

## **LA CARTA CIRCULAR 'DE PROCESSU SUPER MATRIMONIO RATO ET NON CONSUMMATO'. TEXTO Y COMENTARIO**

En el párrafo segundo del epígrafe I de la Instrucción *Dispensationis matrimonii*, de 7 de marzo de 1972 se concedía a los Obispos diocesanos la facultad general de iniciar el proceso *super rato* desde el día en que entraba en vigor dicha Instrucción hasta la promulgación del nuevo Código de Derecho Canónico de 1983<sup>1</sup>. Una vez en vigor el nuevo Código que reorganiza el proceso *super rato*, se hacía necesaria una normativa que aclarara todos los aspectos, tanto substanciales como procesales, del proceso especial para la dispensa del matrimonio rato y no consumado (cáns. 1697-1706).

### I.—PRECEDENTES LEGALES

Desde la promulgación del Código piobenedictino hasta la entrada en vigor del actual han sido muchos los documentos emanados de la Santa Sede para la recta tramitación de los procesos *super rato* y que han de ser tenidos como fuentes del actual Código de Derecho Canónico en esta materia y, por lo tanto, de las *Litterae circulares de processu super rato et non consummato*, de 20 de diciembre de 1986. Estos documentos, por orden cronológico, son los siguientes:

1) Decreto *Catholica doctrina*: Reglas que han de observarse en los procesos de rato y no consumado, de 7 de mayo de 1923<sup>2</sup>.

2) Normas de la Sagrada Congregación de Sacramentos, de 27 de marzo de 1929, que deben observarse en los procesos de rato y no consumado para precaver la sustitución dolosa de las personas<sup>3</sup>.

3) Instrucción *Quo facilius*, de la Sagrada Congregación para la Iglesia

1 'Vi huius instructionis omnes Episcopi dioecesani, pro suo cuiusque territorio, facultate generali processum conficiendi super matrimonio rato et non consummato fruuntur a die a quo haec Instructio vigere incipit usque ad CIC recogniti promulgationem, ita ut ipsam non amplius a Sede Apostolica postulare debeant. Qua facultate utentes, iidem Episcopi, prae oculis habitis art. 7 et 8 Regularum Servandarum, praescripta quae sequuntur sedulo servent': (AAS 64, 1972, p. 245).

2 AAS 15 (1923) pp. 389-436.

3 AAS 21 (1929) pp. 490-93.

Oriental, sobre el procedimiento de matrimonio rato y no consumado, de 10 de junio de 1935<sup>4</sup>.

4) Instrucción *Provida Mater*, sobre normas para la tramitación de las causas matrimoniales de nulidad, de 15 de agosto de 1936<sup>5</sup>.

5) Circular de la Sagrada Congregación de Sacramentos a los Excmos. Arzobispos, Obispos y Ordinarios, relativa al oficio del Defensor del vínculo en las causas de rato y no consumado, de 5 de enero de 1937<sup>6</sup>.

6) Respuestas del Santo Oficio: A) Sobre la cópula perfecta y consumación, de 1 de marzo de 1941<sup>7</sup>. B) Sobre consumación con medios afrodisíacos que cortan el uso de la razón<sup>8</sup>.

7) Decreto *Qua singulari*, del Santo Oficio, de 12 de junio de 1942, sobre las cautelas que deben tenerse en las causas matrimoniales de impotencia e inconsumación en la prueba de la inspección corporal<sup>9</sup>.

8) *Motu proprio Crebrae allatae*, sobre disciplina del sacramento del matrimonio para la Iglesia Oriental, de 22 de febrero de 1949<sup>10</sup>.

9) *Motu proprio Sollicitudinem Nostram*, sobre Juicios para la Iglesia Oriental, de 6 de enero de 1950<sup>11</sup>.

10) Instrucción *Instructionem quo facilius* de la Sagrada Congregación de la Iglesia Oriental, para los procesos de rato y no consumado, de 13 de julio de 1953<sup>12</sup>.

11) *Motu proprio Cleri sanctitati*, sobre Personas para las Iglesias Orientales, de 2 de junio de 1957<sup>13</sup>.

12) Constitución Apostólica *Regimine Ecclesiae Universae*, sobre reforma de la Curia Romana, de 15 de agosto de 1967<sup>14</sup>.

13) Instrucción *Dispensationis matrimonii*, de 7 de marzo de 1972<sup>15</sup>.

14) Código de Derecho Canónico de 1983.

Los documentos reseñados, unos fueron promulgados para la Iglesia Latina, y otros para la Iglesia Oriental por la Sagrada Congregación de este

4 AAS 27 (1935) pp. 333-40.

5 AAS 28 (1936) pp. 311-61.

6 X. Ochoa, *Leges Ecclesiae post Codicem Juris Canonici editae*, Vol. I, n. 1.360, col. 1.782.

7 X. Ochoa, *Leges...*, Vol. I, n. 1599, col. 2.050.

8 X. Ochoa, *Leges...*, Vol. I, n. 2.024, col. 2.565.

9 AAS 34 (1942) pp. 200-2.

10 AAS 41 (1949) pp. 89-117.

11 AAS 42 (1950) pp. 5-120.

12 X. Ochoa, *Leges...*, Vol. II, n. 2.361, col. 3.155.

13 AAS 49 (1957) pp. 433-600.

14 AAS 59 (1967) pp. 885-928.

nombre. La Instrucción *Dispensationis matrimonii*, sin embargo, se extendía también a los católicos orientales, al ir dirigida a una y otra Iglesia católicas por tener competencia la Sagrada Congregación de Sacramentos, a tenor del art. 56, 1, de la Constitución Apostólica *Regimine Ecclesiae Universae*<sup>16</sup>. Ahora bien, la Circular que comentamos, al ser norma declarativa de los cánones que regulan el proceso especial *super rato* y concordantes del Código actual de Derecho Canónico y por establecer el canon 1 del mismo que *Los cánones de este Código son sólo para la Iglesia latina*, es obvio que la Circular de 20 de diciembre de 1986 oblige solamente a la Iglesia latina.

## II.—FINALIDAD, CARACTER Y VALOR NORMATIVO DE LA NUEVA CIRCULAR

La Instrucción *Dispensationis matrimonii* introdujo innovaciones de carácter jurídico pastoral, sugeridas por los Obispos diocesanos así como nuevos medios de prueba sin menoscabo de la integridad del proceso *super rato*<sup>17</sup>.

El nuevo documento pretende que se cumplan las prescripciones del proceso y, a la vez, presentar varias posibilidades de instrucción. Y si la *Dispensationis matrimonii* modificó el proceso por exigencias del Concilio Vaticano II con el fin de acomodar el proceso *super rato* a nuestro tiempo, este documento era más necesario después de la promulgación del Código de Derecho Canónico de 1983, en el que se organizan íntegramente los procesos en general (Libro VII, partes II y III, caps. I y III) y el proceso *super rato et non consummato* en especial (cáns. 1697-1706), con el fin de facilitar a los Obispos normas concretas para una más rápida tramitación de dicho proceso<sup>18</sup>.

La nueva normativa se refiere tanto al aspecto procesal 'que las normas contenidas en el Código que expresamente tratan del proceso *super rato et non consummato* presuponen las normas generales del juicio contencioso ordinario y las especiales de los procesos de nulidad matrimonial y que, por tanto, en la instrucción del proceso, las normas específicas de éste se han de complementar con aquellas otras que pertenecen al proceso ordinario o de las causas de nulidad matrimonial, siempre que puedan compaginarse con la índole especial de estos procesos'<sup>19</sup>, como al sustantivo 'que los Obispos presten es-

15 AAS 64 (1972) pp. 244-52.

16 'A la Sagrada Congregación para la Disciplina de los Sacramentos compete exclusivamente la tramitación de la no consumación del matrimonio, incluso entre parte católica y acatólica bautizada, también entre partes bautizadas católicas, bien pertenezcan al rito latino o al oriental; asimismo conocer de la existencia de causas para conceder la dispensa y de todo lo que con ello está relacionado' (AAS 59, 1967, pp. 885-928); '...sive ad latinum ritum sive ad orientales ritus pertineant...' (AAS 64, 1972, p. 244).

17 '...a Summo Pontifice petere ut normis a iure statutis quaedam afferrentur emendationes...' '...ac instantias nonnullorum animarum pastorum...' (AAS 64, 1972, p. 244).

18 'Maior hisce temporibus impellit necessitas suppeditandi Episcopis concretas normas ad instructionem faciendam «quoad rem» post promulgationem Novae Disciplinae De Processibus...', Acta S. Sedis-Raphael Meli, 'De processu super rato', en ME 112 (1987) p. 423.

19 'Normae quae expresse de rato et non consummato tractant praesupponunt illas

pecial atención al nuevo elemento requerido en la nueva legislación codicial para la consumación del matrimonio: *...si los cónyuges han realizado de «modo humano» el acto conyugal...*<sup>20</sup>.

El nuevo documento vuelve a insistir en el *carácter administrativo* del proceso como ya lo hicieran los precedentes documentos.

En el Decreto *Catholica doctrina* se afirma con rotundidad el carácter administrativo del proceso *super rato*:

'...Inde duo consequuntur magni ponderis: primo quod huiusmodi causae, utpote quae non promoventur ab actione iudiciali contentiosa aut criminali, sed ex benigna concessione Sanctae Sedis annuentis oratoris precibus, non sunt vere iudiciales, sed magis gratiosae seu administrativae...' <sup>21</sup>.

Todavía se dice más claramente en la *Instrucción Dispensationis matrimonii*:

'a) Processus super matrimonio rato et non consummato non est iudicialis, sed administrativus, ac proinde differt a processu iudiciali pro causis matrimonii. In processu, enim, super rato per supplicem petitionem imploratur gratia ex benigna Summi Pontificis concessione obtinenda. Nihilominus, propter rei gravitatem, facti sc. inconsummationis matrimonii, his in processibus veritas non minus religiose ac sedulo inquirenda est quam in negotiis proprie iudicialibus, ut Summus Pontifex, re probe cognita, sua suprema potestate uti valeat' <sup>22</sup>.

La nueva Circular lo da claramente a entender al usar las expresiones *...dummodo cum horum processuum indole componi queant* y también *In causis in quibus fit transitus a via iudiciaria ad viam administrativam*<sup>23</sup>.

El *valor normativo* de la Circular *De processu super matrimonio rato et non consummato* es el propio de un documento emanado de la Sagrada Congregación de Sacramentos con la aprobación del Romano Pontífice y, por tanto, con valor de norma universal: *Iuxta conclusiones Congregationis Plenariae supra memoratae atque a Summo Pontifici probatas...*<sup>24</sup>.

Las nuevas prescripciones se han de observar con gran exactitud, cautela y a la vez con flexibilidad y, en cuanto sea posible, con celeridad, para que no se den inútiles demoras con grave detrimento de las partes en el proceso<sup>25</sup>,

generales de iudicio contentioso ordinario et peculiares de processu circa nullitatem matrimonii. Quapropter in instructione processuali normae propriae erunt complendae cum aliis quae ad contentiosum ordinarium vel ad causas nullitatis matrimonialis pertinent...' (ME 112, 1987, p. 423).

<sup>20</sup> 'Sedulam attentionem Episcopus praestare velit ad novum elementum pro consummatione matrimonii, scilicet «quod coniuges inter se humano modo posuerunt coniugalem actum...»'. Ibid.

<sup>21</sup> AAS 13 (1923) p. 390.

<sup>22</sup> AAS 64 (1972) pp. 245-46.

<sup>23</sup> ME 112 (1987) pp. 423 y 427.

<sup>24</sup> Ibid., p. 423.

<sup>25</sup> 'Curent demum Episcopi ut in hisce magni ponderis instruendis causis, circumspecte quidem et caute, at simul naviter et, quod fieri poterit, expedite procedatur, ne cum gravi partium detrimento inutiles interponantur morae' (ME, ibid.).

pero su inobservancia formal no conllevaría la invalidez del proceso ni de la dispensa pontificia, siempre que fuera verdad y constaran el hecho de la inconsumación y la existencia de causa justa. De ahí que las *Regulae Servandae*, de 7 de mayo de 1923 prescribieran que el Obispo o el Juez instructor consignara en las actas del proceso el motivo que ha hecho imposible o conveniente la inobservancia<sup>26</sup>.

### III.—ESPECIAL ATENCION AL 'HUMANO MODO', NUEVO ELEMENTO ESENCIAL DE CONSUMACION DEL MATRIMONIO

El can. 1061 del vigente Código de Derecho Canónico, al exponer la definición de *matrimonio rato y no consumado*, introduce un nuevo elemento de consumación: la necesidad de que el acto conyugal se realice por ambas partes de modo humano, es decir, de forma voluntaria y consciente<sup>27</sup>. La nueva normativa ha subrayado este nuevo requisito esencial<sup>28</sup>.

La expresión *humano modo* responde a una nueva acepción de la cópula conyugal y a una nueva visión del matrimonio, como lo expone el can. 1055.

Veamos cómo ha sido la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia rotal hasta la legislación actual que exige la realización de la cópula de modo humano para que pueda hablarse de consumación del matrimonio canónico.

#### 1. COPULA CONYUGAL Y COPULA PERFECTA

El decreto de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, de 13 de mayo de 1977, no quiere resolver la cuestión teórica en torno al concepto de impotencia, ya sostenido por Gasparri cuando escribía sobre la práctica de la Congregación del Santo Oficio '...de este modo provee a casos particulares, prescindiendo de la cuestión teórica en la que está implicado el derecho natural con los hechos fisiológicos y que no está prohibido seguir en el futuro una práctica diversa, si, desaparecida toda duda, la Santa Sede, usando de su potestad, quisiera resolver la cuestión teórica'<sup>29</sup>. La duda radicaba en el concepto de *cópula perfecta*. El decreto no lo resuelve; es más radical e introduce un nuevo concepto: *cópula conyugal*. Ya no se requiere que la eyaculación sea de semen elaborado en los testículos. De ahí que se pueda leer en una decisión

26 *Praesentes regulae in instruendis processibus de non consummatione semper erunt adamussim observandae, et si aliquando ab eis aequa ratio suadeat esse recedendum, iudex de huius rei motivo rationem reddat in actis, ut constet de inobservantiae causa'* (AAS 15, 1923, art. 99, p. 412).

27 '...ratum et consummatum, si coniuges inter se humano modo possuerunt coniugalem actum per se aptum ad prolis generationem, ad quem natura sua ordinatur matrimonium, et quo coniuges fiunt una caro' (can. 1061, 1).

28 'Sedulam attentionem Episcopus praestare velit ad novum elementum requisitum pro consummatione matrimonii, scilicet, «quod coniuges inter se *humano modo* possuerunt coniugalem actum...' (ME, p. 423).

29 Gasparri, *Tractatus canonicus de Matrimonio* (Vaticano 1932) p. 329.

rotal *coram Raad* de 15 de febrero de 1979: '...es claro que la impotencia consiste en la incapacidad de realizar la cópula conyugal, para la cual son necesarias y suficientes, por parte del varón, la erección, la penetración en la vagina de la mujer y la eyaculación o inseminación ordinaria, sin que se requiera semen elaborado en los testículos'<sup>30</sup>.

## 2. LA CONSUMACION DEL MATRIMONIO EN LA DOCTRINA CANONICA CLASICA

Los autores clásicos no abordan el problema de cómo ha de ser la cópula conyugal para que haya consumación del matrimonio. Lo hacen indirectamente para contestar a la pregunta: *An copula violenter extorta intra bimestre sit satis ut dicatur matrimonium consummatum, ita ut iam non sit locus transeundi ad religionem*, cuestión suscitada en la Decretal *Ex publico* de Alejandro III, por la que los cónyuges podían, durante los dos meses después de celebradas las nupcias, consumir el matrimonio haciéndolo indisoluble o, por el contrario, ingresar en religión y elegir vida más perfecta por la que se disolvía el estado matrimonial<sup>31</sup>.

a) Un sector muy numeroso de autores clásicos afirma que la cópula así realizada *intra bimestre* es consumativa del matrimonio. Lo fundamentan en la Decretal *Discretionem* de Inocencio III que establecía la afinidad por cópula ilícita con mujer *prorsus invita* (c.6.X, IV, 13) y, sobre todo, porque por la cópula se realiza *illa carnis commixtio* que conlleva la consumación del matrimonio. Opinan así el Hostiense y con él Baldo de Ubaldis, Juan de Ancona, Boich, el Paludano, San Antonino, Soto, Covarrubias, Vitoria, Barbosa, Tancredo, Engel y otros<sup>32</sup>.

