

RESPONSABILIDAD DERIVADA DE SIMULACION DOLOSA DEL MATRIMONIO Y DE SUPUESTOS SEMEJANTES *

I.—INTRODUCCION

1. *Los antiguos matrimonios presuntos.* En el derecho de las Decretales anterior a Trento la cópula realizada con afecto marital era signo y expresión del consentimiento matrimonial. En virtud de ello, el contrato esponsalicio seguido de cópula entre los «sponsi» se convertía en matrimonio verdadero (*sponsalia de praesenti*). La cópula con *affectio fornicaria* no engendraba matrimonio, pero la ley presumía sin posibilidad de prueba en contrario que la cópula había sido realizada con afecto marital. La doctrina apoyaba esta disciplina en la razón de que, por ser la cópula extramatrimonial moralmente ilícita, se debe presumir que cuando yacen juntos la pareja unida por contrato esponsalicio no pretenden pecar sino consentir implícitamente en el matrimonio y realizar un acto conyugal lícito. Como dice Sánchez, «ratio est ne Ecclesia praesumeret delictum fornicationis»¹. El consentimiento matrimonial se expresaba también en esta época «per traductionem sollemnem ad domum et diutinam habitationem, sicut ante Tridentinum per haec transibant sponsalia in matrimonium»².

Sin la presunción *iuris et de iure*, que sólo estaba legislada para la cópula subsiguiente a los esponsales, la cópula se consideraba también como modo legítimo de expresión del consentimiento matrimonial y por tanto como productora de matrimonio en los matrimonios nulos por error sobre la condición servil del otro cónyuge cuando éste ha conseguido la libertad y aquél sabe que su comparte ya no es esclavo. Los impúberes que contraían esponsales o matrimonio nulo antes de Trento se convertían en casados por medio de una cópula inspirada por afecto uxorio. Esta misma cópula ratificaba y convalidaba un matrimonio nulo por impedimento oculto cuando hubiera desaparecido el impedimento y la cópula que expresa el consentimiento se realizara conociendo los cónyuges la nulidad del matrimonio³.

* *N. de la D.*—Este artículo ha sido escrito antes de la promulgación del nuevo *Codex* de 1983. Por eso los cánones que se citan son los del *Codex* de 1917; las referencias a la disciplina actual se hacen citando el “*Schema Codicis Iuris canonici*” de 1980.

1. Sánchez, *De sancto matrimonii sacramento*, lib. I, disp. XXVI, núm. 12 y en otros lugares.

2. Sánchez, *op. cit.*, lib. II, disp. XXXVII, núm. 14.

3. Sánchez, *op. cit.*, lib. II, disp. XXXVI, núm. 3, arg. 7. Si los cónyuges ignoran la nulidad, la cópula no es expresión de nuevo consentimiento capaz de engendrar

La condición y el miedo presentan en la doctrina de la época matices peculiares. Lo mismo los esponsales condicionados que el matrimonio condicionado, *accedente cópula* se convertían en matrimonio puro y absoluto. No era exactamente el consentimiento lo que se presumía, pues ya había sido manifestado externamente, incluso ante párroco y testigos; lo que se presumía es la intención de quitar la condición puesta y aún no cumplida, con lo cual el matrimonio dejaba de ser condicionado y se convertía en absoluto⁴. En la cópula subsiguiente a los esponsales condicionados se presumían las dos cosas, el consentimiento y la eliminación del factor condicionante.

El caso del matrimonio nulo contraído por miedo es distinto y no es matrimonio presunto al menos en el sentido en que lo es el contraído por esponsales con cópula subsiguiente. Se trata de la *purgatio metus*, en virtud de la cual el matrimonio admitido por miedo, que por derecho natural es válido, comienza a valer también ante la Iglesia, renovando el consentimiento incluso mediante cópula espontánea o larga cohabitación voluntaria, una vez que se conoce la nulidad del matrimonio y que haya quedado suprimida la causa del miedo; y además con tal de que el cónyuge amedrentado tenga libertad y posibilidad práctica de rechazar al otro y reclamar la separación. La *purgatio metus* que ratifica el matrimonio no quedó eliminada por la ley tridentina ni, al parecer, por el Decreto del a. 1892 «Consensus mutuus» de León XIII al que enseguida nos referiremos⁵.

Pero la regla de presunción del consentimiento matrimonial fundada en la cópula no era general. No se aplicaba tratándose de solteros (no comprometidos con esponsales); como afirma Santi, tal cópula «praesumitur posita ad explendam libidinem»⁶. Tampoco se aplicaba a la nulidad por la *fictio* o si-

matrimonio: «copula non reputatur novus consensus», dice Sánchez; sólo expresa la perseverancia en el antiguo consentimiento, que fue nulo.

Nótese que esta posibilidad de revalidar un matrimonio nulo por impedimento oculto no desapareció por la ley tridentina de la forma del matrimonio; en efecto, aquí no entra en juego la clandestinidad que el Concilio quiso suprimir.

4. Por la citada ley tridentina de la forma matrimonial estas presunciones se extinguieron, «cum iam certum sit illa sponsalia condicionalia non transire in matrimonium per copulam... cessaverunt enim matrimonia praesumpta»: Sánchez, I, XXVI, núm. 12. Por tanto, después de Trento los que contraen un matrimonio condicionado, incluso ante el párroco y dos testigos, *accedente copula* no se presume que han quitado la condición puesta ni que contraen matrimonio absoluto. Y la razón es la de Soto que hace suya Sánchez llamándola óptima; y es que una cópula en la que va envuelto afecto fornicario no es apta para desechar la condición. Ahora bien, después de Trento el afecto de la cópula no puede ser conyugal, sino fornicario, porque los esponsales no se convierten en matrimonio en virtud de cópula oculta. Continúa Sánchez: «Si tamen prior promissio (esponsales) fierent coram parochi et testibus, et coram eisdem (!) copula affectu coniugali, maneret ius antiquum illaesum et esset matrimonium» (*loc. cit.*). En los lugares donde la ley tridentina no se promulgó y no estaba vigente continuó la presunción de matrimonio fundada en la cópula hasta el Decreto «Consensus mutuus» de León XIII, 15 febrero 1892 (*Fontes*, III, núm. 613) que suprimió las presunciones fundadas en la cópula como contrarias a la conciencia y opinión común de los fieles.

5. E. F. Regatillo, *Ius sacramentarium*, vol. II (Santander 1946) núm. 508. Las condiciones de la *purgatio* están detalladamente expuestas en Sánchez, lib. IV, disp. XVIII, el cual dice que la *purgatio metus* vale igualmente después del tridentino.

6. F. Santi, *Praelectiones iur. can.*, lib. IV (Ratisbona 1899) p. 6.

mulación, sin duda porque el simulador se propone precisamente no unirse en matrimonio verdadero⁷. Ni tampoco en otros casos distintos de los señalados, como vicio insanable de consentimiento, ignorancia de la naturaleza del matrimonio, etc.

En virtud del conocido cap. «Tametsi» del Concilio de Trento (*sess. XXIV, de reform.*, cap. 1) cesaron los matrimonios presuntos porque, aun admitiendo que la cópula practicada con ánimo conyugal pueda ser expresión del consentimiento, pero el Concilio no admite otra manifestación que la realizada ante el párrafo y los testigos. De aquí saca Sánchez una original consecuencia; la cópula verificada con la forma tridentina esa sí genera matrimonio presunto⁸. Salvo este caso, que hay que suponer meramente teórico, Sánchez dice que en virtud del cap. «Tametsi», «cessaverunt matrimonia praesumpta»⁹, sin tener en cuenta que, debido al modo especial de promulgación que en atención a los protestantes se estableció en dicho cap. «Tametsi», la ley tridentina dejó de promulgarse en no pocas parroquias, en las cuales por tanto la cópula siguió siendo como antes de Trento un modo de manifestar el consentimiento matrimonial. Posteriores disposiciones dadas para Bélgica, Hungría, Alemania, introdujeron paulatinamente la forma tridentina, hasta llegar al Decreto «Ne temere» (2 agosto 1907)¹⁰. Con anterioridad el Papa León XIII por el Decreto «Consensus mutuus» de 15 febrero 1892, había suprimido los matrimonios presuntos ordenando a los jueces que «copula carnalis sponsalibus superveniens non amplius ex iuris praescriptione coniugalis contractus censeatur nec pro legitimo matrimonio agnoscatu seu declaratur». Con este Decreto terminaron los llamados matrimonios presuntos, incluso donde aún no estaba vigente la ley tridentina de la forma del matrimonio¹¹.

