prevalente— nunca podrá hacer uso de él? ¿Será posible la existencia de una facultad moral para una acción físicamente imposible de realizar ni una sola vez?

Consideremos —por contraposición— la intención de excluir temporalmente la procreación.

La Jurisprudencia rotal afirma que tratándose de esta intención (simple o reducida a condición-pacto) rarisíamente podrá demostrar-

¹⁵³ "Quoad bonum prolis hae praesumptiones praecipuae sunt, limitatio temporis vel filiorum numeri... Hisce in casibus ius ipsum non exclusum censetur... Aliter dicendum est, si exclusio fiat simpliciter et absolute seu absque ullis limitibus temporis vel filiorum numeri, nam hisce in circumstantiis ius ipsum perpetuo exclusum existimatur... Varii sunt modi excludendi bona matrimonialia, nempe sive per pactum... vel per appositionem conditionis sine qua non, vel tandem per positivum voluntatis actum. Primi duo modi reddunt faciliorem boni exclusi probationem": SRRD.: vol. 39 dec. 4 Nullitatis c. Fideicicchi; N. 4958 Romana, 8 ianuarii 1952 c. Pasquazi.

¹⁵⁴ "Ad intrinsecam istam harum causarum difficultatem superandam... quaedam constabita sunt criteria, quibus iudex utitur ad dignoscendam in nuptientis mente voluntatem excludendi ipsum ius relativamque obligationem procreandi... Horum criteriorum praecipua sunt:... si exclusio sit absoluta sive quod attinet ad liberorum numerum sive ad tempus, id est si perpetua vel saltem indefinita praevideatur. Et heic patet ratio: licet enim theoretice quis configere possit casum exclusionis perpetuae simplicis exercitii cuiusdam iuris, sensus ipse communis, qui rudium et simplicium hominum actus et sensus movet prae qualibet iurispritorum elucubratione, docet et ostendit quolibet humano et practico valore carere ius, cuius exercitium in perpetuum adimeretur: unde vehementissima necessario oritur praesumptio in tali casu nuptientem iuri ipsi renuntiare voluisse vel correlativam obligationem radicitus integreque a se abicere... Patet ex nuper dictis... iudicem in quibusdam causis nullitatem retinere posse matrimonii a quo proles exclusa fuerit per actum voluntatis unius contrahentis quae in conditionem deducta non sit, immo ne communicata quidem alteri parti; quarum nullitatis declarationum non desunt exempla in huius S. T. decisionibus. Criteria adamussim hisce in decisionibus adhibita in perpetuitate potissimum assertae voluntatis exclusivae consistunt. "SRRD.: vol. 36 dec. 30, Nullitatis, c. Grazioli. "Quando ex actis constat de antecedenti proposito vitandi prolem absolute et perpetuo dari potest praesumptio quae sufficiens constituat argumentum ad probandam exclusionem iuris: N. 5281 Romana, 27 Martii 1953, c. Pasquazi. "Si exclusio prolis sit simpliciter, absolute et in perpetuum, praesumptio est pro exclusione iuris... prolem enim excludere absolute et in perpetuum, nisi contrarium probetur, idem est ac negare compartii ius in corpus: N. 4137, Romana, 7 Februarii 1950 c. eodem; N. 6428 Mediolanen, 8 Ianuarii 1957 c. eodem. "Alia tamen via seu indirecte id (la exclusión del derecho) constat, si exercitium iuris absolute et in perpetuum excludatur, quia practique non intelligitur vera traditio iuris cuius nullus esse debeat actus..." SRRD.: Vol. 18 dec. 28, Nullitatis, c. Mannucci. La misma opinión sostiene una sentencia del Vicariato de Roma: "...adiungendum esse videtur pactum et conditionem, per se, praesumptionem reiecti iuris non gignere... dum vehemens praesumptio exclusi iuris revera emergat ex... perpetua et absoluta voluntate exclusiva" (c. Magliocchetti, Romana, 5 Maii 1947; Eph. Jur. Can. 3 (1947) 542-543). Y E. GRAZIANI: *Ancora sulla intentio contra bonum prolis*, Il Diritto Eccho, 55 (1944) 67-70; *Sul patto de prole vitanda et sullo ius accusandi* id. 58 (1947) 136; *De omnis iuris in corpus exclusione*, Eph. Jur. Can. 3 (1947) 537-544; *Sulla exclusione della fedeltà coniugale*, Il Dir. Ecl. 59 (1948) 300.

se con certeza la negación del derecho¹⁵⁵, porque se presume fuertemente siempre —excepto en algún caso rarísimo (teórico más que práctico)— la exclusión del solo ejercicio del derecho¹⁵⁶.

Por tratarse, sin embargo, de simple presunción “*hominis*” puede darse esa prueba difícilísima contraria¹⁵⁷. También el significado de esta presunción queda determinado por el motivo, como veremos.

C. *Obstinado abuso del matrimonio*

La decisión prematrimonial irrevocable o absolutamente prevalente de evitar durante el matrimonio los hijos incluye la nulidad del matri-

¹⁵⁵ “In praxi... sat difficile est in temporanea exclusione generationis prolis cognoscere, utrum agatur de exclusione ipsius iuris utcumque limitata an potius de mero abusu... Neque in hoc casu sufficit videre num prava voluntas contrahentis vel contrahentium manifestata sit per modum verae conditionis sine qua non vel per formale pactum... Quare ubi agitur de temporanea exclusione generationis prolis, rarissimi erunt casus, in quibus certo statui poterit contra-hentem ipsum ius exclusise...” SRRD.: vol. 26, dec. 74, Parisien. c. Wynen.