30 Cf. DE (1979) n. 5, p. 165.

31 c. 7, X, III, 32. Con el fin de no extendernos innecesariamente, en esta parte de nuestro trabajo, recogemos la doctrina clásica sobre el tema que nos ocupa de la sentencia rotal 'coram Felici' de 26 de marzo de 1957 (SRRD, vol. 49, nn. 5-7, pp. 238-42).

32 '...Non tamen directe illam pertactaverunt doctores antiqui, sed oblique, respondentes scilicet ad quaesitum: «An copula violenter extorta intra bimestre sit satis ut dicatur matrimonium consummatum, ita ut iam non sit locus transeundi ad religionem». Ex decretali siquidem Ex publico Alexandri III poterant coniuges, spatio bimestris ab initio coniugio, decidere utrum mallent consummare coniugium illudque reddere omnino indissolubile, an vero «ad religionem transire et eligere meliorem vitam qua dirimatur status matrimonii»' (c. 7, X, III, 32).

Ad quaesitum plures respondebant matrimonium per hanc quoque copulam consummari et arguebant, sive ex nota decretali Inocentii III 'Discretionem', qua statuebatur affinitatem ex copula illicita oriri quoque ex copula 'cum foemina prorsus invita' (c. 6, X, IV, 13), sive praesertim ex eo quod per talem copulam fieret, licet modo non communi, illa carnis commixtio, quae matrimonii consummationem secum ferret: 'Nec enim ideo quia coacta fuit mulier prima nocte, et invita cognita, non consumatum matrimonium iudicabo: quia negari non potest quin una caro effecti sint, sacramento matrimonii praecedente': ita Hostiensis (Summa Aurea, II, tit. De convers. coniug., par. *Et utrum possit exire*, n. 9, vers. Quod si virgo): et cum eo plures, ut Baldus de Ubaldis, *Super Decret.*, II, tit. 19, c. 14, n. 8: Ioannes De Ancona, *Summa*, III, tit. De convers. coniug., par. 1. *Quid si virgo*: Boich, *Distinct.* in 1. V *Decretal.*, III, tit. 32, c. 8, n. 3: Paludanus, *Lucubr. opus in IV Sent.*, IV, d. 27, q. 3, col. 4: S. Antoninus, *Summa maior*, III, tit. 1, c. 21, par. 1: Scotus, *Comm. in IV Sent.*, d. 27, q. 1, a. 4, vers. Quid autem iuris: Covarrubias, *In lib. IV Decr.*

b) No faltan autores, de no menor autoridad, que sostienen la no consumación del matrimonio por tal cópula ya que no es suficiente para el fin propuesto y alegan los famosos aforismos jurídicos *qui dolus nemini debet patrocinari, nec viri culpa alterius bonum impedire debet, ne culpae reus inde commodum reportet* y *quia beneficium iuris auferendum non est a foemina, quae dissentit, quia sine culpa sua nemo debet iure suo privari* y también la Regla 64 in Sexto: *quae contra ius fiant, debent utique pro infectis haberi, cum contra ius et vitiose oppressa fuerit mulier... quoad facientem habeatur pro non facto*. Entre éstos, Juan de Andrés razona del siguiente modo: el consentimiento es esencial para el matrimonio, el matrimonio no se perfecciona sino por la cópula; luego la cópula requiere el consentimiento: el que padece coacción absoluta, nada hace, luego no consiente. Para este autor tiene especial relieve el elemento espiritual de la cópula. A éste se unen otros muchos, como Bartolomé de Brixia, Guido a Baysio, De Butrio, el Abad Panormitano, Felino Sandeo, Silvestre de Prieras, Fumo, Schmalzgrueber, La Croix etc.

Llegan a esta conclusión estableciendo la comparación entre el matrimonio consumado y la unión de Cristo con la Iglesia y que en uno y en otra debe darse la voluntariedad. Según Reiffenstuel, dicen, por la cópula carnal, realizada por la fuerza, no se puede consumir el matrimonio ya que el matrimonio consumado representa la unión de Cristo con la Iglesia... Luego solamente se puede consumir por aquella cópula que sea capaz de representar tal unión, pues todo lo que es signo de otro a ello debe asemejarse. Tal cópula es solamente la voluntaria, como fue voluntaria la unión de Cristo con la Iglesia, según el común sentir de los Teólogos<sup>33</sup>.

epit., tit. 1, P. 2, c. 7, par. 4, n. 10: Vitoria, *Summa Sacram. eccl.*, n. 258: Barbosa, *De Matrim.*, I, P. III, n. 106: Tancredi, *Se s. matrim. sacr.*, lib. 2, disp. 2, disp. 22, n. 1: Engel, *Colleg. univ. iuris can.*, L. 3, tit. 32, n. 8 etc. ('Coram Felici' Sent. cit. n. 5, pp. 238-39).

33 'Contra huiusmodi sententiam, alii, nec minoris poderis, doctores sustinuerunt talem copulam satis non esse ad finem qui proponebatur «quia dolus nemini debet patrocinari, nec viri culpa alterius bonum impedire debet, ne culpae reus inde commodum reportet» et simul «quia beneficium iuris auferendum non est a foemina, quae dissentit, quia sine culpa nemo debet iure suo privari»: atque statuente reg. 64 in Sexto: «*Quae contra ius fiant, debent utique pro infectis haberi*», «cum contra ius et vitiose oppressa fuerit mulier... quoad facientem habeatur pro non facto» (Ioannes Andreae, in *Decret. lib. nov. comment.*, IV, tit. *De regulis iuris*, reg. 64, n. 12). Et adhuc Ioannes Andreae: «Consensus potissime in matrimonio requiritur: sed matrimonium non est perfectum, nisi per copulam; ergo copula requirit consensum:... patiens autem coactionem absolutam nil agit, ergo non consentit» (loc. cit., n. 13): quo constat Ioannes Andreae multum tribuere elemento spirituali copulae consummativae matrimonii. Ioanni plures concinunt, ut Bartholomeus Brixianus, *Quaest. dominic. et veneriales*, 80: Guido a Baysio, *Rosar. seu in Decret. vol. Comm. D. 55*, c. 13, n. 6: De Butrio, *Comment. in lib. Decret.*, III, tit. 32, c. 2, n. 3: Panormitanus, *Comment. in Decret.*, III, tit. 32, c. 2, n. 9: Felinus Sandeus, *In Decret. lib. comm.*, II, tit. 19, c. 14, n. 4: Prieras, *Summa silvestr.*... I, v. *Divortium*, n. 8: Fumus, *Summa seu Aurea Armila*, n. 6: Echmalzgrueber, *Ius. eccl. univ.*, III, tit. 32, n. 12 sq.: La Croix, *Theol. mor.*, I, lib. I, P. 3, n. 421 etc.

Ad hanc conclusionem firmandam quidam instituebant comparationem inter matrimonium consumatum et unionem Christi cum Ecclesia, dicebantque voluntarietatem in utraque pariter vigere debere: «Per copulam carnalem vi extortam matrimonium penitus non consumatus —dicebat Reiffenstuel— quia matrimonium consummatum repraesentat unionem Christi cum Ecclesia et sortitur iure divino indissolubilitatem. Ergo per eam

c) Otros autores partían de la comparación entre el matrimonio carnal y matrimonio espiritual —don u oficio sagrado dado a la persona— y así como toda violencia impide la consumación del matrimonio espiritual, a saber, la recepción del oficio sagrado, así debe también impedir la consumación del matrimonio carnal. Sostienen esta opinión Fagnano y Pirhing<sup>34</sup>.

Si bien estos autores se refieren a la cópula realizada por violencia física o propiamente dicha, otros, como Reiffenstuel, incluyen la cópula moral, la cópula arrancada por violencia condicional o por medio injusto<sup>35</sup>.

d) Sánchez queriendo conciliar las opiniones anteriores defiende que ciertamente el matrimonio se consuma por la cópula realizada por fuerza *intra bimestre*, pero por tal cópula la mujer no perdía el derecho a ingresar en religión y tal consumación había que considerarla como si no hubiera existido. Esta distinción original carece de sólido fundamento y fue refutada por Poncio, Ledesma y Conink<sup>36</sup>.

Felici, sin embargo, no duda en adscribir a Sánchez a los primeros. Y concluye diciendo que se impuso la opinión de la consumación del matrimonio por cópula realizada por coacción merced a la autoridad de Sánchez y por otros muchos doctores de nota que lo defendieron y también por la autoridad de aquéllos que defendieron la segunda teoría admitiendo la consumación del matrimonio por cópula realizada a la fuerza *post transactum bimestre in favorem religionis* como Pirging, Schmalzgreber, Castropalao y otros<sup>37</sup>.

*solam copulam consummatur, quae potest hanc unionem repraesentare, cum omne quod est alterius signum, debeat esse simile. Sed talis est sola copula voluntaria, cum unio Christi voluntaria fuerit, iuxta communem Theologorum»* (Ius can. univ., III, tit. 32, n. 7). ('Coram Felici', Sent. cit., n. 6, p. 240).

34 'Instituēbant alii comparationem inter matrimonium carnale et matrimonium spirituale, nempe munus sacrum ecclesiasticum personae collatum: et quemadmodum violentia irritat consummationem matrimonii spiritualis, scilicet assumptionem muneris sacri, ita et carnalis matrimonii —dicebant— irritare debet consummationem matrimonii spiritualis, ergo fortius impedire debet consummationem matrimonii carnalis, in quo cessare debet omnis coactio': ita Fagnanus, *Comemnt. in Decret. Gregor. IX*, III, tit. 32, n. 52: cui concinit Pirhing, *Ius canon.*, III, tit. 32, n. 57) ('Coram Felici', sent. cit., *ibid.*).

35 '...antiquiores sermonem restringunt ad violentiam physicam, seu proprie dictam (cf. Ioannes Andreae, loc. cit., n. 6): recentiores vero extendunt ad copulam extortam per vim conditionalem, seu per metum iniustum, quia «omnes rationes et iura contra vim alligata, a potiori etiam quadrant contra metum gravem iniuste incussum» (Reiffenstuel, loc. cit., n. 8). ('Coram Felici', sent. cit., p. 240).

36 'Contrarias sententias conciliare conatus est Th. Sanchez sustinens matrimonium revera consummari per copulam vi extortam intra bimestre, at per hanc non tolli mulieri oppressae ius transeundi in religionem, perinde ac si consummatio habita non fuisset (cf. De s. matr. sacr., I, lib. 2, disp. 22). Huiusmodi distinctio, quamvis sat singularis esset et nullum solidum in iure haberet fundamentum, itaque confutata statim fuerat a Pontio (De sac. matr. trac., lib. 9, c. 10, n. 2) asseclas tamen propter auctoritatem proponentis habuit (cf. Ledesma, *Trac. de magno matr.*..., q. 61, a. 1; etc. («Coram Felici», sent. cit., *ibid.*).

37 'Rem tamen nostram quoad spectat. Sanchez idem sentit quod fautores primae sententiae: scilicet per ipsam quoque copulam vi extortam matrimonium consummari. Et haec sententia —demum praevaluit, tum propter auctoritatem Sanchesii et doctorum, sane plurium et gravium, qui illam defenderunt, tum etiam quia doctores secundae sententiae fautores, loquentes de copula vi extorta post transactum bimestre in favorem religionis, plane admiserunt per eam matrimonium consummari (Cf. Pirhing, *Ius can.*, III, tit. 32,

3. DECISIONES ROTALES QUE DEFENDIERON LA NECESIDAD DE QUE LA COPULA SEA ACTO HUMANO PARA LA CONSUMACION DEL MATRIMONIO: 'CORAM GRAZIOLI' DE 8 DE AGOSTO DE 1939 Y 'CORAM HEARD' DE 30 DE DICIEMBRE DE 1949

La Jurisprudencia rotal, quizá influenciada por la autoridad de los autores clásicos, no ha afrontado el problema del elemento volitivo o psíquico de la cópula conyugal. Aunque también se ha dicho que la razón de no haberse dado sentencias rotales ha sido por la dificultad de la prueba. Así se puede leer en una *Bononien, coram Doheny* de 16 de junio de 1951, que la Sagrada Rota Romana, desde el año 1923 a 1941, prácticamente no ha declarado nulo un matrimonio por mero vaginismo a causa de la dificultad de probar que dicha impotencia fuera antecedente y perpetua<sup>38</sup>.

La decisión *coram Grazioli* afirma que si solamente por actos humanos y violentos por parte del varón se consiguiera la penetración y, por tanto, la cópula, no se puede decir que con este proceder no natural haya verdadera consumación del matrimonio y, consecuentemente, *potentia coeundi*<sup>39</sup>. Ahora bien, otra cosa distinta es que se deba probar que el vaginismo fuera antecedente<sup>40</sup>.

La *Coram Heard* exige que la cópula sea realizada *modo naturali et humano* y que, por consiguiente, no es suficiente la eyaculación en la vagina de la mujer por violencia del varón, no obstante la resistencia y los dolores intolerables de la mujer. Tal inhumano modo de proceder, aunque cause la consumación material del matrimonio, no puede excluir el impedimento de impotencia. Admite, por otro lado, que la mujer está obligada a permitir la cópula conyugal, aunque sea dolorosa, si es tolerable<sup>41</sup>.

par. 10, n. 55: Castropalaus, Opus mor., III, trac. 28, disp. 3, punct. 2, par. 1, etc.) ('Coram Felici' sent. cit., pp. 240-41).

38 'Practice, ab anno 1923 usque ad annum 1941, numquam S. Rota matrimonium declaravit nullum ob merum vaginismum...', (SRRD, vol. 43, n. 2, pp. 447-48).

39 'Non semper tamen copula perfecta seu membri virilis penetratio et consequens seminis in vaginam eiectio vitii praepeditur anatomicis; et vaginismus enim, qui consistit in hyperestesia organi nervorum functione connexa, copulam perfectam impedit. Quodsi tantum per violentos inhumanosque conatus a parte viri foret continenter obtinenda penetratio ac copula a muliere, non posse dici innaturali hac ratione haberi vera consummatio consequenterque vera potentia coeundi: quemadmodum non per remedia extraordinaria, violenta vel vitae discrimen secum ferentia diceretur adesse possibilitas sanationis ex hisce defectibus, quorum quidem perpetuas aliud constituit requisitum ut habeatur impotentia matrimonium canonica dirimens' (SRRD, vol. 31, n. 4, p. 496).

40 'Patet insuper necessitas alius requisiti, nempe antecedentiae impotentiae, quum nequeant attendi in iure nisi conditiones quae tempore celebrati matrimonii istius «esse» reapse constituissent' (Ibid.). También se ha hecho notar en esta sentencia que la duda sobre la perpetuidad del vaginismo se dispó porque el médico perito además del vaginismo apreció fundamentalmente la existencia le 'alteraciones anathomicas' (Cf. P. Fedele, 'Problemi di Diritto Canonico', *L'Impotenza*, Romae 1962, p. 208).

41 '4. Notandum demum est ad validitatem contractus requiri ut copula fieri possit «modo naturali et humano». Non sufficit ergo eiectio seminis ad ostium vaginae etiamsi foecundatio sequatur nec sufficit depositio seminis infra vaginam per violentam viri non obstantibus resistentiis et intolerabilibus doloribus mulieris. Talis enim inhumanus modus agendi, etsi materialem matrimonii consummationem causat, impotentiae impedimentum excludere nequit; nam sicut nemo iure suo tenetur ad operationem chirurgicam subeundam

#### 4. LA COPULA CONYUGAL Y LA CONSUMACION DEL MATRIMONIO EN LA DOCTRINA CANONICA MODERNA PRECONCILIAR

La doctrina canónica clásica y la jurisprudencia rotal sobre la cópula conyugal y la consumación del matrimonio, sobre todo, a partir de los años cincuenta, con la incidencia del Decreto del Santo Oficio del 2 de febrero de 1949, prácticamente zanjaron la cuestión del elemento volitivo o psíquico de la cópula conyugal.