2. *Postura de algunos modernos.* En lo que acabamos de decir sobre antiguos matrimonios presuntos pretenden apoyarse —con escaso fundamento— algunos de los modernos partidarios de que la cohabitación sane y revalide *ipso facto* por disposición de la ley los matrimonios celebrados con las for-

7. La *Decretal Tua nos* (c. 26, X, IV, 1) citada entre las fuentes del can. 1086 § 2, era el texto legal en el que se fundaban los escritores precodiciales en tema de simulación. Gasparri la copia íntegra *De matr.* II, núm. 822. La tradición doctrinal es unánime en el sentido de que el matrimonio sin consentimiento es nulo y nadie de los autores habla de convalidación por cohabitación.

8. "... quando tam sponsalia de futuro quam copula (!) sunt *coram eodem* parochi et testibus dicendum est ius antiquum manere illaesum atque ita transire in matrimonium". Sánchez, lib. I, disp. XXVI, núm. 12.

9. Lib. III, disp. XL, núm. 3 y otros lugares.

10. J. Bánk, *Connubia canonica* (Roma, Herder, 1959) 475 ss.

11. *Fontes*, III, núm. 613. La razón por la que el Papa suprimió los matrimonios presuntos fue el cambio de opinión general de los cristianos. Pidió informe a los obispos y estos "plane retulerunt canonicam de coniugiis praesumptis disciplinam passim exolevisse desuetudine atque oblivione deletam", añadiendo que "copula inter sponso non matrimonii legitimi usum sed fornicationis peccatum communi hominum opinione existimari". Lo cual nos indica que en la Edad Media la Iglesia no estableció los matrimonios presuntos, como algunos suponen, por razones antropológico-cristianas, sino porque en esa época esa era la *communis opinio*.

malidades legales. F. Roberti deseaba una declaración auténtica en virtud de la cual los matrimonios nulos por miedo o error o simulación se revalidarán por declaración explícita o por cohabitación voluntaria una vez purgado el miedo o descubierto el error¹². L. del Amo añade a la lista de Roberti la nulidad por condición puesta y no cumplida y subraya que la revalidación se debe presumir sin posibilidad de prueba en contrario. Dice además que no se debe oír a los que pretenden acusar su matrimonio nulo por un impedimento causado por ellos mismos¹³ y afirma que esas revalidaciones se harían a la luz de los principios de la disciplina antigua, lo cual nos parece poco exacto pues, como se desprende del citado texto de León XIII (*supra*, nota 11), la disciplina antigua se fundaba en la opinión pública de los fieles cristianos, mientras que los modernos pretenden defender más eficazmente el vínculo matrimonial amenazado por la indisciplina de muchos contemporáneos¹⁴; aunque reconocemos que hay una cierta afinidad entre la práctica antigua y la tesis de los modernos que hemos referido.

Esta opinión, siempre minoritaria, no puede eludir la consecuencia de que la ley suple el consentimiento matrimonial si de hecho no se ha prestado. La cohabitación no implica una prestación del consentimiento, pues es teórica y prácticamente compatible con la falta de él; por tanto darlo por supuesto o presunirlo legalmente sin posibilidad de prueba en contrario equivale a suplirlo¹⁵. Pero la insuplibilidad del consentimiento matrimonial es un principio tan básico en el derecho canónico que la doctrina afirma que un ma-

12. "In votis est ut authentice declaretur matrimonia nulla ex metu vel errore vel simulato consensu sed debita forma celebrata, purgato metu vel detecto errore, explicita declaratione vel conscia ac libera cohabitatione, ad certum tempus deducta, convalidari. Hoc remedium iam adhibuerat Instructio Austriaca sive pro vi et metu sive pro errore et consensu ficto, si pars *recognito errore aut libertate plene recuperata verbo factore assensum suppleverit*, quamvis ad omne dubium evitandum consuleret ut coniuges coram parochi et testibus consensum renovarent...". F. Roberti, 'De validiori vinculi defensione procuranda', *Apollinaris* 13 (1940) 55.

13. "Sería oportuno que a la luz de los principios de la disciplina antigua: 1.º No se oyera a los cónyuges que pretenden acusar su matrimonio si para ello han de alegar que culpablemente violaron las leyes de la Iglesia; 2.º Se declarara auténticamente que se presumen válidos con presunción "iuris et de iure" los matrimonios que habiendo sido celebrados en forma legal y habiendo sido inicialmente nulos por miedo, o por error, o por condición impuesta, o por consentimiento simulado, no obstante se han subsanado cuando purgado el miedo, o descubierto el error, o dispada la ignorancia, o sin esperar a que se verifique la condición, los cónyuges han prestado consentimiento verdadero explícita o implícitamente por medio de cohabitación consciente y libre durante algún tiempo". L. del Amo, *La defensa del vínculo* (Madrid 1954) 41.

14. En el mismo sentido V. Bartocetti, *Processus matrimonialis* (Roma 1950) y otros. Es de notar que estas opiniones influyeron en la Curia. L. Miguélez cree saber que "hace algunos años" (él escribía en 1948) estuvo en estudio un decreto que pondría en vigor la tesis de Roberti, innovación que Miguélez estimaba "muy oportuna". 'El favor iuris en el matrimonio', *Revista Española de Derecho Canónico* 3 (1948) 359. Después del Vaticano II esta opinión da pocas señales de vida.

15. Ya en la disciplina antigua los matrimonios presuntos presentaban graves inconvenientes. "Carnalis copula perfecta inter sponso iuxta legislationem decretalium erat signum externum contracti matrimonii in foro externo, sive animus maritalis erat, sive fornicarius. Non ita in foro interno; in hoc foro solus verus consensus constituit matrimonium. Hinc tot tamque funesti inter forum externum et internum conflictus". F. Santi, *Praelectiones iur. can.*, lib. IV (Ratisbona 1899) 118.

trrimonio sin consentimiento es un imposible metafísico; Dios mismo no podría suplir el consentimiento. Sánchez dice que Dios podría, sí, crear en una pareja derechos y deberes recíprocos en todo equivalentes a los derechos y deberes conyugales, pero la vinculación de ahí resultante no sería matrimonio verdadero, pues le faltaría la esencia del matrimonio que es el consentimiento¹⁶.

De ahí que la ley no pueda dar por supuesto un consentimiento matrimonial implicándolo en la cohabitación: puede solamente presumirlo en las palabras o signos que lo manifiestan, pero dejando abierta la posibilidad de probar lo contrario (cf. can. 1086 § 1). El legislador civil, que opera con un concepto del matrimonio distinto del canónico, resuelve el problema negando acción de nulidad a los casados que han convivido durante determinado tiempo¹⁷, sin preocuparse de si suple o no suple el consentimiento porque él se considera competente para legislar sobre cualquier aspecto de los actos jurídicos siempre que vea un motivo de equidad o una razón de bien común que pueda justificar las disposiciones legales que desee adoptar. Pero en derecho canónico las cosas no son así. El matrimonio nulo en su origen por defecto o vicio de consentimiento no se convalida por la mera convivencia, sino por prestación libre del consentimiento requerido, incluso en el caso de que el defecto sea privadísimo y oculto (can. 1136 §§ 1-2). La misma prestación de consentimiento es exigible en el que es causa culpable del impedimento que hace nulo su matrimonio, pues es claro que quien da origen a un impedimento para que el matrimonio sea nulo no ha consentido en ese matrimonio¹⁸. Estas disposiciones no dependen del libre albedrío del legislador canónico, sino de la naturaleza intangible del matrimonio-sacramento.