¹⁵⁶ “Et ex ulterioribus verbis defensoris vinculi deputati sequitur iuxta eum etiam temporaneam exclusionem prolis, ante nuptias intentam, semper secum ferre nullitatem matrimonii, quoniam scilicet eiusmodi intentio antenuptialis “limitat ad certum tempus ius seu excludat ius plenum seu illimitatum, resultans ex contractu matrimoniali”. Verum illa doctrina... si vera, maxime esset “fatalis” pro sacro vinculo... Neque sola “praevalens iurisprudencia” est contraria huic novae doctrinae, sed tota iurisprudencia una cum unanimi sententia probatorum auctorum. Theoretice quidem admitti debet —et plures sententiae Rotaes id explicite admitterunt— exclusionem etiam temporaneam generationis prolis secumtrahere posse nullitatem matrimonii, si nempe tantum aliquod ius restrictum et limitatum, ad actus per se aptos ad prolis generationem, traditur; ac practice fere impossibile est id adeo certo probare, ut quodlibet positivum dubium in contrarium excludatur: habetur enim praesumptio, in tali casu “contrahentem voluisse verum inire matrimonium, sed simul iure matrimoniale abuti”, utique “nisi aliud constet” (Gasparri, De matr., ed 1932, n. 898), sed hoc “aliud” probare, nisi agatur de casu specialissimo, est tam arduum, ut omnino reici debeat doctrina, quae potius hoc “aliud” proclamat uti praesumptionem” SRRD.: vol. 38, dec. 22 Nullitatis c. Wynen. “Doctrina una cum iurisprudencia praesumptionem practice uniformem exclusi solius exercitii iuris proclamant tantummodo pro exclusione prolis temporanea quae aequiparatur mero abusu matrimonii. Sane qui ante nuptias intendit nonnisi ad certum tempus evitare procreationem filiorum... is dici nequit nolle tradere ius... In casibus utique extraordinariis talis contrahens compartem etiam ipso iure privare potest... Eiusmodi prava intentio est praeter communiter contingentia et adeo rara ut forsitam in iuris perito admitti possit, si et quatenus is positive detrectet quodpiam ius tradere comparti pro primo tempore vitae consortii. Donec igitur talem casum extraordinarium adesse probetur, stat legitima praesumptio pro mero abusu matrimonii”: N. 5246 Januen., 31 maii 1954 c. Wynen. “An vero in exclusione prolis temporanea de facto habeatur exclusio ipsius iuris, nonnisi in casibus extraordinariis atque tantum rarissime demonstrari potest”: SRRD.: vol. 40 dec. 20 Sancti Didaci, c. Wynen. “Exclusio quoque temporanea irritat matrimonium “dummodo vero probetur ipsum ius fuisse ad tempus denegatum. Hoc tamen potius theoreticum est. Practice enim standum est communi praesumptioni, iuxta quam temporanea exclusio denuntiat merum abusum matrimonii” (Bononien., c. Pinna 17 decembr. 1955 in Monitor Ecclesiasticus 1956 p. 50): N. 6660 Romana 26 febr. 1959 c. Brennan. SRRD.: vol. 23 dec. 7 Nullitatis c. Wynen; vol. 32 dec. 68 Jansen. c. eodem; vol. 38 dec. 18 Nullitatis c. eodem; vol. 35 dec. 4 Westmonasterien., c. Jullien; vol. 37 dec. 57 Venetiarum c. eodem; vol. 28 dec. 47 Westmonasterien., c. Heard; vol. 26 dec. 48 Nullitatis c. Janasik; vol. 21 dec. 45 Nullitatis c. Morano; N. 5719 Basilien., 10 maii 1955 c. Pinna; N. 5898 Romana, 17 iunii 1955 c. Staffa P. Fedele no ve la razón lógica de negar la paridad entre exclusión perpetua y exclusión temporal de la procreación: P. FEDELE, *Rassegna ragionata di Giurisprudenza rotale in materia matrimoniale*, Archivio di Diritto Ecclesiastico 1 (1939) 301-302; *Intentio et conditio contra matrimonii substantiam: Rivista di diritto privato* 6 (1936) 61.

¹⁵⁷ “Reiectio temporanea deponit pro exclusione exercitii iuris; si tamen comitetur tenacitati peculiarissimis rationibus obstinatae multoque magis conditioni aut pacto, non est impossibile invenire exclusionem iuris etiam in denegatione temporanea”: N. 5997 Nottinghamen., 28 octobris 1954 c. Canestri. Insistiremos.

monio. Porque con ella queda rechazado total o parcialmente el derecho al recto ejercicio del acto conyugal o —una vez efectuado perfectamente ese acto— a retener el “semen” verdadero en los vasos femeninos naturales, concebir, permitir la evolución del feto hasta su pleno desarrollo, darle a luz.

¿Pero la resistencia durante el matrimonio a usar rectamente cualquiera de esos derechos arguye la existencia de esa intención prematrimonial que excluye esos derechos?