Sin embargo, un sector de la doctrina, al abordar el problema planteado por la ya citada Decretal *Ex publico* de Alejandro III, ha insistido en el estudio del elemento psíquico de la cópula conyugal y de la consumación del matrimonio.

Para Fedele el caso presentado en la Decretal respondía a una situación concreta y específica, es de un alto valor histórico y vale para cualquier caso de cópula en la que falte, por parte de uno de los cónyuges, el conocimiento o la voluntad de realizarla ya que dicha cópula así realizada no sería acto humano<sup>42</sup>.

Sin ánimo de hacer un estudio exhaustivo sino solamente con la finalidad de centrar la cuestión, nos referiremos a algunos autores que se significaron en el tema del elemento volitivo de la cópula conyugal.

##### a) *Punto de partida: una causa de nulidad de matrimonio por impotencia*<sup>43</sup>

El origen de la controversia de si para la consumación del matrimonio se requiere *actus humanus* o *actus hominis* se suscita a raíz de un proceso de nulidad matrimonial que se inicia con el escrito de demanda de 10 de agosto de 1939, interpuesto ante el tribunal eclesiástico competente, por el que se pide la declaración de nulidad del matrimonio por impotencia psíquica o funcional del esposo.

Según la esposa actora, el esposo solamente consiguió la penetración en la tercera noche después de celebrado el matrimonio con la ayuda de un fármaco —llamado *Yoimbina*— que excita el sistema nervioso y suprime el uso de la razón. Después, sin la ayuda del citado fármaco y a pesar de reiterados intentos, no pudo realizarse la cópula conyugal; por ello, la actora alega la incapacidad del esposo para la cópula conyugal ya que no podía realizar ésta

quae secum fert periculum vitae, ita nemo iure tenetur ad copulam admittendam quae necessario secum fert dolores qui intolerabiles sunt. Ex alia vero parte, sicut quis tenetur ad operationem chirurgicam subeundam, etsi dolorosam, sed absque periculo vitae, ita copulam admittere debet quae dolorosa est, sed tolerabilis; nec dicatur per huiusmodi copulam necessario deesse illam concupiscentiae sedationem quae secundarius est matrimonii finis, nam hoc per accidens est neque essentiam contractus afficit' (EIC 7, 1951, p. 363).

42 '...che non solo è valida peril caso della copula estorta dalla donna con la violenza entro il bimestre successivo alla celebrazione del matrimonio ma è altresí valida per qualunque caso di copula che, mancando in uno dei coniugi la consapavolezza o la volontà di porla essere, non può considerarsi un atto umano...' (P. Fedele, op. cit., p. 214).

43 A. del Corpo, 'Actus hominis et actus humanus in consummatione matrimonii', en ME 83 (1958) pp. 303-13.

a no ser mediante medios afrodisíacos que cortan el uso de la razón. El tribunal de primera instancia decretó que la impotencia relativa del varón no era antecedente ni perpetua en cuanto que se podía curar con medios idóneos. Por lo que respecta al fármaco empleado de hecho, nada se determinó afirmando simplemente que se trataba de un medio honesto porque carecía de efecto estupefaciente.

Apeló la actora ante el Tribunal de la Rota Romana y se concordó la siguiente fórmula de dudas: 1) *An constet de matrimonii nullitate, in casu; et quatenus negative*; 2) *An consilium praestandum sit SS.mo pro dispensatione super matrimonio rato et non consummato, in casu*<sup>44</sup>.

Es en este momento del proceso cuando la controversia se agudiza: el abogado de la parte actora opinaba que el demandado había de ser considerado impotente porque había conseguido la erección una sola vez y no de modo *natural* sino a través de la *Yoimbina*, medicamento no honesto porque suprime el uso de la razón; añadía, además, que el matrimonio había de ser tenido como inconsumado ya que la cópula no fue acto humano por la privación del uso de la razón en el varón.

Para el Defensor del vínculo, que lo era A. del Corpo<sup>45</sup>, la expresión *naturali modo* no se refería a la erección sino a la penetración, sosteniendo que el varón había realizado la cópula con voluntad pues se trataba de un acto *voluntario in causa* ya que no existe norma alguna que determine qué clase de conciencia se requiere para la realización del acto conyugal.

El Tribunal de la Rota Romana respondió *negativamente* a la primera parte del dubio, por no probarse que la impotencia del varón era antecedente y perpetua, y *afirmativamente* a la segunda parte de la fórmula de dudas sobre la inconsumación al estimar que la cópula fue un acto no humano ya que se realizó sin voluntad y sin conciencia y, por tanto, no apta para consumir el matrimonio<sup>46</sup>.

b) *El Decreto del Santo Oficio de 2 de febrero de 1949*

El Romano Pontífice, en la audiencia de 16 de noviembre de 1947, no concedió la dispensa solicitada a la esposa, ya que la Sagrada Congregación del Santo Oficio al dubio propuesto: '*An matrimonium haberi debeat inconsummatum, si essentialia elementa copulae posita sint a coniuge, qui ad unionem sexualem non pervenit nisi adhibitis mediis aphrodisiacis, rationis usum actu intercipientibus*' respondió, con fecha de 2 de febrero de 1949: *Negative*<sup>47</sup>.

La misma Sagrada Congregación, a otro dubio propuesto en la misma causa, con fecha de 9 de mayo de 1951, respondió: '*Causam sub aspectu impotentiae viri pertractari iam non posse*'<sup>48</sup>.

44 A. del Corpo, *Actus hominis...*, cit., p. 304.

45 '*...in qua partem nosmet habuimus non parvam ut Defensor Vinculi S. R. Rotae...*' (A. del Corpo, *Actus hominis...*, cit., p. 303).

46 *Ibid.*, p. 304.

47 *Periodica...* 38 (1949) p. 220. No publicado en AAS.

48 Cf. A. del Corpo, *Actus hominis...*, cit., p. 305.

La doctrina canónica en general mantuvo desde entonces que para la consumación del matrimonio no se requiere el consentimiento o el uso de la razón sino que es suficiente la cópula materialmente realizada, aunque no sea acto humano... Basta el hecho material de la cópula, el elemento físico, ya que por el contrato matrimonial se adquiere un derecho inmediato al cuerpo de la otra parte y, por tanto, una vez puestos los elementos esenciales —penetración y efusión del semen— el contrato, en cuanto a la substancia, se ha cumplido o consumado, independientemente del motivo de que proceda o del modo en que se realice. Sostienen esta opinión, entre otros muchos, Wernz<sup>49</sup>, Wernz-Vidal<sup>50</sup>, De Smet<sup>51</sup>, Cappello<sup>52</sup>, Hurth<sup>53</sup>, Staffa<sup>54</sup> etc.

c) *No faltaron autores que sostuvieron que la cópula debía ser acto humano para que fuera consumativa del matrimonio*

Además de Fedele y otros, Jemolo sostuvo que existe impotencia en la mujer cuando por enfermedades o desórdenes de naturaleza psíquica no podía ser poseída a no ser con intensos dolores, repugnancia o por violencia, resistiéndose ella o recurriendo a la hipnosis<sup>55</sup>.

Pero el que aborda en profundidad el problema de la consumación del

49 *Ius Decretalium*, ed. 1904, tom. IV, n. 29, p. 30.

50 *De Matrimonio*, ed. 1928, n. 32, p. 19.

51 *De sponsalibus et matrimonio*, ed. IV, n. 157.

52 'Consummatio matrimonii postulat tantum factum externum perfectae copulae naturalis, sive haec fiat per actum humanum sive alio modo, sive libere ac scienter ponatur, sive coacte et inadvertenter, sive iuste sive iniuste. Quare coniux in statu ebrietatis consummare valet matrimonium' (*Trac. canonico-moralis de Sacramentis*, vol. V. De Matrimonio, ed. 1950, n. 383, p. 382).

53 '...Sunt quidem contractus, quorum adimpletio seu consummatio fieri non potest nisi *per modum actus humani*, ita e.g. contractus revisionis librorum dati et accepti; contractus gerendi munus professoris. Sunt autem alii contractus, quorum adimpletio non exigit actum humanum, e.g. contractus exhibendi determinantam copiam proprii sanguinis ad peragendum transfusionem. Hic contractus adimpletus censeri debet, etsi debita copia sanguinis deprompta fuerit ex dormiente vel insaniente, ex invito physica vi adhibita. Sufficit enim *merum materiale factum praestationis rei debita*. At, quilibet videt: in exemplo allato, quamvis *substantia praestationis rei debita* sit secundum ius contractu quaesitum, tamen *modus praestationis esse iuri, aequitati, caritati contrarium*. In contractu matrimoniali ius quaesitum pro obiecto immediato habet corpus compartis in ordine ad copulam naturalem; quapropter, ubi primum prima vice elementa essentialia talis copulae posita fuerint, contractus quoad substantiam est prima vice adimpletus seu consummatus. Talis quoad dicta elementa essentialia consummatio est independens a *motivo* ex quo procedit, a *modo* quo peragitur, dummodo ipsa elementa essentialia, et quidem omnia, praestentur. Sed inde minime deduci potest: quemlibet etiam modum consummationis —(dummodo elementa essentialia integre praestentur)— esse licitum et honestum, dignitati personae humanae ac sacramentali matrimonii christiani sanctitati correspondentem'. 'Dubia matrimonialia', en *Periodica...*, 1949, pp. 223-24).

54 'Quia etiam copula materialiter peracta, quae non sit actus humanus, matrimonium consummari valet, haud recte scriptum fuit: 'Quodsi tantum per violentos inhumanosque conatus a parte viri foret obtinenda penetratio ac copula a muliere, non posset dici innaturali hac ratione haberi vera consummatio consequenterque vera potentia coeundi' (DSRR, vol. 31, p. 496, n. 4, dec. 8 augusti 1939. Cf. tamen quae contra haec verba leguntur in DSRR, diei 14 novembris a. 1947, edita in EIC, an. IV, p. 490)' 'De impotentia et consummatione matrimonii', en *Apollinaris* (1955) pp. 393-94.

55 *Il matrimonio nel diritto canonico* (Milano 1941) n. 44, p. 120.

matrimonio, como acto humano, y de los requisitos jurídicos de la misma, es el abogado rotal J. Marcone quien sostiene que la unión sexual de la persona dista mucho de la de los animales y para que sean realmente los esposos *una caro* es necesaria, por parte de ambos, voluntad de la unión. De ahí que ya en 1957 escribiera:

'Sicut actus omnes praesumendi sunt proprie humani, quia non explicaretur curnam homo intellectu et voluntate donatus sit nisi iisdem uteretur in actis ponendis, et effectus morales tantum ea lege descendunt, ita copula praesumitur humano modo utrimque peracta et qua talis habenda est consummata cum omnibus effectibus sui propriis. Quod si praesumptio vincatur quia alter agentium caruit intellectu et voluntate, idest non egit *modo humano*, iam copula impar est effectibus moralibus gignendis qui sint utriusque partis communes; secus effectibus dicendus esset superare causam, quod absurdum est'<sup>56</sup>.

Por tanto, para Marcone, por mandato de la ley, la cópula entre los cónyuges '*non hominis tantum, sed humanam esse debet*'<sup>57</sup>.

Es laudable el resultado al que llega Marcone —independientemente del punto de partida moral de su tesis—, que nosotros señalaríamos el *dato teológico*, como dato que predetermina lo jurídico en el ámbito canónico<sup>58</sup>, si bien hemos de hacer hincapié en el aspecto estrictamente jurídico del planteamiento de Marcone.

Este autor, antes de entrar en el examen de la cuestión, parte de la existencia de hechos naturales y de hechos que realiza el hombre con advertencia de la razón. Ambos pueden tener relevancia jurídica por virtud del derecho. Existen, por tanto, hechos y actos jurídicos. Hecho jurídico, en sentido estricto, es el que tiene lugar sin el concurso de la voluntad porque no permite el concurso de la misma; si lo permitiera ya no podría hablarse de hecho jurídico en sentido estricto. Acto jurídico, por el contrario, es el que necesariamente requiere el concurso de la voluntad y faltando ésta no sería acto jurídico, ni, por lo mismo, acto humano; sería simplemente acción del hombre que por sí, lógica y jurídicamente, no puede alcanzar efecto alguno reconocido por el derecho<sup>59</sup>.

No olvida Marcone —siguiendo a E. Betti<sup>60</sup> al hacer la distinción entre actos y hechos jurídicos en sentido estricto— advertir que hay que proceder con cautela, para no ser inducidos a considerar como actos (jurídicos) hechos que no son tales. Una doctrina común distingue entre hechos voluntarios (actos) y hechos naturales (hechos en sentido estricto). Pero así planteada, la distinción procede de la misma naturaleza del hecho y se nos manifiesta como carente de interés y, sobre todo, como equívoca. Así se puede calificar un hecho natural como voluntario y como simple hecho (por ejemplo, la siembra o la

56 'An matrimonium consummetur actione tantum hominis', en ME 82 (1957) p. 637.

57 *An matrimonium...*, cit., p. 636.

58 D. Llamazares Fernández, *Derecho Canónico Fundamental* (León 1980) p. 385.

59 *An matrimonium...*, cit., p. 643.

60 *Teoría general del negocio jurídico*. Traducción de A. Martín Pérez, S.d., p. 11.

plantación en una finca, o la muerte de una persona), según que, en el caso concreto, estuviese o no determinado por la voluntad del hombre. En el caso de la muerte, si el homicida actuó sin conocimiento no realizó acto jurídico alguno y, consecuentemente, no tendrá los efectos propios de un acto jurídico sino solamente los efectos del hecho jurídico de la muerte<sup>61</sup>.

Aplicando estos principios al problema de la primera cópula conyugal, la cuestión ha de plantearse en los siguientes términos: *Si la primera cópula conyugal para que surta efectos jurídicos (sea consumativa del matrimonio) se ha de realizar por ambas partes con conocimiento y voluntad, o sea, que tenga lugar como acto jurídico.*

Para contestar a este interrogante, Marcone examina qué lugar tiene la cópula dentro del amplio número de los hechos jurídicos. La cópula —dice el ilustre abogado rotal— no es de por sí un hecho jurídico puesto que en muchas ocasiones no engendra efectos jurídicos; sin embargo, con frecuencia aparece como hecho jurídico, como en el adulterio, estupro, incesto etc. Ciertamente aparece la primera cópula como hecho jurídico en los cáns. 1118, 1119 y 1043 (Código de 1917). Y se pregunta Marcone si en estos casos enumerados se trata de hecho jurídico en sentido estricto o de acto jurídico. Para eliminar esta dificultad se sirve de los principios antes expuestos y concluye:

'Copula humana est ab homine: si advertenter peracta est actus humanus, secus actio hominis; si secumfert effectus iuridicos est actus iuridicus quoque. Huc spectat casus primae coniugalis copula. Age nunc, si copula huiusmodi inadvertenter peragatur, actus humanus iam non est, eadem de causa actus iuridicus corrui nec in huius locum sufficitur factum iuridicum s. s. quia homo, non natura egit. Quid manet? Prorsus nihil. Ergo carente causa, unde, quaeso, depromeremus effectum iuridicum illum, quae consummatio auditur?'<sup>62</sup>.

Advierte Marcone asimismo que la distinción entre actos y hechos jurídicos —según la teoría de Betti— se fundamenta en la consideración típica de que se sirve el derecho para una determinada factiespecie jurídica<sup>63</sup>. Hay hecho jurídico en sentido estricto cuando el derecho considera la acción puesta por el hombre y se fija en el conocimiento que muchas veces la sigue y en la voluntad que generalmente la determina<sup>64</sup>.

61 *An matrimonium...*, cit., p. 644.

62 *Ibid.*, p. 646.

63 El término procede del latín medieval 'facti species', que literalmente significa figura del hecho (en la terminología de Teófilo). Debe preferirse esta denominación a la otra, comúnmente usada, de 'hecho jurídico' porque indica tanto el *hecho* propiamente dicho como, al mismo tiempo, el *estado de hecho y de derecho* en que el hecho incide y se encuadra' op. cit., p. 4, nota.