16. Sánchez, lib. II, disp. XXVI, núm. 5. Un autor moderno, Gasparri, se expresa así: "Num Deus sua potentia absoluta possit efficere ut matrimonium sit sine partium consensu. Non dubitamus responsonem negativam veram esse si de matrimonio proprie dicto sermo sit, cum Deus nequeat efficere ut res sit sine sua essentia, seu simul sit et non sit". *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Typ. pol. vaticanis, 1932, p. 5. La razón principal de esta postura es filosófico-teológica, porque el *feri* del matrimonio-sacramento es el consentimiento mismo completado con la añadidura de su peculiar significación sacramental. Con ello además queda expresado el profundo respeto de la Iglesia a la dignidad de la persona humana, sin cuyo consentimiento el matrimonio es absolutamente imposible.

17. Según la ley española, si la causa de nulidad fuera la falta de edad, "al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los contrayentes hubieren vivido juntos *durante un año* después de alcanzada aquélla" (art. 75).

"En los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio. Caduca la acción y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos *durante un año* después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo" (art. 76). Son artículos de la Ley 30/1981 de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil..., etc. (B.O.E. de 20 julio 1981).

18. "Et haec necessitas (la de renovar el consentimiento) exurgit e peculiaribus normis de convalidatione matrimonii, cum legislatio canonica differat a civilibus in quibus conviventia per aliquot tempus protracta, absque institutione processus nullitatis, sanat per plures defectus". J. Torre, *Processus matrimonialis* (Neapoli 1956) 208.

3. *Planteamiento del problema.* Pero esta ineluctable doctrina deja abierta la puerta a graves abusos. Un simulador puede fingir que contrae matrimonio pero dejando ocultas pruebas irrefragables que pueden alegarse ante el Tribunal en cualquier momento. De ese modo puede obtener declaración de nulidad siempre que le apetezca romper la unión para casarse con otra persona. El mismo abuso puede cometer el que contrae matrimonio nulo por presencia de un impedimento del cual él ha sido la causa culpable y más tarde, cuando lo desea, pide declaración de nulidad. Plumas actuales, muy sabias, han escrito contra las gravísimas yacturas que esa posibilidad envuelve¹⁹. Acabamos de ver que la solución consistente en involucrar en la cohabitación el consentimiento matrimonial no encaja en el sistema canónico.

Cabe en cambio exigir severamente que la mujer —o el varón en su caso— quede bien resarcida de los daños y perjuicios materiales y morales que la felonía de su consorte le ha inferido. De ese resarcimiento se habla en los párrafos que siguen.

II.—OBLIGACION DE INDEMNIZAR

1. *En doctrina general.* La obligación de resarcir los daños inferidos por un acto que vulnera los derechos subjetivos de otro tiene remotas raíces en el pasado, por ser una exigencia de la justicia. Los filósofos y moralistas clásicos lo consideraban como un deber de justicia natural.

A diferencia del derecho romano en el que la responsabilidad extracontractual estaba ligada a ciertos hechos típicos (*furtum, rapina...*), en la doctrina moderna a partir de la escolástica esa responsabilidad constituye una figura general que nace de todo acto ilícito del que resulta un daño causado a otra persona. «Qui damnum intulit —escribe Lessio— violavit aequalitatem quam poscit iustitia commutativa; ergo ut aequalitatem illam sarciat tenetur

19. "...la persona que en el momento del pacto engañó, no sé si con mucho respeto hacia sí mismo, pero desde luego con ninguno hacia la otra parte y hacia la comunidad ante quien formalizaba su compromiso y que a su vez lo legitimaba públicamente; tal persona, y a través del reconocimiento de su desafuero, recibe después una recompensa de su yerro moral y jurídico. En cualquier caso está en su mano, si la convivencia le resulta grata, ocultar la razón de su nulidad; si le es molesta, esgrimirla con éxito ante el Tribunal...". J. M. Serrano, 'Incapacidad y exclusión en el matrimonio', en *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico* V (Salamanca 1982) 181. Por su parte L. de Echeverría dice: "no son pocos los que anhelan un medio eficaz contra dos males que están perjudicando los intereses de la comunidad cristiana: el impudor con que acuden a los tribunales eclesiásticos miles de esposos alegando que violaron las leyes canónicas y pidiendo por ello que se les declare nulo el matrimonio que celebraron, que consumaron, del que tuvieron prole y por el que han disfrutado beneficios económicos y sociales; otro mal es el grave escándalo en la sociedad cristiana por el subido número de causas de nulidad...". L. de Echeverría, 'Nulidad del matrimonio canónico', *ibid.* 67.

lege iustitiae ad restitutionem, etiam si nihil emolumenti acceperit»²⁰. El acto ilícito damnificante puede ser delictivo si viola una ley penal o sólo ilícito civil si únicamente contiene una violación de la ley civil. En nuestro caso hablamos sólo de la ilicitud civil, porque la responsabilidad civil derivada del delito (cf. can. 2210-2211) no tiene lugar en nuestro tema ya que el atentar matrimonio nulo no es delito ni canónico ni civil.

Precisando más diremos que no se trata en nuestro caso de la culpa contractual, sino de la extracontractual o aquiliana, porque la obligación de indemnizar derivada de la declaración de nulidad de un matrimonio nulo por simulación dolosa es del todo independiente del problema —más terminológico que real— de la naturaleza contractual o no contractual del matrimonio. Las obligaciones estrictamente conyugales no se establecen por contrato, sino que están fijadas por la naturaleza y por el Evangelio. La obligación de indemnizar sólo sería contractual cuando procediera del incumplimiento de contratos añadidos al matrimonio (capitulaciones matrimoniales...); no existiendo esos pactos, la obligación será extracontractual y su valoración, si no hay acuerdo entre las partes, pertenece al juez estatal, por ser efecto «meramente civil» del matrimonio (can. 1016). La indemnización es por tanto un problema civil; sin embargo el juez eclesiástico no puede permanecer indiferente ante el incumplimiento de esa obligación natural de indemnizar, obligación que también está sancionada por los cánones, como luego veremos.

El caso del católico casado canónicamente que se divorcia al amparo de la ley civil no es en la práctica un caso canónico porque ese caso no será llevado ante el tribunal eclesiástico, y si se llevara, el juez no podría hacer otra cosa que ordenar a las partes que reinstauren la unión ilegítimamente rota, o en su caso decretar la separación reenviando al juez civil las cuestiones de compensación patrimonial. Tampoco entra en nuestro tema el caso de los unidos civilmente que desean casarse canónicamente con otra persona. El carácter ilícito de la unión civil no impide que los así unidos contraigan obligaciones recíprocas naturales ni que el abandono de la comparte no engendre responsabilidad civil. Así resuelve el proyecto de nuevo Código en un caso análogo (can. 1102 § 4); los polígamos que al convertirse se casan con una de sus concubinas deben indemnizar en la medida de lo posible a las otras que quedan abandonadas. El tema es primordialmente pastoral, pues se refiere a las condiciones exigibles a los unidos solo civilmente para admitirlos al sacramento de matrimonio.

20. Lessio, *De iust. et de iure...* lib. II, sectio 2.^a, cap. 7, núm. 19. Lessio emplea aquí la palabra "restitución". Los moralistas suelen poner la *damnificatio iniusta* entre las raíces de la restitución. Pero esa terminología no implica confusión en los conceptos. Lessio (lugar citado, núm. 15) dice: "emptor pretium numerans non dicitur restituere sed solvere; et qui damnum intulit, compensat, non restituit". Cuando no se entrega la misma cosa hurtada sino otra cosa, no se habla de restitución sino de compensación. La compensación es en nuestro caso responsabilidad civil, o indemnización, o resarcimiento de daños, que puede concebirse y estudiarse también como un modo peculiar de cumplimiento de obligaciones.