Teóricamente, en general, podemos afirmar que no la arguye si no consta con certeza¹⁵⁸ que ese abuso es obstinado y que procede de ella, es decir, que la decisión irrevocable que lo produce no fue tomada después de celebrado el matrimonio sino que existió ya actual o virtualmente en el momento de la celebración del matrimonio¹⁵⁹.

Hay una serie de circunstancias que dan a conocer la obstinación de esa conducta: repetidos abortos premeditados¹⁶⁰, despreciar las constantes protestas y exponer a grave peligro —con ese abuso— la salud del consorte ardientemente amado¹⁶¹, no ceder ni siquiera ante la turbada convivencia y preferir incluso la separación temporal antes que cambiar de conducta¹⁶².

En la práctica, en cada caso, una vez probada la obstinación de ese abuso, no es preciso —para atribuirle el valor de indicio probatorio de la exclusión del derecho— demostrar previamente con certeza (en este caso no tendría ese indicio más que un simple valor confirmativo prácticamente inútil) o suponer (habría una especie de petición de principio y una presunción estaría apoyada en otra presunción o suposición) que la intención irrevocable de la que procede no es posterior a la celebración del matrimonio. No argumentamos “a priori”, no concluimos de la existencia de esa intención prematrimonial irrevocable el valor demostrativo de ese indicio; razonamos “a posteriori”, concluimos la

¹⁵⁸ “Nullitas matrimonii ex sola tenacia raro et difficilis eruitur sive quia raro tollitur omnibus prudens quin ista invincibilis firmitas causas habeat subsequentes matrimonium, sive quia pluries non probatur propositum fuisse revera insuperabile”: N. 5217 Romana, 23 martii 1954 c. Fideicichi; N. 4677 Romana, 18 aprilis 1951 c. eodem; N. 4272 Ebroicen., 5 augusti 1949 c. Staffa; N. 4456 Romana, 20 aprilis 1951 c. eodem; SRRD.: vol. 34, dec. 22, N. 6, Nullitatis c. Wynen.

¹⁵⁹ “Hanc praevalentiam voluntatis excludendi prolem... etiam ex tenacia in illa servanda conici potest dummodo tamen haec pervicacia sit revera invincibilis et non nisi ex proposito ante nuptias elicit procedat”: N. 4244 Taurinen., 19 octobris 1951 c. Staffa; N. 4350 Claravaren., 22 decembr. 1949 c. eodem; N. 4272 Ebroicen., 5 augusti 1949 c. eodem; N. 4456 Romana, 20 aprilis 1951 c. eodem; N. 5217 Romana, 23 martii 1954 c. Fideicichi; N. 5736 Romana, 21 aprilis 1955 c. eodem; N. 5330 Neapolitana, 7 iunii 1955 c. eodem; N. 4608 Taurinen., 20 martii 1951 c. Brennan; N. 3917 Eboracen., 28 febr. 1951 c. eodem; N. 6660 Romana, 26 febr. 1959 c. eodem; SRRD.: vol. 38, dec. 47, N. 9 Chicagien., c. Jullien; vol. 35, dec. 83 Venetiarum, c. Canestri.

¹⁶⁰ N. 4794 Romana, 23 aprilis 1952 c. Wynen; N. 5104 Nullitatis, 17 aprilis 1953 c. Filipiak
¹⁶¹ N. 5281 Romana, 27 martii 1953 c. Pasquazi; N. 6333 Romana, 13 octobris 1956 c. Sabbattani.

¹⁶² N. 5693 Romana, 20 decembris 1955 c. Pasquazi; N. 5495 Romana, 14 iulii 1954 c. Brennan; N. 5598 Romana, 15 februarii 1955 c. eodem; N. 5328 Taurinen., 28 octobris 1954 c. Heard; N. 5330 Neapolitana, 7 iunii 1955 c. Fideicichi.

existencia y la firmeza irrevocable o —probada por otros procedimientos la existencia— concluimos la firmeza irrevocable de la intención prematrimonial contraria a la procreación así: es un hecho cierto la conducta abominable del contrayente; esa conducta tiene que proceder de una intención o decisión del mismo contrayente; pero no aparece en todo el tiempo de la convivencia matrimonial una razón que hubiera podido motivar esa intención; luego esa intención, tuvo que existir ya actual o virtualmente en el momento de la celebración del matrimonio. Por otra parte, esa conducta es irrevocable, invencible, luego aquella decisión —de la que esta conducta procede— debió ser también invencible, irrevocable.

También aquí tenemos que afirmar que —como veremos luego— ayuda muchísimo para conocer la obstinación de ese abuso y su procedencia de una intención no posterior a la celebración del matrimonio la consideración del motivo final, por el cual el contrayente determinó excluir de esa manera la procreación.

Este indicio puede ser considerado —supuestas las dos condiciones señaladas— como argumento grave¹⁶³, de primer orden¹⁶⁴, suficiente —al menos si es tan tenaz que va revestido o cualificado de las circunstancias mencionadas en las notas 160-162— para declarar la nulidad del matrimonio¹⁶⁵. No estamos, pues, de acuerdo ni con las sen-

¹⁶³ "Tenacitas et insuperabilis firmitas in exsequendo pravo praenuptiali proposito..., exclusi ipsius iuris praeter praesumptionem grave argumentum constituit": N. 5334 Taurinen., 13 maii 1954 c. Canestri; SRRD.: vol. 35, dec. 83 Venetiarum c. eodem; Vol. 27, dec. 63, N. 8 Januen. c. Heard; vol. 26, dec. 7 Parisien. c. Jullien; N. 5445 Taurinen., 22 martii 1954 c. Bonet.