64 'La distinción entre actos y hechos jurídicos sólo tendrá sentido en cuanto admita por base el modo en que el orden jurídico considere y valore un hecho dado. Si el orden jurídico toma en consideración el comportamiento del hombre en sí mismo y, al atribuirle efectos jurídicos, valora la conciencia que suele acompañarlo y la voluntad que normalmente lo determina, el hecho se deberá calificar de acto jurídico. Y, en cambio, deberá ser cali-

Para Marcone la teoría de Betti viene a confirmar su planteamiento ya que la cópula —que muchas veces no tiene efectos jurídicos— en general se realiza voluntariamente y, por tanto, se ha de entender como un acto humano en su consideración típica. De lo cual se sigue que cuando la cópula se realiza 'sub imperio iuris' pasa a ser esta factiespecie con sus elementos propios, es decir, como hecho realizado con voluntad. Luego la cópula ha de ser acto jurídico <sup>65</sup>.

Estudia también este autor el aspecto bilateral de la primera cópula esgrimiendo el principio lógico que enseña que lo que ha de realizarse con el concurso de dos elementos no puede hacerse con la acción de uno solo <sup>66</sup>. Por otra parte, la primera cópula conyugal no consta de un solo acto jurídico, sino de dos que, unidos, constituyen el acto jurídico bilateral; y, por lo tanto, o existe uno y otro acto jurídico que provienen del conocimiento y voluntad de los cónyuges, y entonces se da el acto jurídico bilateral o falta uno de ellos y no existe acto jurídico bilateral. No puede decirse que exista el acto jurídico sólo por parte de un cónyuge porque el que realiza el acto con conocimiento y voluntad no obra jurídicamente ya que los efectos derivan no del acto de una persona sino del concurso de ambas, es decir, del acto bilateral que en hipótesis falta.

Aclara, finalmente, Marcone que la bilateralidad es con respecto no a la cópula sino al acto jurídico; de ahí que si una parte casada y con advertencia, y otra soltera y sin conocimiento, copulan entre sí ese hecho es acto jurídico (*delito*) solamente en cuanto a la primera y no respecto a la segunda que, consecuentemente se piensa, no consumó el delito. Esto se explica porque es posible separar el efecto de una parte del efecto de la otra ya que la responsabilidad pertenece a la persona. Pero esto no ocurre cuando se realiza la primera cópula conyugal entre una parte con conocimiento y su cónyuge sin advertencia (*conyuge amente*). En este caso, la cópula no constituye un acto jurídico ni siquiera en cuanto a la parte que obró con conocimiento y voluntad ya que el acto o es bilateral o no existe: actuaría válidamente una sola parte y consumiría el matrimonio, lo cual es absurdo. Y esto es así porque sin el conocimiento y sin la voluntad de ambas partes, la primera cópula conyugal, sin esos elementos humanos no puede tener eficacia jurídica y queda reducida a simple acción del hombre que no puede tener efectos jurídicos <sup>67</sup>.

La escuela eclesiasticista italiana, insistiendo en unos u otros aspectos de la cópula conyugal, siempre defendió que la cópula conyugal, para que fuera

ficado de hecho cuando el derecho tenga en cuenta el hecho natural como tal, prescindiendo de una voluntad eventualmente concurrente, o bien cuando, pese a considerar la acción del hombre sobre la naturaleza exterior, no valora al hacerlo tanto el acto humano en sí mismo como el resultado de hecho que acarrea, es decir, la modificación objetiva que aporta el estado de cosas preexistente'. E. Betti, op. cit., p. 11.

65 *An matrimonium consummetur...*, cit., pp. 646-47.

66 *Ibid.*, p. 649.

67 *An matrimonium consummetur...*, cit., pp. 649-50.

consumativa del matrimonio, debe ser acto humano. Así D'Avack<sup>68</sup>, Graziani<sup>69</sup> y sobre todo, Fedele.

Fedele se resiste a aceptar la opinión —casi unánime— de que *in matrimonio consumando non requiritur consensus aut usus rationis, ita ut sufficiat etiam copula materialiter peracta quae non sit actus humanus*, tesis que se ha creído segura y pacífica. Y nos dirá también que no se ha tenido en cuenta que fue impugnada por un sector de la doctrina canónica clásica con argumentos que no ofrecían flanco alguno para la crítica y que si se quiere demostrar, con argumentos jurídicos, dicha tesis, no basta con afirmar que el matrimonio se debe considerar consumado una vez que se hayan dado los elementos esenciales de la cópula perfecta o conyugal, sino que hay que demostrar, además, que a estos elementos esenciales es ajeno el elemento volitivo y también que no basta con argüir con la distinción de contratos —para cuyo cumplimiento se exige el elemento volitivo—, y contratos —para cuyo cumplimiento no se requiere dicho elemento— sino que es necesario demostrar que dicha distinción subsiste y que el matrimonio pertenece a esta segunda categoría de contratos.

Es más —dice Fedele— aunque se pueda admitir dicha distinción no se comprende cómo se puede sostener que el matrimonio pertenece a esta segunda categoría de contratos cuando el cumplimiento de la obligación que deriva del contrato matrimonial exija el cumplimiento de los actos de por sí idóneos para la generación de la prole y para la consumación del matrimonio no se requiera el elemento psíquico constituido por la advertencia de la razón y la voluntad de los actos en que consiste la cópula perfecta conyugal<sup>70</sup>.

##### 5. NUEVA VISION DEL MATRIMONIO EN EL CONCILIO VATICANO II: LA COPULA CONYUGAL, PARA QUE SEA CONSUMATIVA DEL MATRIMONIO, HA DE SER ACTO HUMANO EN SI MISMO Y REALIZADA SIN VIOLENCIA FISICA Y CON 'ANIMO MARITALI'

Para que la cópula conyugal sea consumativa del matrimonio, afirma Navarrete, supuestos los elementos anatómicos y fisiológicos de penetración del miembro viril en la vagina de la mujer y eyaculación del semen elaborado en los testículos en la misma vagina por parte del varón, y de recepción del miembro viril y eyaculación en la vagina por parte de la mujer, se requieren y son suficientes los siguientes requisitos: que la cópula conyugal sea acto

68 'Ora, se l'elemento psichico si reduce alla sola voluntas copulandi, intesa come semplice volontà dell'atto, sia pure scevro di qualsiasi altro elemento spirituale, la questione (come è ovvio) si pone, non già nei riguardi del soggetto attivo della copula (il maschio), il quale quella volontà dimostra col semplice fatto di addivenire all'amplesso, bensì per la donna che lo subisce» (Cf. la copula perfecta e la consummatio coniugii nelle fonti e nella dottrina canonistica classica, en RISG (1949) p. 202.

69 'D'altra parte (é appena il caso osserverlo) la copula, in quanto atto bilaterale, non può essere scissa e ritenuta valida per una delle due parti, invalida per l'altra agli effetti della consumazioe del matrimonio' (ED 25, 1975, p. 953).

70 P. Fedele, op. cit., pp. 218-19; también en EIC 18 (1962) pp. 348-49.

humano en sí, que se realice sin violencia física y, por último, que se lleve a cabo con ánimo marital.

Por lo que respecta al primer requisito, siguiendo a los autores precedentes, se exige que la cópula sea acto humano, es decir, acto realizado por el hombre *modo sibi specificè proprio*, a saber, puesto con advertencia de la razón y con libertad de la voluntad, pues si faltare la advertencia de la razón o la libertad de la voluntad, el acto no sería específicamente humano aunque fuera puesto por el hombre ya que la consumación del matrimonio produce tantos y tan graves efectos que no puede decirse que se consuma el matrimonio a no ser por un acto que sea verdaderamente humano, es decir, mediante cópula realizada con advertencia de la razón y con libertad de la voluntad. De ahí que la respuesta del Santo Oficio de 2 de febrero de 1949 merezca, para Navarrete, el siguiente juicio:

'Salvis reverentia et adhaesione decisioni S. Sedis debitis, audeo indicare, hoc responsum, prout sonat, non videri feliciter exprimere veram doctrinam. Nam si effectus illorum mediorum aphrodisiarum, in casu aliquo determinato, eo perveniunt ut «rationis usum actu intercipient» et in illo statu privationis usus rationis copula coniugalis ponatur —quod quidem vis possibile esse videtur—, non apparet quomodo ille actus non humanus sit capax producendi effectos theologicos et iuridicos adeo graves et sacros, qui iure divino ex consummatione promanant' <sup>71</sup>.

La respuesta del Santo Oficio, según Navarrete, parece que ha de entenderse no sólo en cuanto a la total supresión del uso de la razón sino también a aquella perturbación o disminución del uso de la razón, que puede producirse mediante fármacos o bebidas alcohólicas siempre que supriman el uso de la razón.

No es suficiente, según este autor, para explicar el sentido de la respuesta del Santo Oficio, el recurso al *voluntario in causa*, pues aunque es cierto que el *voluntario in causa* es válido para alcanzar unos determinados efectos previstos y, al menos indirectamente atribuir esos efectos al sujeto agente, no es suficiente para aquellos efectos para los que se requiere una cooperación activa e inmediata del agente como, por ejemplo, la celebración del matrimonio etc. Estos actos deben ser *voluntarios en sí mismos*, o sea, puestos con intención actual o, al menos, virtual. Por lo tanto, no pueden ponerse en estado de sueño o de embriaguez. Y a esta clase de acto pertenece la consumación del matrimonio por la naturaleza del acto y los efectos teológicos y jurídicos que se siguen por la consumación <sup>72</sup>.

Parece, por tanto, desprenderse de lo expuesto que el uso de fármacos o de bebidas alcohólicas que no priven totalmente del uso de la razón no enervaría la eficacia jurídica de la primera cópula conyugal.

En cuanto al segundo requisito —que la cópula conyugal sea realizada

71 'De notione et effectibus consummationis matrimonii', en *Periodica* (1970) p. 637.

72 *De notione et effectibus...*, cit., pp. 637-38.

sin violencia física— es claro que el matrimonio no queda consumado, por ejemplo, en el supuesto de la mujer que internamente no quiere la cópula y externamente se resiste cuanto puede porque, en este caso, por parte de la mujer, no hay acto humano sino solamente el hecho externo de la cópula.

Sin embargo, la cuestión se complica en el supuesto de la cópula arrancada por coacción moral o miedo. A este respecto Navarrete distingue entre actos realizados simplemente por miedo y actos realizados bajo el influjo de un miedo tal que llegare a perturbar el uso de la razón. Los primeros son voluntarios *simpliciter* —aunque involuntarios *secundum quid*. La voluntad, aunque coaccionada, elige libremente un acto para librarse de un mal inminente. Los segundos son nulos de pleno derecho, no por el miedo en sí, sino por la entidad del miedo que priva al agente del uso de la razón, requisito esencial para que el acto sea humano. De ahí que Navarrete afirme:

'Mihi videtur cum sententia communi classicorum copulam metu extortam consummare matrimonium, dummodo —et in hoc a sententia communi classicorum discendum puto— metus talis si ut usum perturbet, id est, non impediat ut actus sit vere humanus'.

Se apoya en el principio general del Código que prescribe que los actos realizados por miedo, aunque grave e injusto, valen a no ser que el derecho establezca otra cosa (cáns. 103 y 125, 2 de los Códigos de 1917 y 1983 respectivamente) y como, a diferencia del consentimiento matrimonial (can. 1103), con respecto a la realización de la cópula conyugal, nada se ha establecido en derecho, la cópula arancadra por miedo es consumativa del matrimonio siempre que el miedo no perturbe el uso de la razón porque impediría que el acto fuera verdaderamente humano<sup>73</sup>.

Finalmente, la cópula conyugal ha de realizarse *animo maritali*. Para Navarrete, la cópula conyugal si no se realiza con la advertencia de la conyugalidad —la cópula que se cree fornicaria— no es consumativa del matrimonio al no ser acto específicamente humano. Y dados los efectos psicológicos, teológicos y jurídicos, con la mera posesión del objeto del contrato matrimonial, no parece que pueda hablarse de consumación del matrimonio. Se requiere la posesión por acto plenamente humano. No sería acto humano en cuanto al elemento especificativo *si uterque coniux vel alteruter eorum nescit copulam esse coniugalem*<sup>74</sup>.

Tampoco sería cópula específicamente conyugal la realizada solamente por odio o por el deseo de venganza del otro cónyuge. Sería un acto de voluntad radicalmente opuesto al acto de voluntad con que se ha de poner la cópula conyugal que es acto esencialmente expresivo y perfectivo del amor conyugal. En este supuesto faltaría ese mínimo de amor conyugal que exige el consentimiento matrimonial para realizar una cópula verdaderamente humana<sup>75</sup>.

73 *De notione et effectibus...*, cit., pp. 638-39.

74 *Ibid.*, p. 643.

75 *Ibid.*, p. 645.

6. SUFICIENCIA DEL ACTO HUMANO, VIRTUALMENTE VOLUNTARIO, SIEMPRE QUE NO SEA EXIGIDO POR LA FUERZA FISICA, PARA QUE EXISTA CONSUMACION DEL MATRIMONIO

La nueva normativa aclara que es suficiente, para que exista consumación del matrimonio, el acto humano virtualmente voluntario<sup>76</sup>.

No es de extrañar que la nueva Circular admita la suficiencia del acto virtual pues está conforme a la legislación del Código en materia de consentimiento '*...consensus praesumitur perseverare, donec de eius revocatione non constiterit*' (can. 1107). Presunción que se emplea en el instituto jurídico de la sanación radical, que produce efectos jurídicos tan graves y trascendentes como los que produce el acto virtualmente voluntario en la consumación del matrimonio.

#### IV.—ESTRUCTURA DEL DOCUMENTO

En el nuevo documento se distinguen claramente, aparte del proemio y de la exhortación final, cinco partes: I) Introducción del proceso. II) Desarrollo del mismo. III) Conclusión. IV) Remoción de las cláusulas en el recripto pontificio de dispensa. V) Procedimiento a seguir en caso de respuesta dilatoria o de negativa de la Sagrada Congregación.

El cometido de nuestro trabajo consistirá, en esta parte, en señalar solamente las innovaciones del nuevo documento en relación con la Instrucción *Dispensationis matrimonii* y con lo dispuesto por el Código de Derecho Canónico en relación al proceso matrimonial especial de matrimonio rato y no consumado (cáns. 1697-1706).

##### I) INTRODUCCION DEL PROCESO

Las innovaciones que presenta o las prescripciones que vuelven a ser urgidas en la nueva Circular, complementando el proceso matrimonial especial de dispensa del matrimonio rato y no consumado, expuesto en el Código de Derecho Canónico, en esta fase del proceso, son las siguientes:

<sup>76</sup> *'Virtualis, si procedit a voluntate quae antea habita est et pergit influere, aliquo modo perseverando in effectu, ita ut hic debeatur vi perseveranti motionis quae fuit actualis; sive explicetur voluntas virtualis quasi subconscie actuans, in praesenti, sive, sive dicatur ex consociatione idearum et potissimum ex vi conceptae intentionis inesse nobis facultatem determinandi, sub uno imperandi actu, seriem actionum partialium ad invicem concatenarum...'* (M. Zalba, *Theologiae moralis summa-Theologia fundamentalis*, Madrid 1952, pp. 80-81).

1. AMPLIACION DE LA COMPETENCIA PARA LA INSTRUCCION, MEDIANTE PETICION DE PRORROGA A LA SAGRADA CONGREGACION: ANTE EL OBISPO DEL LUGAR EN DONDE SE HAYAN DE RECOGER LA MAYOR PARTE DE LAS PRUEBAS

Supuesta la competencia exclusiva de la Sagrada Congregación de Sacramentos para tratar las causas de matrimonio rato y no consumado (can. 1698), la Instrucción *Dispensationis matrimonii* concedía a los Obispos diocesanos la facultad de instruir los procesos *super rato* sin necesidad de obtener previamente la delegación de la Sede Apostólica. Esta facultad se concedía desde el día en que entraba en vigor dicha instrucción hasta la promulgación del actual Código de Derecho Canónico. Sin embargo, la citada instrucción no determinaba la competencia del Obispo en cada caso sino que hacía una remisión a los artículos 7 y 8 de las *Regulae Servandae* de 7 de mayo de 1923<sup>77</sup>. Y según dichos artículos, los capítulos de competencia para la instrucción del proceso eran los siguientes:

- El lugar en donde se celebró el matrimonio.
- El lugar del domicilio o cuasidomicilio del orador o, si está ilegítimamente separado, en donde lo tiene la parte demandada.
- El lugar de la residencia actual del orador, si se han de oír allí la mayor parte de las declaraciones<sup>78</sup>.