2. *En derecho positivo.* En el derecho de las decretales la *Decretal Si culpa tua* formulaba la responsabilidad aquiliana como una regla general:

“Si culpa tua datum est damnum, vel iniuria irrogata aut aliis irrogantibus opem forte tulisti, aut haec imperitia tua sive negligentia evenerunt, iure semper his satisfacere te oportet: nec ignorantia te excussat si scire debuisti ex facto tuo iniuriam posse verosimiliter contingere vel iacturam” (c. 9, X, V, 36).

El CIC no recogió esta regla con carácter general, estableciendo en cambio diversas reglas particulares de responsabilidad aquiliana, la mayor parte de ellas en el lib. IV *de processibus*. De ellas cabe destacar como especialmente pertinente a nuestro asunto el can. 1681 que responsabiliza de daños y perjuicios a todo el que haya realizado un acto viciado de nulidad. Como caso particular de esta norma puede interpretarse el can. 1625 § 1, el cual obliga a resarcir daños al juez que practica diligencias nulas con perjuicio de otros; y la misma responsabilidad le incumbe por otras actuaciones perjudiciales para las partes o para terceros²¹. Estas normas particulares de carácter procesal han desaparecido en el proyecto de nuevo código, el cual ha vuelto al sistema antiguo de las decretales de formular la responsabilidad extracontractual en una regla de carácter general:

Can. 125. Quicumque illegitime actu iuridico, immo quovis alio actu dolo vel culpa posito, alteri damnum inferat, obligatione tenetur ad damnum illatum reparandum²².

21. Otros casos de responsabilidad extracontractual en tema procesal pueden verse en los cánones 1778 (acción de *damno infecto* y de compensación de daños), 1737 (indemnización de menores por caducidad de su instancia), 1798 (reparación de daños por el perito que no informa en el tiempo señalado), 1859 § 1 (el contumaz debe indemnizar a la otra parte si le ha causado daño), 1857 § 2 (el autor de un atentado *lite pendente* con violencia o dolo debe resarcir los daños a la parte perjudicada), 1910 § 2 (el que litiga temerariamente debe ser condenado también a la reparación de daños), 2144 § 2 (desarcimiento de daños por violación de cierto secreto procesal).

En el campo patrimonial el can. 1536 § 3 concede acción de restitución *in integrum* o de indemnización contra el que rechaza ilegalmente una donación hecha a la iglesia. El can. 1528 obliga a resarcir el daño hecho a la iglesia por el administrador que dimite su cargo arbitrariamente, norma que recoge el proyecto de nuevo código en su canon 1240 (además de esto, el proyecto establece una responsabilidad que falta en el CIC; la del administrador que ha perjudicado a la iglesia con un acto ilegítimo, aunque válido). A estas normas hay que añadir otra, también de contenido patrimonial de gran alcance. El can. 1529 canoniza para su aplicación al patrimonio eclesiástico las disposiciones civiles territoriales “de contractibus et de solutionibus”. Esta última palabra revela, a nuestro entender, que también están canonizadas las normas sobre responsabilidad aquiliana. Pero en nuestro tema no se trata de bienes eclesiásticos, únicos a los que se refiere el can. 1529.

22. El texto de este canon presenta dos imperfecciones. Sobra en él la mención del acto jurídico, pues dice a continuación, y así es, que la responsabilidad puede nacer de cualquier acto ilícito. Falta en cambio mencionar la omisión culpable que puede igualmente ser fuente de responsabilidad. Sería conveniente corregir esos defectos antes de su promulgación.

También la jurisprudencia de la Rota romana ha expresado en distintas ocasiones la obligación de indemnizar por culpa extracontractual^{23 24}.

III.—ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Nos referiremos solamente a la responsabilidad subjetiva derivada de una acción u omisión propia de la persona que contrae la responsabilidad, dejando de lado otras especies de responsabilidad aquiliana que nada importan en nuestro tema²⁵. En el punto que tratamos la doctrina civil y la doctrina canónico-moral son coincidentes. Los moralistas dicen que la acción damnificante engendra obligación de indemnizar cuando esa acción sea injusta *vere, formaliter, efficaciter*. El prestigioso civilista J. Castán dice que los elementos o requisitos de la responsabilidad por hechos propios «pueden ser clasificados en objetivos, subjetivos y causales»²⁶; moralista y civilistas con distintas palabras expresan las mismas tres condiciones, a saber: 1.ª, un hecho u omisión ilícito que viola la justicia según los moralistas, la ley según los civilistas; 2.ª, la culpa envuelta en el acto u omisión; 3.ª, la relación de causalidad entre el hecho u omisión y el daño producido. Estos elementos resultan en derecho civil del citado artículo 1.902 y en el canónico de la mencionada decretal *Si culpa tua*; constan también en el referido canon 125 del Proyecto de nuevo código y constan sobre todo en la abundantísima doctrina de los escritores de teología moral.

Expondremos esos tres elementos reduciendo nuestra explicación a los que nos parece imprescindible para la recta comprensión del tema que nos ocupa.

A) *Acción causante del daño (actio vere iniusta)*. Puede también resultar el daño de una omisión culpable. Pero en nuestro asunto el daño no es produ-

23. Puede verse, como botón de muestra, la sentencia c. Heard de 30 mayo 1959; SRRD vol. 51, dec. 101.

24. En nuestro Derecho civil el precepto fundamental está formulado en el art. 1.902 que dice: "El que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado". La doctrina es unánime en afirmar como regla indudable la responsabilidad civil derivada de un acto ilícito. Como dice D. Espín, el acto lícito crea obligaciones (contratos y cuasicontratos); el acto ilícito civil llamado también culpa extracontractual o aquiliana, crea sólo la obligación de reparar los daños causados: D. Espín, *Manual de Derecho civil español*, vol. LII (Madrid 1975) 467.

25. En Derecho civil se admite la responsabilidad "por los actos de aquellas personas de quienes se debe responder" (Cod. civ., art. 1.903, apart. 1.º), p.e. padres, tutores, directores de empresa; por actos de animales propios; por cosas inanimadas por no tomar las precauciones necesarias para que el daño no se produzca. Los moralistas son reacios a admitir esa responsabilidad porque falta en ella la culpa teológica, pero consideran obligatoria en conciencia la sentencia del juez.

26. J. Castán, *Derecho civil español común y foral*, tomo IV, edición revisada y puesta al día por J. Ferrandis (Madrid 1981) 924.

cido por omisión sino por acción. En efecto, sería engañoso pensar que la responsabilidad derivada de la simulación fraudulenta del matrimonio nace de no haber consentido, es decir, de la omisión ilícita del consentimiento matrimonial, puesto que en el fuero externo el simulador causa los daños y perjuicios por medio de su conducta simuladora positiva y externa. El daño indemnizable abarca no sólo el *damnum emergens* (la pérdida sufrida) sino también el *lucrum cessans* o ganancia que deja de obtenerse. Según los civilistas el acto u omisión que induce responsabilidad aquiliana debe ser ilícito; en principio toda acción dañosa es ilícita, pues viola la regla de *neminem laedere*, pero hay casos en los que la ilicitud puede quedar excluida, p. ej. en virtud de la legítima defensa. Por su parte los moralistas exigen que la acción dañosa envuelva una violación de la justicia con daño emergente o lucro cesante, es decir, una *actio vere iniusta*²⁷.

El problema del daño moral. En nuestro asunto reviste particular importancia el problema de la resarcibilidad del llamado daño moral o extrapatrimonial, porque la parte engañada que generalmente es la mujer sufre quebrantos no sólo en sus intereses materiales que tienen su equivalente en dinero, sino además en su honor, en su fama, puede sufrirlos en su salud y en su libertad y casi siempre experimenta un gran dolor por su desgracia.

¿Son resarcibles los daños morales?

No hablamos de los intereses económicos que quedan dañados a consecuencia de un perjuicio moral, p. ej., un descrédito que perjudica disminuyendo los negocios. No hay duda de que ese daño no es moral, sino patrimonial y resarcible²⁸. La cuestión de la resarcibilidad se plantea sólo en los daños propiamente morales.