¹⁶⁴ "Inter praesumptiones primum locum tenet constans et quidem perversus abusus iuris coniugalis ex quo concludere licet contrahentem comparti ipsum ius ad prolem in actu celebrationis denegavisse" N. 5104 Nullitatis, 17 aprilis 1953 c. Filipiak; N. 6144 Mutinen., 22 iulii 1955 c. Staffa; N. 4476 Versalien., 8 iulii 1955 c. eodem; N. 5914 Romana, 22 februarii 1955 c. Pasquazi; SRRD.: vol. 40 dec. 58 Romana c. eodem.

¹⁶⁵ "Ex modo quo conventus se gessit in matrimonio apparet ipsum, ponendo exterius actum positivum exclusionis, eliquisse conditionem, mente quidem retentam, qua contracturus non esset, nisi sub exclusione prolis. Hoc apparet ex tenacia insuperabili qua, toto vitae communis tempore, propositum servatum est quaeque nonnisi ex intentione antecedente matrimonium procedere potuit; ex pervicacia vere invencibili, qua actrici prolem ita denegavit ut non cesserit nec phisicae necessitati maternitatis in uxore ad morbum depellendum; ex revocatione et allegatione eiusdem intentionis ante nuptias sponsae manifestatae quibus uxori et aliis obiurgantibus foedum usum, constanter respondit. Praesertim per hoc elementum praxis postmatrimonialis induit vim probatoriam; ex dissolutione vitae communis, omnibus commodis instructae domi uxoris quam conventus praetulit satisfactioni suae obligationis relate ad procreationem. His elementis attentis, dicendum voluntatem contra prolem in convento inveniri omnino absolutam et firmissimam ac profluentem ab intentione antenuptiali. Haec omnia qualificant actum iam probatum exclusionis prolis ac fundant legitime praesumptionem agi in casu de conditione mente retenta": N. 6333 Romana, 13 octobris 1956 c. Sabbatani. "Ex actis praeterea constat propositum antecedens conventi vitandi prolem fuisse absolutum et perpetuum... probatur praesertim circumstantiis subsequentibus matrimonium. Ab initio vitae coniugalis conventus noluit recte uti copula ad vitandam uxoris praegnationem. Ex depositionibus concordibus... colligitur causam principalem litium coniugaliu fuisse non rectum usum copulae ex parte viri. Haec quoque fuit causa separationis coniugaliu. Quare dixerunt patres ex actis satis constare de exclusione ipsius iuris": N. 5693, Romana, 20 Decembris 1955, c. Pasquazi. "Invincibilis firmitas propositi probatur praesertim gravissimis discidiis, quibus non obstantibus, coniux usum recusavit, et adhuc clarius vitae communis dissolutione quam idem praetulit officiorum suorum satisfactioni": N. 5495, Romana, 14 Iulii 1954, c. Brennan, "Actus voluntatis quo quis ita relationes vere coniugales insuperabili firmitate recusat ut potius coniugio valedicat quam a suo

tencias rotales que le atribuyen simplemente, sin distingos, la categoría de presunción de la exclusión del derecho¹⁶⁶, ni con las sentencias rotales que no le conceden más que un simple valor confirmativo de la prueba cierta —obtenida por otros procedimientos— de la intención prematrimonial de excluir el derecho: esta circunstancia será de suyo un indicio equívoco que, en cada caso, recibirá un significado u otro, arguirá la intención prematrimonial de excluir el derecho o la intención prematrimonial de excluir el solo ejercicio del derecho según que previamente haya sido demostrada una u otra de esas dos intenciones; será esta intención, ya probada con otros argumentos, la que fijará concretamente el sentido o valor probativo de este indicio y, a su vez, ese sentido del indicio confirmará, robustecerá la prueba cierta de la existencia de una u otra de esas dos clases de intenciones¹⁶⁷.