El can. 1699 del vigente Código de Derecho Canónico restringe la competencia al señalar únicamente como competente el Obispo diocesano del domicilio o cuasidomicilio del orador.

Esta ampliación de la competencia al lugar en donde se ha de recoger de hecho la mayor parte de las pruebas no se concede *a iure* sino como posibilidad de petición de prórroga siempre que dé su consentimiento el Obispo del domicilio o cuasidomicilio del orador, requisito tomado del can. 1673, 4º del Código actual para los procesos de nulidad matrimonial:

'Praeter competentiam ordinariam a iure statutam, singulis in casibus, postulari poterit a Congregatione pro Sacramentis prorogatio competentiae, adeo ut processus celebrari possit in loco in quo de facto colligendae sunt pleraeque probationes, dummodo accedat consensus Episcopi domicilii vel quasi domicilii oratoris'.

77 'Vi huius Instructionis omnes Episcopi dioecesani, pro suo cuiusque territorio, facultate generali processum conficiendi super matrimonio rato et non consummato fruuntur a die quo haec Instructio vigere incipit usque ad CIC recogniti promulgationem, ita ut ipsam non amplius a Sede Apostolica postulare debeant. Qua facultate utentes, iidem Episcopi, prae oculis habitis artt. 7 et 8 *Regularum Servandarum*, praescripta quae sequuntur sedulo servent' (AAS 64, 1972, p. 245).

78 AAS 15 (1923) p. 393.

## 2. MODO DE PROCEDER EN LOS CASOS DE ESPECIALES DIFICULTADES

En el art. 11 de las *Regulae Servandae* se hacía referencia, como caso complicado, tanto en lo jurídico como en lo moral, a la inconsumación del matrimonio por el vicio de onanismo conyugal y se establecía que, si constare que los cónyuges evitaron de modo absoluto la consumación, se suspendiera el proceso a no ser que la parte oratriz demostrare su inocencia o su arrepentimiento con la promesa de no volver a reincidir si contrajera nuevas nupcias<sup>79</sup>.

En la Instrucción *Dispensationis matrimonii* se prescribía que, cuando el Obispo encontrara, antes de incoar el proceso, especiales dificultades de orden moral y jurídico, consultara a la Sagrada Congregación que orientará al Obispo cómo ha de proceder en el caso<sup>80</sup>.

La nueva normativa es mucho más explícita en cuanto que desarrolla el can. 1699,2 del vigente Código de Derecho Canónico y enumera una serie de casos que presentan dificultades especiales a los que se refirió la Instrucción *Dispensationis matrimonii* con los términos genéricos de *Casus vero inconsummationis matrimonii implicatos atque peculiaribus difficultatibus ordinis iuridici vel morales aggravatos*<sup>81</sup>:

'In casibus qui speciales difficultates praebent, v.gr. usus onanisticus matrimonii, admissa penetratio sine eiaculatione, conceptio per seminis absorptionem, foecundatio artificialis et aliae methodi qui ex hodierna scientia medica subvenire possint, praesentia prolis, defectus humani modi in actu consummandi matrimonium, periculum scandali aut dammnorum oeconomorum cum gratiae concessione connexum et alia huiusmodi, Episcopus antequam introductionem processus disponat, ad Congregationem pro Sacramentis recurrat eiusque instructionibus se conformet'.

79 '...constiterit, matrimonii consummationem coniuges omnimode devitasse ex detestabili onanismi vitio, tunc actor vel uterque coniux, si hi concorditer dispensationem petant, sunt monendi, causam non posse institui vel ad ulteriora produci. Quod si orator significet se criminis nullimode fuisse participem, sed depravatos alterius coniugis mores passum esse, aut etiamsi fateatur se non esse obnoxium, ostendat tamen hodie res devenisse ut coniugalis consortio instauratio non sit possibilis ac sincere sit facti paenitens, et serio promittat se in altero coniugio forte inituro huiusmodi nefando facinore nullimode operam esse daturum, tunc iudex rem deferat ad HSC' (AAS 15, 1923, p. 394).

80 'd. Casus vero inconsummationis matrimonii implicatos atque peculiaribus difficultatibus ordinis iuridici vel morales aggravatos Episcopus Congregationi deferat, quae, omnibus mature diligenterque perpensis, quid et quomodo agendum sit cum eodem Episcopo communicabit' (AAS 64, 1972, p. 246).

81 León del Amo distingue entre casos *implicados* y *aggravados* por dificultades peculiares de orden jurídico y moral e incluye entre los primeros '...por ejemplo, si hay cópula con penetración y eyaculación, sin semen testicular; si no hubo penetración alguna, pero hubo concepción «per seminis absorptionem»; si la consumación fue debida a que el orador nunca quiso cohabitar; si la dispensa va a llevar consigo admiración y escándalo; si la prueba de la no consumación ha de ser difícilísima, como en los casos de impotencia psíquica; etc.'. Y entre los segundos señala '...por ejemplo, si la cópula se realizó por violencia o fuerza física a la que no fue posible resistir; si el acto sexual se realizó en estado de juicio totalmente perturbado; si existe prole por fecundación artificial; si la cópula tenida se debió a yacer con la esposa creyendo que era con la que adulteraba; si el acto sexual siempre se realizó con pesarios oclusivos o con vaginas artificiales introducidas antes del acto; si se evitó la consumación por cualquier especie de onanismo' (Cf. 'El proceso de rato según la «Instrucción Dispensationis matrimonii», en IC 14, II, 1974, p. 76).

Es evidente que con la enumeración de estos casos de especiales dificultades no se trata de establecer un *numerus clausus* pues las expresiones *et aliae methodi quae ex hodierna scientia medica subvenire possint* y *et alia huiusmodi* dan a entender que la enumeración es meramente enunciativa o ejemplificativa.

Este deber del Obispo diocesano de recurrir a la Sagrada Congregación de Sacramentos para ajustarse a sus instrucciones, en los casos que presenten especiales dificultades, constituye para unos, una limitación o restricción a la facultad concedida a los Obispos<sup>82</sup>. Para otros no se trata de una limitación o restricción a la facultad delegada para instruir el proceso<sup>83</sup>. A nuestro juicio se trata de una medida disciplinar o de ayuda que grava, de algún modo, la conciencia del Obispo y de su delegado a fin de no demorar, por las especiales dificultades del caso, la concesión de la dispensa a los que reunieron los requisitos para su obtención. La inobservancia de este deber no conllevaría la invalidez ni del proceso ni de la dispensa siempre que se probara el hecho de la inconsumación y la existencia de causa justa, como ya hemos indicado<sup>84</sup>.

### 3. OPCION CONCEDIDA AL OBISPO, EN CASO DE DUDA ACERCA DE LA NULIDAD MATRIMONIAL, PARA SEGUIR LA VIA JUDICIAL O LA ADMINISTRATIVA DE DISPENSA 'SUPER RATO'

En la legislación anterior a la Instrucción *Dispensationis matrimonii*, cuando se acudía a la Sagrada Congregación para obtener la delegación para la instrucción del proceso 'super rato', no se concedía dicha facultad si existía duda sobre la existencia, a la vez, de nulidad matrimonial sino que se indicaba, como más adecuado, el proceso de declaración de nulidad ya que lógicamente no procedía dispensar de un matrimonio que nunca existió.

La Instrucción *Dispensationis matrimonii* concedía al Obispo, si surgía, en el examen de la petición de dispensa super rato, una duda prudente acerca de la validez del matrimonio, aconsejar a la parte que acudiera a la vía judicial para obtener la declaración de nulidad del matrimonio o permitir que se instruyera el proceso de rato y no consumado, siempre que el escrito de preces sobre la no consumación se apoyara en sólido fundamento jurídico<sup>85</sup>. Esta opción concedida no era absoluta sino que debía existir una condición *Si... prudens quoque dubium oriatur...*

La nueva Circular reproduce casi literalmente lo preceptuado en la *Dispensationis matrimonii*:

82 J. Rodríguez González, 'Nuevas normas para los procesos super rato', en REDC 28 (1972) p. 626; M. Bonnet, 'La nouvelle Instruction «Super matrimonio rato et non consumato»', EIC 31 (1975) p. 103.

83 L. del Amo, 'El proceso...', cit., p. 75.

84 Ver nota 26.

85 'e) Si fieri contingat ut ex petitione dispensationis super rato et non consummato examine prudens quoque dubium oriatur circa ipsius matrimonii validitatem, tunc Episcopi erit aut parti oratrici consilium dare ut viam ineat iudiciariam ad nullitatis matrimonii, ad normam iuris, declarationem obtinendam, aut, dummodo preces de matrimonii inconsummationem obtinendam, aut, dummodo preces de matrimonii inconsummatione firmo ac iuridico fundamento nitantur, permittere ut processus instruat super rato et non consummato' (AAS 64, 1972, pp. 246-47).

'3. Si e petitione dispensationis super rato et non consummato prudens quoque dubium oriatur circa matrimonii validitatem, tunc Episcopi erit aut consilium dare coniugibus ut iudicialiter agant, si altera pars velit actionem pro nullitate matrimonii promovere, aut disponere ut processus de inconsummatione instituat, dummodo de eius fundamento constiterit'.

Únicamente se aprecia la salvedad de que la primera alternativa —seguir la vía judicial— no va a depender solamente de la parte oratriz sino también de la otra parte (se entiende la demandada en el proceso que se intenta incoar): si prefiere seguir la vía judicial. Esta innovación tiene su importancia ya que se toma en consideración la actitud de la otra parte que podría preferir la vía administrativa y le cabría el derecho a excepcionar el proceso de nulidad de matrimonio.

4. UNA VEZ RECIBIDO EL ESCRITO DE SOLICITUD DE DISPENSA POR LA PARTE ORATRIZ, SE HA DE NOTIFICAR A LA OTRA PARTE Y, SIEMPRE QUE EXISTIERA ESPERANZA DE RESULTADO POSITIVO, INTENTAR PASTORALMENTE LA RECONCILIACION DE LOS CONYUGES

El número 4 de las nuevas normas del proceso *super rato* establece dos deberes importantes que debe poner en práctica el Obispo. El primero se refiere a la notificación que ha de hacerse a la otra parte nada más recibir el escrito de solicitud de dispensa, y el segundo, intentar, cuando exista esperanza de resultado positivo, la reconciliación de los esposos:

'Recepta dispensationis petitione super rato et non consummato, curet Episcopus ut de eadem certior fiat altera pars et, quotiescumque spes boni exitus appareat, coniuges ad difficultates solvendas et ad coniugalem convictum restaurandum inducantur'.

La notificación a la otra parte no sólo tiene la finalidad de ser oída antes de comenzar el proceso sino también en orden a invitarla a remover las dificultades y a reanudar la vida conyugal si esto fuera posible.

Es cierto que, en la mayoría de los casos, cuando se presenta el escrito de solicitud de dispensa *super rato* ya se han agotado todos los medios antes de decidirse a hacer la petición, es decir, ya ha desaparecido la *affectio coniugalis*. Pero pueden existir casos —y de hecho se han dado—, en que, sin haber cesado por completo el amor conyugal, el intento pastoral de reconciliación dé un resultado positivo y lleve a los esposos a reanudar el consorcio conyugal.

Para ello es necesario que el intento pastoral de reconciliación, en estos casos, se tome más en serio oyendo a las partes por separado y, si se apreciara la esperanza de reconciliación, recibiendo a ambos conjuntamente prestándoles no sólo ayuda y consejos sino, además, proporcionándoles los medios médicos oportunos, psicológicos o de terapia conyugal siempre que fueran honestos y lícitos. Esta función pastoral podría llevarse a cabo, además de por el párroco

de los cónyuges o de otro sacerdote celoso y prudente, como se establecía en las *Regulae Servandae*<sup>86</sup>, por el personal de los Centros de Orientación Familiar, establecidos en muchas diócesis y con resultados positivos. Así el intento de reconciliación de los esposos no se convertiría en un mero trámite ya que en la práctica, en muchas ocasiones, solamente se ha intentado la reconciliación oyendo a la parte que ha presentado el escrito de preces.

Si este deber de intentar la reconciliación de los esposos recae fundamentalmente en el Obispo, aunque éste lo realiza a través del párroco de los cónyuges o de un sacerdote celoso y prudente, esto no quiere decir que por sistema nunca el Obispo ejerza personalmente este deber pastoral<sup>87</sup>.

En relación a la Instrucción *Dispensationis matrimonii*<sup>88</sup>, la nueva Circular introduce una innovación importante: la notificación a la otra parte, una vez recibido el escrito de preces y antes de proceder a la instrucción del proceso.

##### 5. TRANSITO DE LA VIA JUDICIAL A LA ADMINISTRATIVA PRESCINDIENDO DE SI LA NULIDAD DEL MATRIMONIO PUEDE O NO DEMOSTRARSE

En las *Regulae Servandae* se disponía que, si tramitada judicialmente una causa de nulidad de matrimonio por impotencia, constaba, a juicio del tribunal, de la inconsumación del matrimonio pero no de la impotencia, se enviaran los autos juntamente con el escrito de petición de dispensa de uno o de ambos cónyuges a la Sagrada Congregación. Y si no se probaba suficientemente la inconsumación, por lo actuado en el proceso de declaración de nulidad, que se complementara según las normas del proceso *super rato* y se enviaran los autos, plenamente instruidos, a la Sagrada Congregación. Asimismo se establecía que si, en la tramitación de una causa de nulidad matrimonial, por cualquier capítulo, *incidentalmente* surgía una duda muy probable de no haberse consumado el matrimonio, podían una o ambas partes dirigir un escrito de solicitud de dispensa al Romano Pontífice sin tener que enviar a la Sagrada Congregación las preces para la acostumbrada concesión de facultades: se le autorizaba al juez, en virtud de esta prescripción o por delegación 'a iure', para instruir la causa en conformidad con las normas aquí señaladas<sup>89</sup>.

86 '10, 1. Curet Ordinarius, cum factorum et personarum sufficientem notitiam haberit, ut partes inter se reconcilientur, ne abrumptur coniugale consortium, adhibitis prudentiae et pastoralis charitatis officiis et argumentis in casu magis opportunis; nisi rerum et personarum adiuncta huiusmodi experimentum prorsus inutile suadeant. 2. Nedom Ordinarii ad hoc utiliter parochorum operam adhibeant, sed parochi ipsi cum huiusmodi discordiarum aut difficultatum vitae coniugalis notitiam habeant, prouti in singulis casibus prudentia suggesserit, opportune consilia praebeant et exhortationes, ne aditus aperiat dissolutioni consortii coniugalis' (AAS 13, 1923, p. 394).

87 'Con estos deberes, que al mismo tiempo son prerrogativas, no sólo queda enriquecida su potestad de gobierno, sino también resulta más eficaz e inmediata su acción pastoral' (J. Rodríguez González, 'Nuevas normas...', p. 626).

88 'c) Episcopus, antequam processus instruat, de iuridico precum fundamento ac de opportunitate conficiendi processum se certiore reddere debet; idem pariter agere ne omittat, causis aversionis et animorum dissociationis remotis, ut coniugum reconciliationi, quantum fieri possit, faveatur, nisi rerum et personarum adiuncta huiusmodi experimentum inutile esse suadeant' (AAS 64, 1972, p. 246).

89 '3.1. Si tamen iudex competens auctoritate propria iudicium pregerit de matri-

Por la Instrucción *Provida Mater* de 15 de agosto de 1936, en el art. 206, se recoge la anterior disposición aclarando que con el escrito de peticiones y con los autos había de remitirse el voto razonado del tribunal, por el que constara el hecho de la inconsumación del matrimonio y no la impotencia; no se exigía el voto del Obispo, a no ser que fueran insuficientes las pruebas practicadas sobre el hecho de no consumación<sup>90</sup>.