La opinión negativa es la más común y más probable, según Alf. M. de Ligorio, el cual copia las siguientes palabras de Lugo: «quia iustitia commutativa obligat ad restituendum iuxta aequalitatem damni illati; ubi autem restitutio facienda est in genere diverso nulla adest aequalitas nec ulla erit umquam compensatio damni»²⁹. Esta misma razón alegaban los civilistas antes de que la sentencia de 6-XII-1912 hubiera introducido la doctrina contraria³⁰. En cambio los moralistas modernos, siguiendo la huella de los *vete-*

27. He aquí cómo explica Merkelbach este primer requisito: "Actio damnificativa deber esse *vere* iniusta, i. e. violare ius strictum alterius, ac proinde laedere iustitiam *commutativam*... Est autem iniusta: 1.º, si auferat vel destruat rem in qua alter habet *ius in re*; 2.º, si quovis modo impedit ne res ab altero adhibeatur ad quam alter habet *ius ad rem*; 3.º, si medio iniusto alterum impediatur ab aliquo bono iuste consequendo ad quod ius strictum non habet, quia unicuique ius strictum est ne iniusto modo a bono consequendo impediatur". B. H. Merkelbach, *Summa theologiae moralis*, vol. II (París 1938) núm. 291.

28. Puig Peña, 'Daños y perjuicios', en *Nueva Enciclopedia jurídica*, vol. VI, p. 215.

29. Alfonso M.ª de Ligorio, *Theologia moralis*, de septimo praecepto, Dub. V, art. III.

30. D. Espín (obra citada, p. 472) cita como razones de los antiguos que "los derechos extrapatrimoniales no pueden ser reparados con dinero" y que "la reparación sería arbitraria". Desde luego este autor admite la "compensación, que proporciona algún consuelo frente al dolor". J. Castán (obra citada, p. 929) recuerda también la

res, propenden a negar la obligación de justicia de compensar con dinero —la *pecunia doloris* de los antiguos— el daño moral; así Lemkül afirma que la justicia conmutativa «postulat aequalitatem rei ad ream» por lo cual, no habiendo equivalencia, la obligación de restituir «per se non adest»³¹. Pero todos se apresuran a añadir que el juez puede condenar al damnificador a compensar económicamente el daño moral producido, en cuyo caso la compensación tasada por el juez es obligatoria. Pero no es fácil entender cómo, si la obligación «per se non adest», se puede pedir al juez que la declare o que, si «per se non adest», el juez pueda imponerla. Y si se alega que lo que el juez hace no es crear una obligación nueva sino cuantificarla y aplicarla al caso, la respuesta obvia es que eso mismo valdría en el fuero de la conciencia, sustituyendo al juez por el consejo de un varón prudente y por tanto no se podría decir que *per se* no hay obligación ninguna.

De ahí que ilustres escritores no aceptan el argumento de que cuando no es posible devolver la misma cosa o su equivalente no hay obligación de devolver nada. Con razón se pregunta Prümmer: «Posito quod damnificator non possit secundum aequalitatem reparare damnum personale, licetne inde deducere *Ergo ad nihil tenetur?*»³². Santo Tomás dice que cuando no es posible la restitución «per aliquid aequale, debet fieri recompensatio qualis possibilis est»³³.

En nuestro derecho patrio la compensación de daños morales con independencia de sus repercusiones patrimoniales se introdujo, como ya hemos insinuado, por una notable sentencia del Supremo del 16-XII-1912 que, apoyándose en las Partidas³⁴, condenó a un periódico a indemnizar por haber publicado noticias injuriosas. Muchas sentencias posteriores han confirmado esta doctrina; de ellas es destacable por lo que hace a nuestro tema la de 21-I-1957 que condenó a la indemnización de 150.000 pesetas a una madre que coaccionó a su hijo para que se casara con determinada mujer resultando así el matrimonio nulo «ex capite vis et metus». Castán aconseja la lectura

alegación antigua de que “falta toda posibilidad de valorar pecuniariamente un elemento psíquico como es el dolor”.

31. A. Lemkül, *Theologia moralis*, vol. I (Frib. de Brisgovia 1914) núm. 912. Este autor continúa así: “Verum pro illo damno superioris ordinis iudex reum condemnare potest ad compensationem certae pecuniae faciendam, qua sententia secuta, reus prorsus obligatur”.

32. *Manuale Theologiae moralis*, vol. II (Barcinonae 1955) núm. 204.

33. *Summa theologica*, II-II, q. 62, art. 2, ad 1. En el mismo sentido Soto, *De iust. et iure*, lib. IV, q. 6, art. 3, ad 3. Tomás de Mercado explica que los daños morales hay que compensarlos, pero no “por sus cabales” como cuando se trata de la hacienda. “Y la razón y causa de este discrimen es que estos bienes como el saber vivir y valer, exceden tanto en reputación y estima al dinero y, si recompensan con él, habiéndose injuriosamente quitado, no es por llegar el dinero a su valor, sino porque no hay cosa mejor con que se paguen después de perdidos”. Tomás de Mercado, *Suma de tratos y contratos*, vol. II (edición de 1977) p. 606.

34. Setena Partida, tit. IX, ley XXI: “... qualquier que reciba tuerto, o desonrra, que pueda demandar emienda della en una destas dos maneras, qual más quisiere. La primera que faga el que lo desonrra emienda de pecho de dineros. La otra es en manera de acusación, pidiendo el que le fizo el tuerto que sea escarmentado por ello, segun aluedrio del judgador”.

de esta sentencia llamándola «interesante» y L. Miguélez dice que encierra «una saludable lección»³⁵.

Entre las alegaciones de la recurrente repudiada admitidas por el Tribunal, se lee:

“... que la conclusión de ese matrimonio con vicio de nulidad había producido a doña N.C. daños de incalculable magnitud; en el orden moral esos daños son gravísimos; doña N.C. tanto por sus virtudes y cualidades personales cuanto por el buen nombre de su familia era merecedora de la mejor condición social; ... al ser repudiada por su esposo la dejaba expuesta en forma deshonrosa a la pública maledicencia y todo el mundo, desconocedor de las verdaderas causas de la situación, achacaba a la demandante defectos fisiológicos y temperamentales como explicación “racional” de que el marido hubiese podido lograr la declaración de nulidad de matrimonio; que la pérdida de la virginidad, además de constituir un perjuicio de orden físico, es también un daño gravísimo de orden moral...”³⁶.

De todo lo dicho resulta que el que obtiene declaración de nulidad por simulación o por un impedimento del cual él ha sido causa dolosa realiza un acto en sí dañoso y está incurso en el primer requisito de responsabilidad aquiliana, debiendo por este capítulo responder de daños y perjuicios, incluso morales, a satisfacción del perjudicado o al arbitrio del juez.

Sobre el deber del juez eclesiástico, hablamos más adelante.

B) *Hecho culpable (actio formaliter iniusta)*. Canonistas y civilistas están de acuerdo en que para que haya obligación de responder de un daño causado, es necesario que el acto dañoso sea atribuible a su autor como causa libre y consciente. La condición anteriormente expuesta implica la imputabilidad física; esta en cambio se refiere a la imputabilidad moral la cual reviste dos formas, el dolo y la culpa. Según el referido canon 125 del Proyecto de nuevo código, el acto productor del daño ha de ser «dolo vel culpa posito». El dolo consiste aquí en la voluntad deliberada de violar el derecho, o un deber de justicia cuyo incumplimiento implica la producción del daño. No es requisito esencial del dolo la intención deliberada de dañar; basta la pretensión deliberada de realizar el acto o la omisión dañosa sabiendo que de ese acto u omisión sobrevendrá el daño, aunque directamente no se pretenda causarlo. En nuestro caso el dolo es la voluntad de obtener un matrimonio nulo *in sensu composito* con la posibilidad de hacer valer la nulidad ante el juez, con daño para el otro cónyuge. Tal voluntad es en sí misma necesariamente dolosa, pues nadie por inadvertencia simula un matrimonio o causa un impedimento productor de la nulidad; la simulación, lo mismo que la posición del impedimento se hace buscando la nulidad del matrimonio, es decir, deliberadamente.