proposito recedere est proprie actus positivus quo consensus vitatur": N. 5598, Romana, 15 Februarii 1955, c. Brennan. "Data igitur invicta tenacitate qua vir per totam vitam coniugalem in perverso usu matrimonii perseveravit (*potius quam modum agendi mutare mulierem abire voluit*) et quidem vi determinationis ante nuptias conceptae et saepius enuntiatae, dici nequit eum mulieri ullum ius tradere voluisse": N. 5328, Taurinen., 28 Octobris 1954, c. Heard. "Ipsius ratio agendi a prima nocte non explicatur nisi praecedenti intentione, intentione nempe prolis contraria quam verbo ostenderat amicis respectu matrimonii in genere, facto autem probavit etiam matrimonio cum Clotilde applicasse: nam conventus prima nuptiarum nocte in coniugalibus muniis explendis voluit suum propositum excludendae prolis executioni demandare, at uxor non acceptabat modum quo utebatur vir, et valde obistente uxore, in sua ratione agendi toto vitae coniugalis tempore pertinaciter perseveravit... voluit vitam communem abrumperere potius quam a proposito recedere, *potius maluit amittere uxorem quam mores suos reformare*": N. 5330, Neapolitana, 7 Iunii 1955, c. Fideicichi. "Nonnumquam *concludens probatio* pro absoluta et pertinaci exclusione ipsius iuris habetur praecipue ex factis nuptias subsequentibus, si haec facta sint *enormia*, extra ambitum simplicis abusus matrimonii vagantia. Ita pro excluso iure proclamandum est si qua mulier non est contenta adhibendis turpibus mediis anticonceptionalibus, sed suam repugnantiam quoad filios procreandos manifestat etiam *voluntariis abortibus* quando ipsa praeter expectationem et non obstantibus omnibus praecautiōibus usurpatis praegnans facta est. Mulier quae hoc modo maritum reddit infelicem et sua pertinacia veram vitam coniugalem destruit, legitime praesumenda est privasse in contrahendo sponsum ipso iure... praecipue ex hisce factis enormibus seu ex abortibus impudenter perpetratis deducendum esse declararunt Patres... Nedam in nubendo Joanni absolute denegasse viro quod plam Ius": N. 4794 Romana, 23 april. 1952 c. Wynen; N. 5104, Nullitatis, 17 Aprilis 1953, c. Filipiak. Pero: "Procuratio abortus voluntaria est quidem generatim signum voluntatis contrariae proli sed non signum *certum* voluntatis absolutae et perpetuae neque signum *certum* exclusionis iuris": N. 4306, Insulen., 10 Aprilis 1951, c. Pasquazi. "Firmam et absolutam fuisse conicitur praesertim ex constanti abusu actuum coniugium. Etenim si prae oculis habeatur quod conventus qui ante et per aliquot menses etiam post nuptias *valde diligeat* uxorem suam, *pronihilo* duxit sive vehemens uxoris desiderium habendi filios sive eius *frequentes querelas* ob non rectum usum copulae ad prolem vitandam, *dubitari nequit* de firma et absoluta conventi voluntate excludendi prolem. Clarius insuper cognoscitur eius firmum et absolutum propositum si perpendatur quod ipse ne tunc quidem voluit ab eodem proposito recedere quando uxor ei notum fecit non rectum usum unionis coniugalis, iuxta medicos, *valde nocere suae valetudini*. Notetur quoque oportet hanc fuisse causam separationis coniugum prius ad tempus et tandem perpetuae": N. 5281 Romana, 27 martii 1953 c. Pasquazi.

¹⁶⁶ "Si invicte probetur a contrahente fuisse prolem exclusam toto tempore vitae, ius fuisse explosum praesumitur": N. 4292 Nullitatis, 12 iulii 1949 c. Fideicichi; N. 4020 Parisien., 29 martii 1949 c. eodem; N. 5511 Romana, 21 iunii 1955 c. eodem; N. 4171 Florentina, 17 iunii 1949, c. Filipiak; N. 4738 Clevelanden., 10 iulii 1953 c. eodem; N. 5649 Mutinen, 19 novembris 1954 c. eodem.

¹⁶⁷ "Tenacitas alterutrius in perverso usu matrimonii de se univocum non est... At si aliunde constet de firmo, positivo et *praevalenti* actu praenuptiali, foedissimum usum matrimonii, maxime si pertinaciter, diu et altera parte renuente, servatus fuerit, valide *confirmat* ipsum ius non fuisse compartitum traditum": N. 5745 Veneten., 30 maii 1956 c. Pinna. "Cum non constet de antecedenti voluntate excludendi ius... tenacitas a viro post nuptias servata signum non univocum sed *aequivocum* constituit": N. 4429 Nullitatis, 15 ianuarii 1951 c. Brennan; N. 5279

En cambio la consumación —particularmente recta y eficaz— del matrimonio constituye un argumento confirmativo gravísimo de que no fue excluido el derecho¹⁶⁸.

Todas estas presunciones (condición-pacto, simple intención ilimitada, tenacidad y motivo —del que trataremos al final de nuestra disertación—) convergen en un mismo punto: la demostración más o menos eficaz de la negación del derecho; por consiguiente, pueden y deben ser consideradas no aisladamente, sino en su conjunto; y, si en su conjunto no pueden explicarse razonablemente sino admitiendo la negación del derecho, podemos y debemos concluir con certeza moral esa negación.

Son varias, desde luego, las decisiones rotales que han declarado la nulidad del matrimonio en base a la convergencia de varias de estas presunciones.

Algunas decisiones han declarado la nulidad del matrimonio en virtud de la presunción deducida del pacto contrario a la procreación, motivado por una razón de naturaleza grave y perpetua, expresamente o no expresamente condicionado, ilimitado, y practicado con insuperable tenacidad¹⁶⁹, o en virtud de la presunción deducida o de la con-