La Instrucción *Dispensationis matrimonii* posteriormente zanjó la cuestión, en los párrafos 2 y 4 de la letra e) estableciendo que eran necesarios, en todo caso, los votos del tribunal y del Obispo:

'...una cum vinculi defensoris animadversionibus ac voto Tribunalis et Episcopi, argumentis firmato sive in iure sive praesertim in facto, ad Congregationem transmittantur ad causam super rato et non consummato definiendam...'

'...Acta omnia deinde, ut supra, sc. cum suetis vinculi defensoris animadversionibus et voto Tribunalis et Episcopi, ad Congregationem transmittantur'<sup>91</sup>.

En el número 7 de las nuevas normas se introduce una innovación importante que tiene sus consecuencias tanto de índole substantiva como procesal: *que ya no se exige que no conste, a juicio del tribunal, de la nulidad del matrimonio por cualquier capítulo*, supuesta la existencia de una duda muy probable de la no consumación del matrimonio *...tribunal, praeteriando an invaliditas matrimonii evinci possit vel non...* Esta enmienda respecto a la *Dispensationis matrimonii* y el can. 1681, 1, del vigente Código de Derecho Canónico, además de ser importante, es más correcta jurídicamente porque exige el consentimiento de ambos y, por tanto la renuncia tácita a la acción o excepción de la nulidad matrimonial. En buena lógica no se podría admitir la petición de dispensa, en este caso, si uno de ellos —demandante o demandado— no diera su consentimiento. Y en cuanto al aspecto procesal, el tribunal puede suspender, por decreto, la tramitación del proceso y pasar a la vía administrativa del proceso *super rato* por la misma razón: haber renunciado ambos a la vía judicial.

monio nullo ex capite impotentiae, et ex eo, non impotentiae, sed nondum consummati matrimonii emerit probatio, omnia acta, una cum libello unius vel utriusque coniugis pro Apostolica dispensatione impetranda, ad Sacram Congregationem transmittantur quae iis uti potest ad sententiam super rato et non consummato ferendam (can. 1963, 2).

2. Si vero probationes de non secuta matrimonii consummatione hactenus instructae, habeantur non sufficientes iuxta normas haec positas, eadem compleantur et acta dein plene instructa ad H.S.C. remittantur.

4. Pariter si in iudicio in prima aut altera instantia peragendo de matrimonii nullitate, ex alio capite (ex. gr. ex defectu consensus, ex vi et metu, etc.) matrimonii nullitas evinci non possit, sed *incidenter* dubium valde probabile emerit de non secuta matrimonii consummatione, tunc integrum est alterutri vel utrique parti, libellum porrigere Romano Pontifici inscriptum, pro dispensatione a matrimonio rato et non consummato; at quin preces ad hanc Sacram Congregationem remittantur pro obtinenda consueta commissione facultatum, fit potestas iudici, vi huius praescriptionis seu ex delegatione a iure, causam instruendi iuxta regulas haec determinatas' (AAS 13, 1923, p. 392).

90 AAS 28 (1936) p. 353.

91 AAS 64 (1972) p. 247.

En cuanto a los demás puntos no difiere de la legislación anterior:

'7. Quoties in instructione causae nullitatis matrimonii quodcumque fuerit caput, dubium valde probabile emerit de non secuta matrimonii consummatione, tribunal, praeteriendo an invaliditas matrimonii evinci possit vel non, rem cum partibus communicet et, accedente consensu utriusque, atque exquisita ab alterutro vel utroque coniuge pro dispensatione super rato et non consummato, decreto suspendit causam nullitatis, complet instructionem pro dispensatione obtinenda ac tandem acta transmittit ad Congregationem pro Sacramentis una cum dispensationis petitione, vinculi defensoris animadversionibus, voto tribunalis et Episcopi'.

6. LA INSTRUCCION DEL PROCESO 'SUPER RATO', YA PRECEDA YA SIGA A LA ACCION DE NULIDAD DE MATRIMONIO, SE LLEVARA A CABO EN EL TRIBUNAL QUE CONOCE DE LA NULIDAD

'5. Instructio processus de inconsummatione sive praecedat sive sequatur actionem pro nullitate matrimonii forte instauratam, semper remittenda erit ad tribunal quod de nullitate videt. Pro instructione huius generis processus Episcopus stabiliter vel in singulis casibus illam tribunali propriae dioecesis vel alienae aut idoneo sacerdoti committat, servatis de iure servandis'.

El número 5 de la nueva Circular desarrolla el can. 1700 de Código vigente y trata de evitar la presentación de demanda de nulidad y de petición de dispensa por inconsumación en la misma diócesis o en diócesis distintas. En este caso la instrucción del proceso *super rato* se realizará en el tribunal que conoce de la nulidad del matrimonio puesto que está en mejores condiciones para —al estar tramitando la nulidad—, conocer acerca de la inconsumación del matrimonio.

Para la instrucción de esta clase de procesos —sigue diciendo el citado número 5— *servatis de iure servandis*, el Obispo encomendará la instrucción del proceso de dispensa *super rato*, establemente o para cada caso, al tribunal de su propia diócesis, al de otra o a un sacerdote idóneo, caundo la petición de dispensa no proviene de la instrucción o de petición judicial para la declaración de nulidad de matrimonio.

Sin entrar ahora en la discusión planteada en los comentarios a la Instrucción *Dispensationis matrimonii* ¿En quienes se subdelega?<sup>82</sup>, la subdelegación puede hacerse también al tribunal regional, provincial, interdiocesano o al de una diócesis vecina que, a juicio del Obispo, reúna las circunstancias de proximidad, cualificación de los miembros del tribunal, de los peritos médicos etc. para una mejor y más rápida tramitación del proceso así como en orden a una mejor atención a las partes y a los testigos.

De siempre, es cierto, ha existido una prevención en no hablar, en la legislación anterior, de *tribunales* y sí de *curia dioecesana*. Así lo recuerda

92 R. Melli, 'Adnotaciones super matrimonio rato et non consummato', ME 98 (1973) p. 152; L. del Amo, 'El proceso...', cit., p. 89.

la Circular de 15 de junio de 1952 señalando como lugar o sede para la instrucción de los procesos *super rato* la *curia diocesana* y no los *tribunales regionales, provinciales o interdiocesanos*<sup>93</sup>, cuestión totalmente zanjada por el citado can. 1700 y por la nueva Circular.

Para que proceda la transferencia o subdelegación al tribunal de otra diócesis, según nuestro criterio, se exige justa causa como, por ejemplo, que el Obispo encuentre dificultades serias para encomendar esta clase de procesos a sacerdotes de su diócesis o por otras circunstancias.

## II) DESARROLLO DEL PROCESO

Al tratarse de un proceso administrativo cobra especial importancia el aspecto moral. Y de ahí también la relevancia que tiene en esta clase de procesos la credibilidad de las partes y de los testigos.

Las innovaciones o prescripciones a tener en cuenta, en esta fase del proceso, son las siguientes:

### 1. LOS TESTIMONIOS DE CREDIBILIDAD Y PROBIDAD DE LAS PARTES Y DE LOS TESTIGOS. EN SU DEFECTO, REQUIERANSE OTROS TESTIMONIOS

'Exquirantur pro posse a parochis testimonia credibilitatis et probitatis partium et testium; si vero illa habere nequeant, alia a Curia perquirantur documenta ad depositiones aestimandas; et haec omnia sedulo in actis referantur'.

El número 8 de la nueva normativa recuerda la obligación que incumbe al instructor de recabar los testimonios de credibilidad y de probidad de las partes y de los testigos.

Aunque es cierto que los informes parroquiales, al igual que otros informes, solamente tienen fuerza indiciaria y adminicular, sí son muy valiosos cuando se fundan en hechos presenciados por los informantes o en datos do-

93 'Sacra haec Congregatio animadvertit in quibusdam dioecesebus *processus super matrimonio rato et non consummato* non iam in *Curiis dioecesanis*, verum in *tribunalibus*, haud semel cum interventu quoque procuratorum et advocatorum, confici.

Ne hoc in posterum eveniat, opportunum retur Sacrum hoc Dicasterium Excellentissimis locorum Ordinariis in mentem revocare hos *processus super rato et non consummato* matrimonio, attenta eorum natura prorsus administrativa, minime confundendos esse cum *processibus iudicialibus super nullitate matrimonii ad tribunalia spectantibus*; sed exclusive ab *Episcopis* se u locorum *Ordinariis*, post obtentam ab hac. S. Congregatione necessariam facultatem, sive per se, sive per sacerdotem subdelegatum *in Curia*, non vero *in tribunali*, esse instruendos.

*Episcopi illarum nationum, in quibus tribunalia regionalia vel provincialia recenter crecta sunt (uti in Italia, in Canada, etc.), ne obligantur talia tribunalia competentia solummodo exstare ad causas nullitatis matrimonii iudicialiter pertractandas; nihil vero innovatum esse post erectionem dictorum tribunalium quoad iura et officia singulorum Episcoporum regionis vel provinciae relate ad processus super matrimonio rato et non consummato conficiendos, quae quidem iura et officia, prout ante erectionem talium tribunalium vigeabant, integra perseverant'* (X. Ochoa, *Leges...*, cit., II, pp. 3042-43, col. 2289).

cumentales. Y, como dice León del Amo, el valor indiciario tiene más aplicación en aquellas causas en las que sea más difícil la prueba directa del hecho controvertido<sup>94</sup>.

Si no fuera posible recabar los testimonios parroquiales de credibilidad y probidad, el instructor ha de hacer lo posible por recoger información por escrito sobre las partes y los testigos por otros medios como, por ejemplo, recabando testimonios de los conciliarios y presidentes de las asociaciones públicas de fieles (cofradías de Semana Santa, tan florecientes en nuestras ciudades), de las Ordenes Terceras, de las empresas etc. para mejor valorar las declaraciones prestadas a tenor de lo establecido en los cán. 1572 y 1679. Y estos informes o testimonios han de adjuntarse a los autos.

## 2. POSIBILIDAD DE QUE UNA DE LAS PARTES O LOS TESTIGOS SEAN OIDOS ANTE NOTARIO PUBLICO O POR OTRO MODO LEGITIMO

'9. Quatenus pars vel testis se sistere ad respondendum coram iudice renuat, licet eos audire etiam per alium ecclesiasticum aut laicum a iudice delegatum aut requirere eorum declarationem coram publico notario vel quovis alio legitimo modo, ut puta per epistulam, dummodo huiusmodi acta secum ferant fidem genuinitatis et authenticitatis'.

Se trata de una innovación ya recogida en el can. 1528. En las *Normae procedurales pro conficiendo processu dissolutionis vinculi matrimonialis in favorem fidei*, en el art. 1, ya se permitía que el Ordinario delegara en un eclesiástico para tomar declaración a una de las partes y a los testigos<sup>95</sup>.

El Código actual, en el canon ya citado, da un paso más, y permite que sean oídos ante un laico o requerir su declaración ante un notario público o por otro modo legítimo<sup>96</sup>.

La nueva Circular es más explícita: entre esos modos legítimos habla expresamente de manifestación o declaración por carta. Pero se trate de éste o de otros modos legítimos posibles, ha de constar no sólo de la genuinidad sino también de la autenticidad de lo declarado o manifestado ...*dummodo huiusmodi acta secum ferant fidem genuinitatis et authenticitatis*.

Con esta facultad se quiere respetar la libertad de aquéllos que rehusaran comparecer ante un juez o instructor eclesiástico. Ahora bien, estos modos legítimos son subsidiarios y se entenderán medios de prueba siempre que merezcan credibilidad de que son auténticos y que responden a la verdad pues no sólo ha de constar al instructor que el documento está hecho, por ejemplo,

94 'Informes probatorios en causas matrimoniales', REDC 28 (1972) p. 351.

95 'Processum, concessioni gratiae dissolutionis matrimonii legitimi permittendum, conficit loci Ordinarius competens iuxta praescriptum Litt. Ap. *Causas matrimoniales*, IV, 1, vel per se, vel per alium ecclesiasticum virum ab eo delegatum. De facta delegatione aut commissione constare debet in actis ad S. Sedem transmittendis' (*Código de Derecho Canónico*, BAC, Madrid 1983, pp. 877-78).

96 'Si pars vel testis sistere ad respondendum coram iudice renuat licet eos audire etiam per laicum a iudice designatum aut requirere eorum declarationem coram publico notario vel quovis alio legitimo modo'.

ante notario (auténtico) sino, además, que lo que se dice en dicho documento (declaración) responde a la verdad, es decir, que están reflejados en el documento el acto (o hecho) y las circunstancias de que se trata de dar fe en la escritura<sup>97</sup>.

3. PRESENCIA DE UN MEDICO, QUE SE DISTINGA POR SU RELIGIOSIDAD, COSTUMBRES Y EDAD PROVECTA, PARA INTERROGAR A LA MUJER QUE ES PARTE EN EL PROCESO

'12. Curet instructor ut in excussione mulieris, quae est pars in causa, adsit medicus qui sit religione, moribus, aetate gravis ex officio deligendus'.

El nuevo documento vuelve a urgir esta prescripción ya establecida en el Decreto *Qua singulari* de 1942<sup>98</sup>.

Además de esas cualidades, si ello fuere posible, debería también distinguirse por su ciencia y experiencia en el campo de la ginecología, sobre todo, tratándose de casos que presenten especiales dificultades por razón del *humano modo*.

Razones no faltarán a la Sagrada Congregación de Sacramentos para volver a urgir esta prescripción pero sorprende el que no se exija en el interrogatorio a la mujer que es parte en el proceso de declaración de nulidad por el capítulo de impotencia, sobre todo, cuando ella es la que presenta la anomalía que motiva dicha impotencia.

*En cuanto al argumento físico*

4. EL INSTRUCTOR PUEDE SERVIRSE DE LOS TRABAJOS DE UNO O VARIOS PERITOS

'15. Instructor unius vel plurium peritorum utatur' (can. 1560, 2).

El instructor está facultado, cuando existan circunstancias especiales y causa justa, para servirse del parecer de un solo perito. Esta será la excepción. No han faltado casos en que, al ser parte en la causa una mujer médico o ayudante técnico sanitario y haber solicitado ésta que la inspección corporal sea realizada por un solo perito médico, el instructor haya considerado causa justa esta circunstancia para ser reconocida por un solo perito.

Pero lo normal es que el instructor se sirva de los dictámenes de dos o varios peritos. Y la innovación en este punto, es la remisión que se hace al can. 1560, 2. Ello quiere decir que está facultado el instructor para, en caso de discrepancia, tener un careo entre ellos para mejor conocer la verdad sobre el hecho.

97 L. Miguélez, 'Los documentos públicos: su genuinidad y fuerza probatoria', REDC 8 (1953) pp. 311-12.

98 '6. Excussio mulieris, quae est pars in causa, paratis ad normam iuris interrogationibus eidem proponendis, semper quidem fiat coram Tribunali, *sed a medico*, qui sit religione, moribus, aetate gravis, ab ipso Ordinario deligendus, omni exceptione maior' (AAS 34, 1942, p. 201).

5. SI PERSISTIERA LA DISCREPANCIA ENTRE LOS PERITOS, EL INSTRUCTOR PODRA DESIGNAR UN 'PERITIOR' O UN 'PERITISSIMUS'

'20. Si periti inter se discrepent, utiliter adhiberi poterit ad rem dirimendam peritior, immo et peritissimus'.

En la jurisprudencia rotal anterior a la promulgación del Código de 1917, en las causas de impotencia, no se permite el dictamen de un solo perito para probar la impotencia<sup>99</sup> y sí se permite al juez prescribir varias pericias<sup>100</sup>.

El Código de 1917, a tenor del can. 1803, 1, solamente permitía al juez, si los peritos no estaban de acuerdo entre sí, solicitar el parecer de otro más perito *peritior* sobre la relación de los primeros o llamar a nuevos peritos<sup>101</sup>.

Un ilustre autor, comentando el can. 1803, 1, en el año 1921, afirma: '*...e se non li creda sufficienti, e trovi discordia essenziale fra i pareri dei periti, ordinare o il voto d'un «periziore», o anche una nuova perizia (non ulteriormente una terza a quarta)*'<sup>102</sup>.