35. J. Castán, *ob. cit.*, p. 931, nota 3; L. Miguélez, *Comentarios al Cód. de Der. can.*, vol. II (Madrid 1968) p. 630.

36. La sentencia se publicó en esta Revista 12 (1957) 701 ss.

2. La obligación de resarcir daños no nace sólo de los actos dolosos, sino también de la culpa. La citada Decretal *Si culpa tua* establece la obligación de reparar el daño «sive haec imperitia tua sive negligentia evenerunt» (c. 9, X, V, 31). Sucede eso cuando la infracción productora del daño ha sido realizada sin malicia, pero por una razón que se pudo y se debió evitar. Refiriéndonos a nuestro problema, diremos que es posible contraer matrimonio nulo culposamente, por omisión de la debida diligencia. Por ley del código, antes de la celebración del matrimonio debe haber constancia de su validez (can. 1019 § 1), pero por desgracia, no es quimérico el caso de un matrimonio nulo cuya nulidad no ha aparecido por no haberse practicado las preceptuadas investigaciones previas. Si más tarde aparece la nulidad, el que no quiera convalidar el matrimonio deberá indemnizar al otro en virtud de la responsabilidad contraída por culpa lata o leve.

Otro caso de nulidad culposa podría ser el de quien se casara sabiendo que el matrimonio que contrae va a ser nulo, pero no da importancia a las leyes canónicas sobre impedimentos, o no quiere molestarse en realizar las gestiones necesarias para la obtención de la dispensa. Este supuesto no coincide con el de simulación, pues en él puede haber verdadero consentimiento y generalmente lo habrá, pues se supone que el que está en ese caso quiere realmente casarse. Tampoco coincide con la hipótesis del contrayente que dolosamente pone un impedimento del que resulta la nulidad del matrimonio, pues en la nulidad culposa el contrayente no es causa del impedimento; la conoce simplemente y por desidia no pide la dispensa. Años más tarde hace valer la nulidad para desligarse de su mujer y casarse con otra. El daño de la mujer repudiada no será doloso sino culposo con culpa *in praevidendo* por ser previsible aunque de hecho no previsto; y es indemnizable lo mismo que si fuera doloso³⁷.

3. No está de más mencionar aquí la diferente idea de la culpa que mantienen los civilistas por un lado y por otro los teólogos moralistas que influyen decisivamente en la concepción canónica. En una decisión rotal se lee: —«Culpa alia est iuridica, alia theologica; primam considerat iurista, secundam theologus quia *convertitur cum peccato*»³⁸. Para el teólogo no hay responsabilidad si la acción u omisión dañosa no es teológicamente culpable porque la obligación de resarcir daños y perjuicios sólo aparece cuando la acción damnificante ha sido voluntaria según conciencia, es decir, pecaminosa. La culpa jurídica es la omisión de las diligencias y cautelas exigidas por

37. Nos parece inútil discutir el grado de dolosidad que pudiera haber en el culpable por el hecho de pedir la declaración de nulidad del matrimonio. La discusión sería inútil porque la obligación de reparar los daños es la misma, cualquiera que fuera la solución que diéramos al problema de si estamos ante una imputabilidad dolosa o meramente culposa. En Derecho penal la imputabilidad dolosa difiere notablemente de la correspondiente al delito culposo o cuasi-delito, porque en éste la imputabilidad y por tanto la punibilidad está disminuida (cc. 2202 y 2203 § 1), pero en el ilícito civil la obligación de indemnizar es la misma en la damnificación dolosa que en la culposa.

38. SRRD 3 (1911) dec. XXI, núm. 26.

la ley positiva, para que el daño no llegue a producirse. Cuando esta culpa va acompañada de culpa teológica induce obligación de resarcir daños y perjuicios. En caso contrario (culpa *meramente* jurídica) sólo existe esa obligación *post sententiam iudicis*³⁹.

En general, en la culpa jurídica va involucrada la culpa teológica, dada la obligación de conciencia que todos tenemos de observar las leyes dadas para evitar el daño del prójimo. La culpa será tanto mayor cuanto más grave sea el daño que hay que evitar. Por eso, aun la culpa jurídica llamada leve⁴⁰ envuelve culpa teológica si el daño que se va a causar es importante, como sucede en nuestro caso en el que entra en juego la nulidad voluntaria de un matrimonio y los daños sumamente graves que normalmente recaerán sobre la parte inocente.

Resulta, pues, de lo dicho que en el caso que estamos estudiando se verifica el requisito del elemento subjetivo necesario para que surja la obligación de resarcir daños.

C) *Nexo causal entre la acción u omisión y el daño (actio efficaciter iniusta).*

1. Es evidente que nadie puede ser obligado a responder de un daño si entre éste y el agente no hay relación de efecto a causa. Pero el dar pautas claras aplicables a todos los casos para apreciar esa relación es, como dice S. Tumbas, «intricatissima quaestio»⁴¹. Este escritor examina la doctrina de

39. Arriba hemos criticado esta postura en relación con la doctrina común que recoge Lemkül según la cual la compensación de los daños morales sólo se debe *post sententiam iudicis*, es decir, por culpa meramente jurídica. Conviene notar que tal doctrina se funda en la tesis de que la obligación de resarcir daños producidos por culpa meramente jurídica se considera como ley penal, que sólo obliga a la pena que el juez imponga. Lo mismo cabe decir de los casos que modernamente se llaman de responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa: "si mancipium vel bestia — hoy diríamos también el hijo, el obrero, el dependiente, el aprendiz— damnum intulit absque domini culpa, praestare is non tenetur ante iudicis sententiam": P. Laymann, *Compendium moralis Theologiae* (Lugduni 1631) p. 137. También en el Derecho civil hasta época reciente el deber de reparar los daños se concebía como una sanción en los casos en que no hubiera habido voluntad de dañar o al menos negligencia culpable.

40. La tradición doctrinal unánime entre canonistas como entre legistas hasta tiempo muy reciente distinguía tres grados en la culpa; la *leve* o media, la *lata* o máxima y la *levísima* o mínima. La responsabilidad aquiliana en Derecho civil nace incluso de culpa mínima: "In lege Aquilia et levissima culpa venit" (D. 9, 2, 44, 1: *Ulpianus*), afirmación ésta que los teólogos no admiten sin matizaciones. Hoy se acepta la división bipartita, distinguiendo solamente entre culpa lata o grave y culpa leve, lo mismo en los cánones que en las leyes. Ya en 1913 en una *c. Many* la Rota aceptaba la división bipartita siguiendo a Lugo (SRRD 5 —1913— dec. 45, nn. 11 y 18). Lemkül dice: "Cum recentiora iura eam distinctionem (la tripartita) omittant, sufficit dicere diligentiam ad praecavenda damna, sive iuridice sive theologice debitam, pro diverso officio et pro diversa rerum gravitate esse diversam". Lemkül, *op. cit.*, núm. 1149.

41. S. Tumbas, 'De efficacis causa damni iniusti', en *Periodica*... 42 (1953) 318-61. El citado Lemkül afirma: "Fateor aliquando difficillimum esse discernere utrum occasio tantum damni adsit an vera et efficacis causa" (*op. cit.*, núm. 1167, 2). Lo mismo leemos en otros moralistas. Los civilistas experimentan la misma dificultad; J. Castán, citando a Planiol, asegura que la prueba del nexo causal es "una de las más grandes dificultades que presentan las cuestiones de responsabilidad por culpa": obra citada, p. 936.

una treintena de notables autores moralistas y la de ocho tratadistas de ontología que estudian el concepto de causa. De ese análisis resulta que autores que en sus exposiciones llegan generalmente a doctrinas coincidentes, en este tema del nexo causal presentan afirmaciones vacilantes y puntos de vista personales, reveladores de que no se ha alcanzado la llamada doctrina común.