Calaritana, 4 augusti 1953 c. Pinna; N. 5273 Novarien., 22 decembris 1954 c. eodem; N. 6036 Florentina, 28 aprilis 1956 c. eodem; N. 4891 Januen., 2 iulii 1952 c. eodem; N. 4908 Basilien., 18 iunii 1953 c. eodem; N. 5291 Aquilana, 28 novembris 1953 c. eodem; N. 4961 Ravennaten., 10 decembris 1953 c. eodem; N. 5731 Taurinen., 12 novembris 1956 c. Bonet; N. 4819 Romana, 10 iulii 1956 c. Brennan; SRRD.: vol. 20 dec. 24 N. 5 Constantinopolitana c. Massimi; vol. 22 dec. 4 N. 17 Nullitatis c. eodem; vol. 20 dec. 58 N. 4 Nullitatis c. Mannucchi; vol. 23 dec. 1 N. 15 Nullitatis c. Quattrococo; vol. 25 dec. 56 N. 7 Nullitatis c. eodem; vol. 32 dec. 42 N. 7 Nullitatis c. eodem; vol. 25, dec. 13 N. 6, 11 Nullitatis c. Heard; vol. 27, dec. 46 N. 9 Parisien., c. Grazioli; vol. 27, dec. 57 N. 14 Nullitatis c. Guglielmi.

¹⁶⁸ "At argumentum quod omne in casu praecidit dubium, quod nempe propositum vitandi prolem non ita sponsi intellexerint ut ad coniugales actus ius esset exclusum, subministrat ipsamet actrix, cuius ex confessione constat statim ab initis nuptiis de facto coniuges officiis matrimonialibus vacasse": SRRD.: vol. 20 dec. 11 N. 11 Nullitatis c. Quattrococo. "Proles de facto suscepta est post annum a matrimonio contracto unum; ex quo manifestum apparet argumentum contra actricis intentionem gravissimum, quod nonnisi probationibus concludentissimis infirmari valet": SRRD.: vol. 26 dec. 7 N. 8 Parisien., c. Jullien. "Coniuges vel ab initio operam dedisse officiis matrimonialibus, ac deinde naturali quidem modo ita ut filia enata sit, factum est gravissimi per se ponderis contra intentionem actricis": SRRD.: vol. 23 dec. 53 N. 9 Nullitatis c. Mannucchi. SRRD.: vol. 19 dec. 26 N. 8 Nullitatis c. Florczak; vol. 19 dec. 54 N. 19 Nullitatis c. Guglielmi; vol. 26 dec. 79 N. 22 Angelorum et Sancti Didaci c. eodem.

¹⁶⁹ "Perpendentes igitur Patres, partes ante matrimonium verum pactum de omni prole vitanda iniise, et quidem ob *causam natura sua perpetuam, et per totam vitam coniugalem hoc pactum observasse*, putarunt in casu ius ipsum ad prolem exclusum esse..." (En la parte "in iure" ha considerado ese pacto como presunción): "Probato igitur pacto inter partes ante matrimonium inito, *praesumptio* est ius exclusum fuisse; secus stat praesumptio in favorem matrimonii. Sed agitur tantummodo de praesumptione iuris. Possunt quidem partes per pactum usum iuris excludere": SRRD.: vol. 32 dec. 44 N. 15 Romana c. Heard. "Quae cum ita sint, Patres retinuerunt defecisse in casu matrimoniale consensum... Hanc fuisse viri intentionem omnia rerum adiuncta suadent. In primis agebatur de vitanda prole simpliciter, *non cum aliqua huius intentionis limitatione*... Atqui ex huiusmodi intentione solet argui ad exclusionem obligationis. Praeterea attendenda tenacia viri, quae ab intentione bono prolis contraria numquam recessit, neque ullam rationem habuit mutati consilii in uxore. Unde aliud petitur argumentum pro obligationis ipsius exclusione... Cum vero sponsalium tempore intentioni viri bono prolis contrariae accesserit simul mulieris intentio, *factus est utriusque in idem placitum consensus*. Atqui cum res deducitur in pactum, grave argumentum existit pro exclusionem obligationis, pacto enim solent mutua iura restringi": SRRD.: vol. 19 dec. 35 N. 9 Nullitatis c. Massimi; vol. 20

dición expresa, implícita¹⁷⁰ o de la simple intención¹⁷¹ cualificadas con esas mismas circunstancias.

D. *Insistentes manifestaciones prematrimoniales de no tener hijos*

El hecho de que uno de los novios repita machaconamente —como una especie de obsesión— su determinación de no tener hijos en el futuro matrimonio arguye ya cierta firmeza en esa decisión; y mucho más la arguye —hasta poderla arguir con certeza moral— si esas reiteradas manifestaciones se las hace precisamente al otro novio ardentemente querido, como dándole a entender que se lo advierte para que, una vez celebrado el matrimonio, no se lamente ni reclame su derecho al uso recto de la cópula perfecta; y aún la arguye más si ni las protestas ni los ruegos ni los esfuerzos de este otro novio han podido suprimir esas declaraciones¹⁷².

En cambio el silenciar —sin un motivo grave— estas intenciones da a entender la exclusión del simple ejercicio del derecho¹⁷³.

dec. 18 Nullitatis c. eodem; vol. 34 dec. 23 Nullitatis c. Wynen; vol. 39 dec. 35 Taurinen., c. eodem; vol. 39 dec. 20 Florentina c. Brennan. Otras sentencias consideran sólo algunos de estos elementos: 1) *el pacto ilimitado por motivos perpetuos*: SRRD.: vol. 19 dec. 50 Nullitatis c. Parrillo; vol. 15 dec. 32 Nullitatis, videntibus omnibus. 2) *el pacto ilimitado*: SRRD.: vol. 26 dec. 89 Nullitatis c. Heard; vol. 38 dec. 67 Romana c. Caiazzo.