En el proyecto de reforma del Código figuraba el can. 231 que decía: 'Si periti inter se discrepent, licet iudici aut peritioris suffragium super relatis a primis peritis exquirere aut novos de integro peritos adhibere, aut novam peritiam a prioribus peritis communi consilio conficiendam decernere'. Dos Consultores opinaron que se podían suprimir este canon porque en ninguna parte del Código se coarta la facultad del juez en esta materia y fue suprimido<sup>103</sup>. El juez, y en nuestro caso el instructor, podrá recabar del perito cuantos dictámenes necesite para dirimir la cuestión.

Aunque el perito ha de cumplir personalmente su misión no pudiendo delegar en otros —en cuanto al juicio técnico— no así en cuanto a las operaciones preparatorias, como recogida de datos, cálculos, etc. El dictamen, como es obvio, puede ser hecho —sobre todo si se trata del *peritior* o del *peritissimus* colegialmente, como puede ser una Academia, departamento o servicio de Medicina, ya que el juez podrá acudir a este modo cuando el dictamen pericial requiera operaciones o conocimientos científicos especiales<sup>104</sup>.

99 'Unius periti testimonium non sufficit ad huiusmodi integritatem in foro probandam...' (SRRD, vol. 2, dec. 27, p. 285).

100 '...de qua supra, in iudicio coram laico magistratu, et doctorum L. et R. coram ecclesiastico Tribunali; hi omnes in eorum relationibus concluderunt pro impotentia Caroli...' (SRRD, vol. 5, dec. 31, n. 3, p. 359).

101 '§ 1. Si periti inter se discrepent, licet iudici aut peritioris suffragium super relatis a primis peritis exquirere aut novos de integro peritos adhibere'.

102 *Il Monitore Ecclesiastico* (1921) p. 156.

102 'Duo Consultores censent canonem deleri posse, quia facultas iudicis in hac materia nullibi in Codice coarctatur (placet omnibus) (*Comm.* XI, 1979, pp. 123-24).

104 F. López y Zarzuelo, 'La prueba pericial y documental en el proceso canónico', en *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro* (Salamanca 1975) pp. 186-87.

## III) LA CONCLUSION DEL PROCESO

1. LA RELACION DEL INSTRUCTOR SE ADJUNTARA  
A LOS AUTOS DEL PROCESO

'21. Instructor, in conficienda apta relatione, summarium totius processus clare exponat eamque actibus adiungat'.

No estaba claro de la lectura de los cáns. 1704 y 1705 si la relación del instructor debía adjuntarse a los autos del proceso o si solamente se había de entregar junto con las actuaciones practicadas y con el escrito de observaciones del defensor del vínculo al Obispo para que éste confeccionara el Voto *pro rei veritate* a la vista de la relación del instructor.

La nueva Circular manda expresamente que se haga una síntesis clara de todo el proceso, que exponga todo lo favorable y desfavorable en orden a la dispensa del matrimonio rato y no consumado y que se adjunte a las autos. Ni que decir tiene que no se trata de un voto sino de una relación.

2. EL DEFENSOR DEL VINCULO TIENE POR OFICIO PROPONER Y EXPONER  
TODO AQUELLO QUE RAZONABLEMENTE PUEDA ADUCIRSE CONTRA LA CON-  
CESION DE LA DISPENSA

El defensor del vínculo matrimonial tiene una misión fundamental en todos los procesos canónicos, especialmente en los matrimoniales.

El Papa lo ha recordado en estos días: 'Su papel específico al colaborar en el descubrimiento de la verdad objetiva, consiste en la obligación «de proponer y exponer todas las razones que pueden aducirse contra la nulidad» (can. 1432). Dado que el matrimonio, que afecta al bien público de la Iglesia, «goza del favor del derecho» (can. 1060), el papel del Defensor del vínculo es insustituible y de la máxima importancia. Por tanto, su ausencia en el proceso de nulidad del matrimonio hace nulos los actos (can. 1433). Como ya tuve la ocasión de recordar, en los últimos tiempos 'se observan a veces tendencias que desgraciadamente aspiran a redimensionar su papel» (Alocución a la Rota Romana, 28 de enero 1982, AAS, 1982, 449) hasta confundirlo con el papel de otros participantes en el proceso, o a reducirlo a algún insignificante trámite formal, haciendo prácticamente ausente en la dialéctica procesual la intervención de la persona cualificada que indaga, propone y aclara todo lo que razonablemente se puede aducir contra la nulidad, con grave perjuicio para la recta administración de la justicia. Me considero, por ello, en el deber de recordar que el Defensor del vínculo «tenetur» (can. 1432), es decir, tiene la obligación —no la simple facultad— de desarrollar con seriedad su misión específica'<sup>105</sup>.

Ya Pío XII, en 1944, decía a este respecto, también en Alocución a la

105 'Alocución a los Oficiales y Abogados del Tribunal de la Rota Romana', el día 25 de enero de 1988, (*L'Osservatore Romano*' 25-26 enero 1988; original italiano; traducción de *Ecclesia*, 13 de febrero, 198, p. 20 [216]).

Rota Romana: '*Al Difensore del vincolo* spetta di sostenere la existencia ovvero la continuazione del vincolo coniugale, no però in modo absoluto, ma subordinadamente al fine del proceso, que è la ricerca e il risultamento della veritá oggetiva... D'altra parte non si può nemmo esigere dal Difensore del vincolo che egli componga e prepari ad ogni costo una difesa artificiosa, senz'acurarsi se le sue affermazioni abbiano un serio fundamento oppur. Una tale esigenza sarebbe contraria alla sana ragione: graverebbe il difensore del vincolo di una fatica inutile e senza valora; non porterebbe nessun chiarimento, ma piuttosto una confusione della questione; trascinerrebbe dannosamente il proceso per le lunghe. Nell'interesse stesso della veritá e per la dignità del suo ufficio, si deve dunque riconoscere in massima al Difensore del vincolo, ove il caso lo richieda, il diritto di dichiarare: que dopo un diligente, accurato e coscienzioso esame degli atti, non ha rinvenuta alcuna ragionevole obiezione de muovere contro la domanda dell'attore o del supplicante'<sup>106</sup>. Precisión o advertencia que han recogido el can. 1432 del vigente Código '*...omnia quae rationabiliter adduci possint adversus nullitatem vel solutionem*' y el número 22 de la nueva Circular '*...omnia quae rationabiliter adduci possint adversus matrimonii dispensationem*'<sup>107</sup>, y que también nos ha recordado el Papa Juan Pablo II en la citada Alocución<sup>108</sup>.

### 3. EN CUANTO AL VOTO 'PRO REI VERITATE' DEL OBISPO, DOS INNOVACIONES PRESENTA LA NUEVA CIRCULAR

1ª) El Obispo por sí mismo hará el Voto; puede, sin embargo, delegar esta facultad, con carácter estable, en el Vicario General o en el Vicario Episcopal por mandato especial. Pero de algún modo el Obispo hará suyo el voto del delegado.

'a) *Episcopus per se ipsum hoc votum exaret; potest tamen facultatem illud conficiendi generaliter delegare de speciali mandato Vicario Generali aut Vicario Episcopali. Hoc autem in casu, ipse Episcopus suum faciat votum delegati antequam huic Congregationi illud transmittat*'.

Se establece que el Obispo por sí mismo haga el Voto. El es el principal responsable del bien de las almas a él confiadas y, por tanto, a él le corresponde este derecho y la consiguiente obligación. Tiene también este derecho y obligación quien, impedido el Obispo o en sede vacante, legítimamente haga sus veces.

En el caso de sede impedida (can. 412) compete confeccionar el Voto al designado por la Santa Sede o, si no hubiere provisto, al Obispo coadjutor y, en defecto de éste, al Obispo auxiliar o Vicario general o episcopal o al sacer-

106 AAS 36 (1944) pp. 283-84.

107 'Alocución...', cit., *Ecclesia*, p. 20 (216).

108 '22. Defensor vinculi officio tenetur proponendi et exponendi omnia quae rationabiliter adduci possint adversus matrimonii dispensationem' (ME, cit., pp. 426-27).

dote elegido a tenor del can. 413 ya que éste tiene la potestad que por derecho compete a un Administrador diocesano.

En el caso de sede vacante, compete la facultad de confeccionar el Voto al Administrador diocesano y, hasta la constitución de éste, al Obispo auxiliar y si fueran varios, al más antiguo por promoción al Episcopado. Si no existieran Obispos u Obispo auxiliares, al Administrador Apostólico designado por el Colegio de consultores (can. 419). Y en el supuesto de que el Colegio de consultores no hubiera elegido legítimamente al Administrador diocesano en el plazo previsto, corresponde confeccionar el Voto al Administrador diocesano designado por el Metropolitano y dado caso que la sede vacante fuera la metropolitana, o la metropolitana a la vez que una sufragánea, al Administrador diocesano, designado por el sufragáneo más antiguo por orden de promoción al Episcopado (421, 2).

El Obispo diocesano —y quien legítimamente haga sus veces—, puede servirse, en la redacción del Voto, de la ayuda del instructor, con tal de que se forme conciencia del hecho de la no consumación, de la causa justa y de la oportunidad de la concesión de la dispensa.

En la Circular que comentamos se introduce una novedad: El Obispo diocesano puede subdelegar la facultad de confeccionar el Voto *pro rei veritate*, con carácter estable, en el Vicario general o en el Episcopal si les ha dado mandato especial y con la condición, además, de que haga suyo, de algún modo el voto del delegado.

¿De qué modo ha de hacer suyo el Obispo diocesano el voto de su Vicario general o Episcopal, antes de remitir los autos a la Sagrada Congregación de Sacramentos?

Serían suficientes, a nuestro parecer, aquellas fórmulas acostumbradas, según el *stylus o praxis Curiae*, como por ejemplo: *Emmo. y Rvdmo. Sr. Prefecto de la Sagrada Congregación de Sacramentos: Estudiado el Voto de nuestro Vicario general (Episcopal) por el que, a nuestro parecer, se demuestra el hecho de la no consumación del matrimonio, en el caso, y son ciertas las causas alegadas, por lo actuado y probado. Por lo tanto, hacemos nuestro dicho Voto y lo recomendamos, salvo el mejor parecer de esa Sagrada Congregación de Sacramentos. O, simplemente: 'Son verdaderas las causas y creemos que debe concederse la dispensa solicitada, salvo el mejor parecer de esa Sagrada Congregación de Sacramentos'* Firma del Obispo.

¿Puede el Administrador diocesano, o quien legítimamente haga sus veces, delegar la facultad de confeccionar el Voto *pro rei veritate*?

Creemos que no. La nueva Circular no lo contempla. Por otra parte, aunque el Administrador diocesano tiene la potestad de régimen del Obispo diocesano, tiene limitada dicha potestad *'...iis exclusis quae ex rei natura aut ipso iure excipiuntur'* (can. 427, § 1).

Además, el Administrador diocesano no tiene facultad para nombrar Vicario General o Episcopal, que son los oficios eclesiásticos en los que recae tal delegación ni conceder mandato especial para los casos en que son nece-

sarias facultades especiales ya que el can. 428, § 1 establece el principio de *Sede vacante nihil innovetur*.

2ª) En los casos de tránsito de la vía judicial a la administrativa, el Obispo del Tribunal Regional o Interdiocesano confeccionará el Voto 'pro rei veritate', pero antes consultará con el Obispo de la parte oratriz, al menos, acerca de la oportunidad de la concesión de la dispensa pontificia.

'b) In causis in quibus fit transitus a via iudiciaria ad viam administrativam, votum pro rei veritate conficiatur ab Episcopo partis oratricis consilia conferat, saltem de opportunitate petitam dispensationem concedendi. Quodsi vero causa nullitatis apud Tribunal Dioecesanum pertracta fuerit, votum pro rei veritate ab Episcopo competenti exaretur'.

Aunque no recogida esta prescripción en el Código vigente de Derecho Canónico, no es totalmente nueva ya que así se establecía en la Circular de 15 de junio de 1952<sup>109</sup> y posteriormente pasó a la Instrucción *Dispensationis matrimonii*<sup>110</sup>. La razón principal de que, en todo caso, se consulte al Obispo de la parte oratriz que impetra la dispensa, además del carácter jurídico, es de índole pastoral ya que es el máximo responsable del *bonum animarum* y él, mejor que nadie, puede conocer si de la concesión de la dispensa puede seguirse escándalo en la diócesis en donde reside la parte oratriz.

#### IV) REMOCION DE LAS CLAUSULAS ANEXAS EN SU CASO EN EL RESCRIPTO PONTIFICIO DE DISPENSA

La nueva Circular, en los números 24 y 25, simplifica las normas recogidas en la Instrucción *Dispensationis matrimonii* que se refieren a la remoción de las cláusulas puestas en el rescripto de la dispensa pontificia.

La dispensa pontificia *super matrimonio rato et non consummato* puede concederse de forma absoluta. En este caso las partes, una vez ejecutado el

109 'In casibus de quibus ad art. 206 Instruktionis *Provida* (AAS, 27, pp. 313 seqs.) (LE. 1347), quando nempe a processu iudiciario nullitatis matrimonii ad processum administrativum dispensationis rite fit transitus, omnia exacte servantur quae illic sunt statuta; advertendo tamen ut Archiepiscopus tribunalis regionalis vel provincialis, in adiunctis de quibus in altera parte paragraphi primae et in paragrapho secunda praefati articuli; antequam suum votum redigat, ab Episcopo proprio coniugum vel partis oratricis, saltem de absentia scandali in casu certior factus sit' (X. Ochoa, *Leges...*, cit., n. 7, pp. 3043-44).

110 'In causis autem sive nullitatis matrimonii, quorum acta ad Congregationem pro dispensationis gratia transmittantur (cf. n. I, e) sive inconsummationis, quae cum competentiae prorogatione instruantur (cf. n. II, a), Archiepiscopus seu Metropolitae sedis Tribunalis regionalis aut provincialis aut interdiocesani aut interritualis vel Episcopus diocesis aut eparchiae vicinioris, antequam votum suum describat, opportune cum Episcopo partis oratricis, cui notae sunt suae diocesis aut eparchiae condiciones, consilia conferat saltem de scandali absentia ex pontificiae dispensationis gratia forte orituri. Episcopus vero si iudicaverit scandalum sine fundamento seu arte oriri vel ortum esse, tunc pastorali cura opportunisque modis illud cohibere vel continere nitatur' (AAS 64, 1972, p. 250).

rescripto, pueden contraer nuevas nupcias. Así lo establece la citada Instrucción *Dispensationis matrimonii*<sup>111</sup>.

Es frecuente, sin embargo, que se conceda la dispensa pontificia, con alguna cláusula, por la que se prohíbe el paso a nuevo matrimonio a uno o a ambos cónyuges, si previamente no se obtiene la remoción de la cláusula.

Las cláusulas que, en este caso, establecía la Instrucción *Dispensationis matrimonii* eran las de: a) *Ad mentem*, en cuyo caso, la *mens Episcopi* era explicitada de diverso modo, según las circunstancias especiales de cada caso y la concreta responsabilidad de uno u otro de los cónyuges o de los dos en la infelicidad y la no consumación del matrimonio; o b) *vetito transitu ad novas nupcias*<sup>112</sup>.

### 1. LAS CLAUSULAS 'AD MENTEM' Y 'VETITO TRANSITU AD NOVAS NUPTIAS' EN LA INSTRUCCION 'DISPENSATIONIS MATRIMONII'

La Instrucción *Dispensationis matrimonii* explica la diferencia que existe entre una y otra cláusula teniendo en cuenta los motivos que las originan así como la autoridad a quien compete la remoción de las mismas.

Como el contenido de las cláusulas es el mismo en la Instrucción *Dispensationis matrimonii* y en la nueva Circular ya que en ésta se hace una remisión a aquélla, nos referiremos a una y otra cláusula y a los pequeños matices que se señalan en el nuevo documento.