Hablamos de la causalidad moral, la que se da cuando el resultado dañoso es atribuible al agente como autor suyo, aun cuando según los conceptos abstractos de la metafísica no haya habido verdadera causalidad, sino sólo ocasión o condición a causalidad accidental. No entraremos aquí en ese importante tema, pues de los conceptos que integran el concepto de responsabilidad sólo aportamos aquellos aspectos que interesan en la solución del problema que nos hemos planteado, a saber, la responsabilidad por daños y perjuicios del que contrae dolosa o culposamente un matrimonio nulo; problema por tanto concreto y limitado sin las complejidades con las que en la vida civil se presenta la responsabilidad por daños y perjuicios.

En los casos de conducta dolosa que hemos señalado —simulación y posición voluntaria de un impedimento— la causalidad moral es evidente, pues la nulidad es directamente querida y la responsabilidad derivada es por tanto indudable y plena. Ahora bien, el nexo causal se presenta no sólo en la actitud dolosa, sino también en las conductas culpables de negligencia o descuido en las que consiste la causalidad moral o atribución culposa, porque la norma que nos prohíbe hacer daño a otro no sólo nos prohíbe realizar voluntariamente la acción dañosa, sino que nos exige también poner un cuidado normal en nuestros actos, para que de nuestra conducta negligente o temeraria no se derive, ni siquiera sin pretenderlo, el daño de los demás. En el campo civil, lo mismo que en el penal, la conducta negligente induce responsabilidad cuando de ella nace un daño previsible que culpablemente no fue previsto (culpa *in praevidendo*) o un daño previsto y evitable que culpablemente no fue evitado (culpa *in cavendo*)⁴². Este es el caso que hemos indicado de quien por desidia no pidió dispensa del impedimento, resultando así el matrimonio nulo; no puede caber duda de que quien así obró es autor responsable de daños materiales y morales, pues dentro del género culpa, en la culpa *in cavendo* el efecto es más próximo al agente y el nexo causal más fuerte, razón por la que ese tipo del culpa se considera próxima al dolo (can. 2203 § 1).

El que contrajo sin investigaciones previas, resultando el matrimonio nulo, responde de daños por culpa *in praevidendo*. Para apreciar aquí el nexo causal hay que conjugar dos elementos; la mayor o menor gravedad del daño y su mayor o menor previsibilidad. Cuanto más grave sea el mal causable,

42. La mención aquí del dolo y de la culpa es una repetición de lo dicho en el apartado B. (*actio formaliter iniusta*) en el que el dolo y la culpa se consideran como dos modos distintos de realizarse el elemento subjetivo de la acción damnificadora. Pero aquí hablamos de nexo causal en la línea de causalidad moral, el cual es distinto si el efecto se vincula con su agente por línea de dolo o de culpa. Por tanto la noción de dolo y de culpa, aunque idéntica en los dos apartados, pero se presenta bajo aspectos formales distintos, el de la causalidad y el de la culpabilidad.

menor previsibilidad se exige en el causante, porque mayor es la diligencia que hay que poner para evitar el daño (mayor cuidado hay que poner en evitar la muerte del otro que en ahorrarle una pérdida económica). El daño que puede sobrevenir de la nulidad del matrimonio será generalmente muy grave y la previsibilidad exigible para incurrir en responsabilidad será pequeña; caben sin embargo circunstancias en las que el daño previsible no sea grande y por otra parte, la previsibilidad puede ser mínima, p. ej., cuando el desidioso del caso conoce muy bien a la otra parte y no ve probabilidad alguna de que exista un impedimento. Es el juzgador el que a la vista de las circunstancias del caso habrá de decidir sobre la responsabilidad, considerando la gravedad del peligro y la previsibilidad del mismo.

2. Puede suceder que el cónyuge repudiado sea a su vez culpable en su conducta conyugal, p. ej., si la mujer repudiada por la sentencia de nulidad está incurso en una causa de las que dan motivo a una separación perpetua o por tiempo indefinido. En este caso tendremos dos malas conductas concurrentes a las cuales no podemos aplicar las reglas de la cooperación, pues los daños y perjuicios no se derivan en el caso de un principio único de producción de ellos. Desde un punto de vista formal no cabe alegar aquí las reglas jurídicas de la separación, porque siendo por hipótesis el matrimonio nulo, no cabe responsabilizar a la mujer como culpable de separación. Sin embargo no parece justo que, concurriendo mala conducta apreciada en la mujer, el simulador haya de responder de todos los daños que refluían en la mujer, ni los materiales ni menos los morales, a no ser que la culpa de la mujer quede, por decirlo así, absorbida por la del varón, dada la magnitud de ésta. Parece más bien que las consecuencias dañosas podrían ser repartidas equitativamente, restando de la indemnización reclamada al varón la parte atribuible a la mujer. Pero este es un punto que necesitaría una mayor profundización.

IV.—ACCION DEL JUEZ ECLESIASTICO

1. *El abuso del derecho.* Contra todo lo dicho hasta aquí se podría objetar que el simulador fraudulento o el causante de un impedimento dirimente están de hecho envueltos en una unión ilegítima que tienen obligación de romper y, supuesto que nadie tiene obligación de casarse contra su querer, el único modo de ponerse dentro de la ley es pedir que se declare la nulidad de su matrimonio. Al obrar así está ejercitando un derecho y excluyendo por tanto la ilicitud del acto damnificador y la obligación de indemnizar. *Qui iure suo utitur nemini facit iniuriam*, según la conocida regla del derecho⁴³. Pero esta máxima no tiene valor absoluto, pues no exime de responsabilidad a todo el que actúa legalmente; lo contrario sería olvidarse de las exigencias éticas consustanciales con el derecho, sobre todo el canónico,

43. Cf. D. 50, 17, 55.

y amparar la injusticia justificando actos u omisiones realizados dolosamente para hacer daño a otro.

El uso del derecho verdadero puede justificar un acto del que resulte quebranto para otra persona, pero no así el abuso del derecho que, siendo en sí mismo ilícito, no puede justificar nada. A pesar de ciertas vacilaciones doctrinales y sobre sistemática, nuestro Código civil, siguiendo una jurisprudencia ya antigua, ha acogido en su articulado en 1973 una norma general por la que el abuso del derecho queda desautorizado⁴⁴. Los canonistas no han prestado al tema la atención que encontramos en los civilistas, acaso porque, dado el peso que en la ley de la Iglesia tienen las razones de la ley natural, no les ha parecido asunto apremiante⁴⁵. Y sin embargo no han faltado provisos que han declarado la nulidad desentendiéndose de la inmoralidad del demandante y del daño material y moral causado a la demandada.

Parece clarísimo que las razones que han movido al legislador estatal a dar entrada en el Código al abuso del derecho valen con creces en el orden canónico. En efecto, es principio general del derecho que los derechos subjetivos solo pueden ejercitarse en orden a obtener la finalidad señalada por la letra y el espíritu de la ley que los reconoce, por lo cual, aparte de los límites fijados por el texto legal, tienen otros de orden moral que impiden usarlos contra la equidad y la buena fe con daño de terceros. El fin de las declaraciones de nulidad es el mismo que el de las leyes que establecen los impedimentos (en sentido lato); proteger la santidad del matrimonio tal como lo entiende la Iglesia. Una declaración de nulidad legalmente irreprochable pero desviada de esa finalidad y buscada para dañar al otro cónyuge es un evidente abuso del derecho, pues en ella aparecen los elementos que lo integran, a saber, el uso de un derecho externa y aparentemente legal, producción de daños no protegidos específicamente (a veces están protegidos, p. ej., abandono de cargo (c. 2399), abusos de autoridad (c. 2404) y por fin el elemento formal que es la inmoralidad consistente en causar daños⁴⁶. Esta razón de inmoralidad y asocialidad, que para un cristiano es pecamino-

44. Código civil, tít. preliminar, redactado conforme a la Ley 3/1973 de 17 de marzo: Art. 7, núm. 2: "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

45. Los canonistas han cultivado conceptos próximos al abuso del derecho; así el fraude de la ley que aparece en la *reg. iur. LXXXVIII in VIº*; "Is committit in legem qui legis verbum complectens contra legis nititur voluntatem", texto derivado de C. 1, 14, 5 y que tiene expresión también en otros pasajes, p. e. "Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui, salvis verbis legis, sententiam eius circumvenit". D. 1, 3, 29 (*Paulus*). Igualmente el axioma "Fraus et dolus alicui patrocinari non debent" (c. 15, X, I, 3) que se aplica a contratos y juramentos; cf. Reiffenstuel, lib. II, tit. XIV, nn. 16 y 49. Pero estos fraudes son actos ilegales, mientras que el abuso del derecho es externa y materialmente legal.