¹⁷⁰ SRRD.: vol. 18 dec. 5 Nullitatis c. Jullien; vol. 25 dec. 14 Romana c. Morano; vol. 33 dec. 33 Nullitatis c. Wynen; vol. 37 dec. 3 Angelorum., c. eodem; vol. 38 dec. 22 Nullitatis c. eodem.

¹⁷¹ "Quidquid autem sit, cum ex tabulis processualibus saltem certissime constet tum de absoluta viri determinatione omnem prolis procreationem vitandi ante matrimonium clare et aperte manifestata, tum de modo constanti, immo et crudeli, quo hanc pravam suam voluntatem per totam vitam conjugalem prescutus est... de iure excluso per actum positivum voluntatis nemo dubitare potest": SRRD.: vol. 40 dec. 15 Nullitatis c. Heard; vol. 35 dec. 71 Nullitatis c. eodem; vol. 15 dec. 19 Nullitatis c. Parrillo; vol. 18 dec. 28 Nullitatis c. Mannucchi; vol. 20 dec. 5 Nullitatis c. Guglielmi; vol. 22 dec. 14 Westmonasterien., c. Grazioli; vol. 28 dec. 16 Parisien., c. eodem; vol. 28 dec. 40 Parisien., c. eodem; vol. 28 dec. 50 Parisien., c. eodem; vol. 23 dec. 50 Nullitatis c. Massimi; vol. 26 dec. 4 Nullitatis c. eodem; vol. 28 dec. 36 Nullitatis c. Wynen; vol. 39 dec. 15 Parisien. c. eodem; vol. 33 dec. 56 Nullitatis c. Canestri; vol. 35 dec. 83 Venetiarum c. eodem; vol. 36 dec. 10 Nullitatis c. Jullien; vol. 37 dec. 4 Nullitatis c. eodem; vol. 37 dec. 57 Venetiarum c. eodem; vol. 38 dec. 59 Mediolanen., c. eodem; N. 4420 Romana, 18 martii 1952 c. Brennan; N. 5598 Romana, 15 febr. 1955 c. eodem; N. 5034 Taurinen., 17 iulii 1952 c. Teodori; N. 5556 Taurinen., 6 augusti 1954 c. Staffa; N. 6166 Parisien., 24 febr. 1956 c. eodem; N. 5586 Detroiten., 6 martii 1956 c. Felici.

¹⁷² "Si puella utcumque sit levis, suis propinquis et amicis pravam suam intentionem generationi prolis contrariam saepe et continuo aperit, et adhuc magis si suo sponso ante nuptias eamdem suam intentionem manifestat, atque si deinde sponsus incassum puellam ad meliores fruges reducere satagit, facile oritur moralis certitudo illam puellam suo consensui positive apponisse suam restrictionem quoad prolem, ut tutam se redderet adversus omnem exigentiam futuri mariti relate ad ius ad actus...": N. 5835 Venetiarum, 9 ianuarii 1957 c. Wynen; N. 3760 Lausannen., 10 martii 1949 c. eodem; N. 4235 Liburnen., 10 decembris 1949 c. eodem; N. 4391 Romana, 25 maii 1950 c. eodem; N. 5274 Mediolanen., 23 ianuarii 1954 c. eodem; N. 6199 Romana, 7 decembris 1955 c. eodem; N. 5979 Urbinaten., 28 aprilis 1956 c. eodem; N. 4836 Versalien., 10 ianuarii 1957 c. eodem SRRD.: vol. 27 dec. 63 N. 8 Januen. c. Heard. En virtud principalmente de este indicio declara Wynen la nulidad de algún matrimonio: N. 5564 Romana, 11 iunii 1954 c. Wynen; N. 4794 Romana, 23 aprilis 1952 c. eodem; SRRD.: vol. 38 dec. 22 Nullitatis c. eodem; vol. 38 dec. 18 Nullitatis c. eodem; vol. 37 dec. 78 Eposedien., c. eodem.

¹⁷³ "...ex stricto silentio hac de re, potius mera intentio abutendi matrimonio deduci potest, nisi aliis argumentis contrarium probetur": N. 4836 Versalien., 10 ianuarii 1952 c. Wynen; N. 4391 Romana, 25 maii 1950 c. eodem; SRRD.: vol. 38 dec. 18 Nullitatis c. eodem; N. 4282 Luganen., 30 iunii 1950 c. Brennan; N. 3917 Eboracen., 28 februarii 1951 c. Brennan; N. 3909 Januen., 9 februarii 1950 c. Heard.

E. *Indole del contrayente*

Mientras que algunas sentencias consideran como argumento valioso la índole arreligiosa, irreligiosa, amoral, inmoral del contrayente¹⁷⁴ otras no le dan tanta importancia¹⁷⁵.

¹⁷⁴ "*Magni* facienda est indoles religiosa et moralis coniugis. *Facilius* enim homo irreligiosus et immoralis consensum matrimonialem in sua substantia vitiare praesumitur quam homo religioni deditus. Iudicis est valorem indiciorum et praesumptiorum aestimare atque edicere quoniam gradu allatae praesumptiones vim probationis assumant atque praesumptionum iuris evertere valeant. Ceteroquin adminiculativa probatio directam complet et perficit": N. 5587, Harlemen., 14 novembris 1955 c. Filipiak. "Insuper inquirendum est in indolem religiosam et moralem coniugis... *Facilius* enim admitti potest hominem cultui religionis contrarium consensum matrimonialem vitiasse quam hominem religioni deditum": N. 6346 Naunoten., 15 novembris 1957 c. Filipiak; N. 4381 Hispalen., 2 iulii 1949 c. eodem; N. 4071 Tergesteh., 22 decembris 1949 c. eodem; N. 4738 Clevelanden., 10 iulii 1953 c. eodem; N. 5141 Sancti Galli, 29 ianuarii 1954 c. eodem; SRRD.: vol. 27 dec. 62 Romana c. eodem; N. 5006 Taurinen., 16 iulii 1953 c. Brennan.

¹⁷⁵ a) "*Argumenta* deducta ex... indole animoque religioso... natura sua *extra probabilitatis fines non egrediuntur*": SRRD.: vol. 27, dec. 42, N. 10, Nullitatis c. Massimi. Algunas sentencias afirman que las costumbres corrompidas, la irreligiosidad del contrayente hace *verosímil*: SRRD.: vol. 26, dec. 4, N. 8, Nullitatis c. Massimi, o que *se admita con más facilidad*: SRRD.: vol. 19, dec. 35, N. 9, Nullitatis c. Massimi, la exclusión del derecho; o *explican* las afirmaciones contrarias a la procreación: SRRD.: vol. 23, dec. 50, N. 11, Nullitatis c. Massimi.

b) Otras consideran la índole natural del contrayente: "*Indoles* autem ad simulandum proclivis simulandique habitus, uti indicium haberi potest simulationis in matrimonio, non vero tamquam probatio certa": N. 6248 Massilien., 19 febr. 1959 c. Bejan.

"Ad rem decidendam iudex praecipue inspiciet... indolem contrahentium an ponderata et consilii tenax, vel inconstans et levis": N. 6597, Washingtonen., 27 maii 1957; N. 6582 Romana, 12 iunii 1957 c. eodem; N. 3918 Algerien., 22 martii 1950 c. Staffa; N. 6219 Romana, 22 febr. 1956 c. Lamas.

c) Y otras, finalmente, las circunstancias ambientales, etc.: "*Revera* ut pluries S. Congregatio S. O. declaravit... ad veram voluntatem contrahentium cognoscendam consideratio morum, consuetudinum regionis, ceterorumque adiunctorum multam afferre potest lucem... at haec aliaque huiusmodi praesumptiones non sunt nisi praesumptiones hominis quibus probatio adiuvari potest, at non perficitur, nisi accedant argumenta concludentia quibus compleatur; ideoque haud fas esset eas accipi... pro normis quibus indiscriminatum probatio in casu petita regeretur": SRRD.: vol. 30, dec. 28, N. 4, Parisien., c. Grazioli.

A P E N D I C E

La mayoría de las presunciones señaladas en la exclusión del "bonum prolis" se aplican a la exclusión del "bonum fidei"¹⁷⁶.

JUAN JOSÉ GARCÍA FAILDE

Doctor en ambos Derechos

y

Abogado del S. Tribunal de la Rota Romana

¹⁷⁶ "*Propositum tenax et perpetuum, melius adhuc deductum in pactum vel conditionem praesumere sinunt pro exclusis bonis in iure*": SRRD.: vol. 40, dec. 11, Romana c. Canestri; vol. 40, dec. 16 Januen., c. eodem; N. 4272 Ebroicen., 5 augusti 1949 c. Staffa. Y en general casi todas las sentencias aplican estas presunciones indistintamente a la exclusión del "bonum prolis" y a la exclusión del "bonum fidei".

No comprendemos la afirmación de Graziani y de Fedele: el criterio de la perpetuidad no es aplicable a la exclusión del "bonum fidei": E. GRAZIANI, *Sulla esclusione della fedeltà coniugale*, Il Diritto Ecclesiastico 59 (1948) 292-302; P. FEDELE, *Analisi di recenti sentenze ecclesiastiche in tema di nullità di matrimonio*, Ephemerides Iuris Canonici 9 (1953) 385.

Podemos indicar alguna otra presunción que se suele aducir: "Haec probatio fieri potest quando aliquis contrahens impuris amoribus omnino illaqueatus et quamlibet emendationem inhonestae suae vitae prorsus respuens, plus minusve cogitur ad ducendam puellam honestam nullatenus amatam": SRRD.: vol. 36, dec. 50, Nullitatis c. Wynen.

"Admodum difficile est probare talis iuris reservationem nisi agatur de tertia persona determinata quacum contrahens iam antea relationes habuit et cui matrimonium saltem civile promissit": N. 5943, Parisien., 27 octobris 1956 c. Heard.

"Error circa proprietates essentielles matrimonii... ubi... aliae probationes concurrant est optimum exclusionis iuris argumentum: qui enim matrimonium concipit multiplex... atque ob vitiorum illecebras ad vagas et multiplices uniones impellitur haud difficulter dici potest matrimonium, si quod vel invitus vel ob opportunitatem quamdam transeuntem contrahat, neque unum... celebrare": N. 4311 Lafayetten., 24 ianuarii 1951 c. Felici.