46. Está lejos de nuestra pretensión trazar un dibujo exacto del abuso del derecho, en el cual, por otra parte parece haber zonas oscuras en cuanto a su contenido y aspectos polémicos en cuanto a la sistemática.

sidad, justifica lo dicho de que el repudio del abuso del derecho debería estar incluido en el *Codex*⁴⁷ y que ciertas declaraciones de nulidad son abusos del derecho que no deberían producirse.

2. *El derecho natural y la equidad.* Aunque en Derecho canónico no haya normas positivadas sobre abuso del derecho, al mismo resultado se llega partiendo del derecho natural que, como es sabido, los canonistas lo mismo que los teólogos han admitido siempre como un pilar fundamental del sistema⁴⁸. El principio «neminem laedere» encierra un precepto de derecho natural, lo mismo que la correlativa obligación de reparar los daños causados. En nuestro caso la sentencia declaratoria de nulidad es palmariamente el medio que pretende utilizar el damnificador para lograr sus fines maliciosos, por lo que la ejecución de la sentencia sería aportar el elemento que está buscando la pretensión injusta del simulador, convirtiéndose así ella misma en injusta, de modo que no puede dictarse sin antes haber ajustado la secuela de la indemnización. Y no vale argüir que las leyes procesales obligan a declarar nulos los matrimonios que lo son, pues lo que no es junto no es válido ni asumible en el derecho canónico ni ordenable al fin de ese derecho ni al de la Iglesia.

Declarar nulos los matrimonios afectados de nulidad es una exigencia que no se sostiene cuando tropieza con los dictados de la equidad o, lo que es lo mismo, con la idea de justicia superior correctora del derecho legal cuando éste falla por su connatural incapacidad de prever todos los casos y situaciones. Esta equidad tiene valor de principio generalísimo del derecho, control último de la justicia y suprema norma de interpretación. La equidad se funda en el derecho natural⁴⁹ y como él repele toda solución en la que no se refleja la justicia, como sería la sentencia de nulidad utilizada por uno de los cónyuges para causar daño al otro. Y esto no es un mero ideal o una mera congruencia, sino derecho natural aplicable, aunque en la ley canónica no esté recibida y positivada la técnica jurídica del abuso del derecho.

3. *Actuación del juez.* Y lo mismo cabe decir de la actividad procesal. Tampoco en este sector los principios de la ética cristiana están desligados de la ley y la función judicial no puede prescindir de la realización de esos principios, los cuales deben inspirar las decisiones y el proceso mismo. Pero ¿cómo actuar procesalmente el derecho que tiene el cónyuge engañado de nuestro problema a ser resarcido de los daños que le sobrevendrán si se eje-

47. Con eso no pretendemos que se trasplante al *Codex*, sin más, la norma civil del abuso del derecho. Tales trasplantes son *a priori* sospechosos, pues la técnica civil sólo puede insertarse plenamente en la ley canónica cuando responde a situaciones fácticas idénticas o muy afines en los dos ordenamientos. Para integrar en las leyes canónicas las normas que repudian el abuso del derecho no es imprescindible trasvasarlas de las leyes civiles, pues esas normas son en la Iglesia elemento autóctono como fundadas que están en los principios generales del derecho y en el mismo derecho natural.

48. J. Krulowski, 'Le droit naturel en tant que la source du droit canon, en *La norma en el Derecho canónico* (obra en colaboración), I (Pamplona 1979) pp. 131 ss.

49. Ch. Lefebvre, *Les pouvoirs du juge en droit canonique* (París 1938) p. 207.

cuta la sentencia de nulidad? ¿Qué puede hacer el juez a quien se pide una declaración de nulidad que sería un descarado apoyo al damnificador injusto?

En la época de las Decretales el Tribunal eclesiástico se consideraría competente para decidir lo que fuera justo en el tema de daños y perjuicios, como cosa accesoria en la causa de nulidad⁵⁰. Según la tesis actual, ver sobre los daños y perjuicios es cosa de la competencia del juez estatal, por ser «mere civiles effectus» (can. 1016), aunque la determinación de lo que es meramente civil en una realidad tan típicamente mixta como el matrimonio, como el hombre mismo, nos daría mucha materia de discurso. Pero parece inútil entrar por ese camino, por lógico que pueda ser, pues no nos llevaría a conclusiones prácticamente aceptables, dado el sistema de relaciones con el Estado.

Dado que el problema no queda resuelto, según lo dicho, declarando la nulidad y remitiendo a las partes al juez civil para los temas económicos, como se hace en las separaciones conyugales, el Tribunal tiene que buscar una solución que combine adecuadamente la declaración de nulidad con la salvaguarda del derecho a ser resarcido del cónyuge perjudicado. Esa solución puede consistir en tramitar la causa de nulidad hasta que se haya realizado la votación de los jueces; con esto ya está fallada la causa y el fallo puede comunicarse a las partes, aunque aún no sea sentencia ejecutiva⁵¹. Hecho esto, la sentencia no se redactará ni se publicará, y por tanto no se ejecutará hasta que haya tenido lugar una justa indemnización, bien por mutuo acuerdo, o por juez o por laudo arbitral o al menos una promesa firme garantizada notarialmente. El cónyuge interesado en esta solución puede dirigir al juez una petición razonada —que puede dar lugar a un incidente— el cual la denegará si no hay razones eficaces que la apoyen y deberá concederla, oída la otra parte, en caso contrario. No hay a nuestro entender momento procesal preceptivo para hacer la petición —no es una reconvencción— sino que puede hacerse en todo momento, incluso después de la conclusión en la causa, pues no hay momento malo para impedir que el damnificador injusto logre sus propósitos, y la razón explicada de equidad apoya ampliamente esta actuación *praeter legem*.

V.—CONCLUSION

El problema del simulador y casos asimilados que pide declaración de nulidad con daño de su comparte puede tener las siguientes soluciones:

a) No oírlo; el Tribunal cierra su puerta a quien alega que ha violado la ley de la Iglesia. Pero eso no es resolver el problema, sino eludirlo.

50. c. 3, X, IV, 20. La causa de divorcio pertenece al juez eclesiástico; en ella “quaestio alimentorum et dotis amittendae, tamquam res accessoriae pertinent ad eundem”: Reiffenstuel, *De regulis iuris*, regula XLII, núm. 7. También la Rota actual decide sobre dote y alimentos donde la sentencia puede producir efectos en el fuero civil: cf. Sent. de 22 junio 1959, c. Pinna; SRRD vol. 51, dec. 112.

51. J. Torre, *Processus matrimonialis* (Neapoli 1956) pp. 330 ss.

b) Dar por convalidado automáticamente el matrimonio por convivencia durante algún tiempo. Pero el matrimonio canónico no puede nacer de la convivencia, sino sólo del consentimiento expreso.

c) Declarar la nulidad, desamparando al cónyuge que ha padecido el daño (puede resolver su problema, si lo desea, ante la jurisdicción civil). Pero eso equivale a cooperar al mal, poniendo el Tribunal al servicio de los designios maliciosos del simulador.

d) No ejecutar la sentencia sin que previamente se haya producido un justo resarcimiento de los daños. Es la solución que se propone en las líneas que preceden.

TOMÁS G. BARBERENA