La cláusula *Ad mentem*<sup>113</sup> se suele poner en razón de dos clases o tipos de motivos, unos que impiden la consumación del matrimonio por factores leves de naturaleza física o psíquica como, por ejemplo, cierta debilidad sexual, imposibilidad de caracteres debida psicológica y moralmente a la imposibilidad de consumar el matrimonio, leves alteraciones de tipo sexual que hacen molesta la cópula sexual y que pueden ser corregidos con tratamiento médico etc., y otros por factores de orden moral como, por ejemplo, falta de amor o pérdida de la 'affectio coniugalis', uso onanístico o anticonceptivo del matrimonio etcétera. Ejemplos concretos de cláusulas *Ad mentem*, por los motivos señalados con su explicitación, suelen ser del siguiente tenor: '*Affirmative et ad mentem: mulier ad alias nupcias ne admittatur nisi ope medici ac consulto Ordinario, apta retineatur ad officia coniugalia rite exercenda*' y '*Affirmative et ad men-*

111 'Concessa pontificia dispensatione super vinculo matrimonii non consummati, coniugibus ad alias nuptias transire fas, dummodo transitus ille ne prohibeatur' (AAS 64, 1972, p. 251).

112 '...Quae prohibitio duplici modo exprimi potest: Clausula «ad mentem» (et hoc in casu «mens» diversa esse potest ac opportune explicatur) vel clausula «vetito»' (AAS 64, 1972, p. ibid.).

113 'a) Clausula verbis «ad mentem» expressa, quae prohibitoria est, apponi solet quoties factum inconsummationis e causis minoris momenti pendeat; eius remotio committitur Episcopo, ita ut fidelium pastoralibus necessitatibus expeditius provideatur. Episcopus autem partem, clausulae remotionem postulantem, ad novum coniugium ne admittat nisi, praescriptis regulis servatis, ipsa ad matrimonialia onera sustinenda revera apta inveniatur ac se in posterum honesto et christiano more officia coniugalia esse executuram promiserit' (AAS 36, 1972).

*tem; mens est quod vir, antequam ad novas nuptias celebrandas admittatur, iuret coram Ordinario se matrimonialibus officiis prorsus satisfacturum esse*'.

La cláusula *vetito transitu ad novas nuptias* responde a motivos más graves que impiden la consumación del matrimonio y que por ellos la Santa Sede impone el veto formal del nuevo matrimonio reservándose la remoción de dicha cláusula. Son defectos físicos o psíquicos que constituyen una *cierta* incapacidad, con frecuencia de carácter reactivo, para una normal cópula conyugal y, por tanto, para consumir el matrimonio. Estos defectos psíquicos o físicos de mayor gravedad suelen consistir en psicosis genital, insuficiente erección por parte del varón etc. Ejemplo concreto de dicha cláusula suele ser: '*Affirmative, vetito tamen mulieri transitu ad alias nuptias inconsulta hac Sacra Congregatione*'.

En este supuesto, la parte o partes a quienes les interesa les sea removido dicho veto, ha de solicitarlo a la Sagrada Congregación de Sacramentos y ésta, previo el reconocimiento físico de la parte y el parecer o voto del Ordinario sobre la oportunidad de autorizar nuevo matrimonio y siempre que sea considerada por los peritos apta para realizar el acto conyugal, puede autorizar el matrimonio removiendo la prohibición<sup>114</sup>.

Para proceder a la remoción de esta cláusula reservada a la Sagrada Congregación, se ha de hacer mediante procesículo, cuyos trámites costumbrados son los siguientes:

1º) Solicitud de la parte interesada a la Sagrada Congregación adjuntando al escrito de solicitud cuantas pruebas realizadas obren en su poder y los documentos pertinentes para probar que el defecto físico o psíquico que se padecía ha desaparecido y que, por tanto, es apta para la realización normal de la cópula sexual según las reglas de la moral cristiana.

2º) La Sagrada Congregación comisiona al Obispo diocesano, da instrucciones, manda que se designe un perito, el cual, previo juramento, reconoce al solicitante e informa, según los artículos redactados por la misma Congregación, o por el Defensor del Vínculo o Promotor de la justicia teniendo a la vista los autos del proceso *super rato et non consummato*.

3º) El Obispo diocesano da su parecer o voto, previo el escrito de observaciones del Defensor del vínculo. Todo el procesículo se remite a la Sagrada Congregación y ésta resuelve o bien delega en el Obispo para que éste resuelva.

4º) Finalmente, si se accede a la remoción del veto, se anotará en los libros parroquiales y el peticionario podrá contraer nuevas nupcias. En caso de negativa, podrá instar de nuevo la remoción del veto y demostrar que las

<sup>114</sup> 'b) Peculiaribus autem in casibus, quando sc. inconsummationis ratio fuerit defectus physicus vel psychicus maioris momenti et gravitatis, «vetitum» pro aliis nuptiis apponi potest...; eiusdemque remotio Sedi Apostolicae reservatur. Venia autem alias nuptias ineundi conceditur si pars oratrix, praevia petitione Congregationi adhibita et impletis praescriptis condicionibus, idonea ad actus coniugales rite exercendos iudicetur' (AAS 36, 1972).

condiciones de curación se han verificado y que se han cumplido las prescripciones impuestas<sup>115</sup>.

Según la Instrucción 'Dispensationis matrimonii' se deja al juicio del Obispo diocesano y a su responsabilidad pastoral el informar, acerca de una y otra cláusula prohibitorias, una vez removidas, a la otra parte con la que se pretende contraer, sopesadas todas las circunstancias por ser el Pastor y quien mejor conoce su diócesis<sup>116</sup>.

El profesor García Barberena, recientemente fallecido, y con la agudeza que le caracterizaba, hablando del criterio diferenciador de los dos tipos de cláusulas opina que, según el texto, es la diversa importancia de la razón que fundamenta la cláusula, criterio muy discutible, pues al parecer lo que decide el tipo de cláusula que hay que imponer es la culpabilidad o inculpabilidad del motivo por el que el matrimonio no se ha consumado diciendo que se comprende que al levantar la cláusula *ad mentem* se pida promesa de comportamiento conyugal honesto y cristiano y señala un caso real: el de una mujer con aficiones lésbicas que se casa por motivos económicos y sociales y no consumó el matrimonio alardeando de virginidad y que, según su parecer, el Obispo debería avisar a quien intentara nuevas bodas con esa mujer ignorando su conducta anterior<sup>117</sup>.

El número 24 de la nueva Circular simplifica lo relativo a la cláusula *vetito transitu ad alias nuptias* que responde a motivos más graves:

'24. Si remotio clausulae, in rescripto appositae, Congregationi pro Sacramentis relinquatur et pars, cuius praefata clausula interest, velit ad novas nuptias transire, Episcopus ad hoc Dicasterium rem deferat eiusdemque instrucciones executioni mandare velit»<sup>118</sup>.

Creemos que del tenor de esta prescripción se ha de proceder como hemos expuesto anteriormente en el caso de la cláusula *vetito transitu ad novas nuptias* reseñada en la Instrucción *Dispensationis matrimonii*.

El número 25 hace referencia a la cláusula *ad mentem*. Pero existe una innovación: se sigue encomendando al Obispo diocesano la remoción de la cláusula pero deberá tener en cuenta y seguir las instrucciones expresamente señaladas en el rescripto de dispensa —por las especiales dificultades o peculiaridades del caso— y además no admitirá a la parte a nuevo matrimonio a no ser que, por la inspección del médico perito, se asegure con certeza de la aptitud de la parte para cumplir los oficios conyugales o que reciba de la parte sería promesa de cumplir con las obligaciones conyugales:

'25. In auferendis clausulis, quarum remotio Episcopo dioecesano com-

115 L. del Amo, 'El proceso...', cit., p. 122.

116 'Episcopi iudicio eiusque pastoralibus considerationibus relinquatur de hac re vel illa clausula in rescripto dispensationis apposita ac postea remota certiorum reddere partem, quacum novum matrimonium iniri contenditur' (AAS 36, 1972).

117 'La dispensa del matrimonio rato y no consumado. Problemas generales. Entrevista con Tomás García Barberena', en IC 14, II (1974) p. 141.

118 ME 112 (1987) p. 427.

mititur, idem instrucciones in rescripto dispensationis enucleatas perpendat et partem ad alias nuptias ne admittat nisi, per medici inspectionem, certior fiat de illius aptitudine ad officia exercenda aut ab illo seriam promissionem receperit de iisdem debite adimplendis' <sup>119</sup>.

#### V) RESPUESTAS DILATORIAS O NEGATIVAS DE LA SAGRADA CONGREGACION DE SACRAMENTOS

Los dos últimos números de la Circular se refieren a los supuestos de respuesta dilatoria o negativa por parte de la Sagrada Congregación a lo actuado y probado en el proceso *super rato et non consummato*.

No hace otra cosa el nuevo documento que recoger lo establecido en el Código vigente (can. 1705, §§ 1 y 2):

'27. § 1. Si Congregationis iudicio, requiratur supplementum instructionis ad assertam non consummationem probandam, id Episcopo significabitur simulque elementa indicabuntur ad illud explendum'.

'27. § 2. Etsi Congregatio rescripserit «ex deductis non constare de inconsummatione», semper datur facultas partibus perpendendi, suffultis quidem iurisperiti auxilio, «num quid grave possit adduci ad petitionem denuo proponendam»' <sup>120</sup>.

En cuanto al primero de los supuestos, si a juicio de la Sagrada Congregación, se requiere un suplemento para completar los autos, se hará saber al Obispo, al que se indicarán los aspectos sobre los que debe versar el suplemento, que puede referirse al hecho de la no consumación, a la justa causa o bien a los motivos que originan en una o en ambas partes la incapacidad o culpabilidad de la no consumación del matrimonio en orden a establecer las cláusulas de prohibición o qué cláusula se ha de imponer.

Por lo que respecta al segundo supuesto, respuesta negativa, si la Sagrada Congregación declara que por lo deducido no consta de la inconsumación, faculta a las partes, por medio del asesor o jurisperito, examinar los autos del proceso, no el Voto del Obispo, y examinar si puede aducirse algún motivo grave que permita presentar de nuevo la petición de dispensa.

Este motivo grave puede referirse a la imposibilidad de no haber podido presentar algún testigo o testigos o documentos sin culpa del interesado o interesados y siempre que exista *fumus boni iuris* para presentarla de nuevo. La razón de esto es que en el Ordenamiento Canónico tiene especial importancia el principio de que *las causas sobre el estado de las personas nunca pasan a cosa juzgada*, a tenor del can. 1643 y que, por analogía, puede aplicarse, por la benignidad de la Iglesia, al proceso *super rato*.

119 Ibid.

120 ME 112 (1987) p. 428.

## V.—CONSIDERACIONES FINALES

## 1. SINTESIS

Nos viene dada por el epílogo o exhortación final del nuevo documento: 'Curent demum Episcopi ut hisce magni ponderis instruendis causis, circumspecte quidem et caute, at simul naviter et, quoad fieri poterit, expeditè procedatur, ne cum gravi partium detrimento inutiles interponantur morae'<sup>121</sup>.

Esta Circular se presenta como la vía más expedita para la ordenación completa de toda la materia procesal en el proceso 'Super matrimonio rato et non consummato'<sup>122</sup>.

Constituye una valiosísima ayuda para los Obispos y miembros de la curia o de los tribunales para la recta tramitación de los procesos de dispensa de matrimonio rato y no consumado porque enseña qué normas se han de tener en cuenta y su concreta valoración global '...las normas propias se han de complementar con las que pertenecen al proceso contencioso ordinario y al proceso de nulidad matrimonial siempre que puedan compaginarse con la índole especial de estos procesos' (*circumspecte*).

Pide especial atención al nuevo elemento volitivo de la consumación del matrimonio *humano modo* y advierte cómo se ha de proceder en los casos que presentan especiales dificultades como '*usus onanisticus matrimonii, admissa penetratio sine eiaculatione, conceptio per seminis absorptionem, foecundatio artificialis el aliae methodi quae ex hodierna scientia medica subvenire possint...*', así como en la remoción de la cláusula prohibitoria encomendada a los Obispos etcétera y en las instrucciones que han de seguir los Obispos en la remoción de las cláusulas reservadas a la Sagrada Congregación (*et caute*).

Establece cómo se ha de proceder cuando en la solicitud de dispensa surge una duda muy probable acerca de la nulidad del matrimonio o cuando procede el tránsito de la vía judicial a la administrativa...; se da posibilidad de designar *peritior* o *peritissimus* así como el que el proceso se instruya en el tribunal regional o interdiocesano, el que una de las partes o los testigos puedan ser oídos por un delegado laico o ante notario público; posibilidad también de que, en caso de respuesta negativa por parte de la Sagrada Congregación, se pueda presentar de nuevo petición de dispensa si existen motivos graves etc. (*naviter*).

Todas estas innovaciones o prescripciones, si se ponen en práctica, darán como resultado el que los procesos *super rato* sean instruidos con mayor rapidez evitando demoras innecesarias (*expeditè*).

121 ME cit., p. 428.

122 R. Melli, 'Breve commentarium ad Litteras Circulares «De processu super matrimonio rato et non consummato», missas a Congregatione pro Sacramentis die 20 decembris 1986', en ME 112 (1987) p. 430.

## 2. JUICIO CRITICO GLOBAL

El juicio que nos merece esta Circular es *muy positivo* porque:

a) Viene a llenar un vacío legislativo después de la promulgación del nuevo Código de Derecho Canónico clarificando puntos oscuros en la instrucción del proceso *super matrimonio rato et non consummato*.

b) Reúne las características de seriedad y prudencia a la vez que de humanidad para aplicar la norma canónica con el rigor del derecho mitigado por el principio de equidad en los aspectos meramente procesales.

c) Introduce la participación de los laicos para colaborar en la instrucción del proceso *Super rato*.

d) Finalmente, las presentes *Litterae circulares* son una ayuda inestimable no sólo para los Obispos sino también para los fieles que, en circunstancias difíciles, deben ser objeto de primordial atención para los Procesos y para el Derecho de la Iglesia que tiene como fin preferente la *salus animarum*.

F. LOPEZ ZARZUELO  
Universidad de Valladolid

APENDICE  
CONGREGATIO PRO SACRAMENTIS:

LITTERAE CIRCULARES  
'DE PROCESSU SUPER MATRIMONIO RATO ET NON CONSUMMATO' \*

Congregatio pro Sacramentis, propter gravitatem sui muneris consilium praestandi Summo Pontifici ad dispensationem concedendam super matrimonio rato et non consummato, pastorali sollicitudine semper praesto esse satagebat Episcopis in officio instruendi processus huius generis, modo edendo regulas servandas<sup>1</sup>, modo varias instructiones conficiendo<sup>2</sup>.

Maior hisce temporibus impellit necessitas suppeditandi Episcopis concretas normas ad instructionem faciendam 'quoad rem' post promulgationem Novae Disciplinae De Processibus, qua et Processus ad dispensationem super matrimonio rato et non consummato<sup>3</sup> ex integro ordinatur.

Quapropter votis obsequens Em.morum ac Exc.morum Patrum Congregationis Plenariae Dicasterii habitae mense Aprili labentis anni, opportunum duxit haec Congregatio per praesentes Litteras Circulares praecipuas recollere regulas ad utiliter intelligendas et exsequendas normas de quibus agitur.

Normae quae expresse de rato et non consummato tractant<sup>4</sup> praesupponunt illas generales de iudicio contentioso ordinario et peculiare de processu circa nullitatem matrimonii<sup>5</sup>.

Quapropter in instructione processuali normae propriae erunt complendae cum aliis quae ad contentiosum ordinarium vel ad causas nullitatis matrimonialis pertinent, dummodo cum horum processuum indole componi queant<sup>6</sup>.

Sedulam attentionem Episcopus praestare velit ad novum elementum requisitum pro consummatione matrimonii, scilicet 'quod coniuges inter se humano modo posuerunt coniugalem actum...'<sup>7</sup>. Iuxta conclusiones Congregationis Plenariae supra memoratae atque a Summo Pontifici probatas, ad solvendo casus sibi submisos haec Congregatio sequenti modo easdem accipit, scilicet ad habendam consummationem matrimonii oportet ut actus sit humanus ex utraque parte, sed sufficit ut sit virtualiter voluntarius, dummodo non violenter exigitur. Cetera elementa psychologica, quae actum humanum faciliorem vel amabiliorem reddunt, non attenduntur.

DE INTRODUCTIONE PROCESSUS

1. Praeter competentiam ordinariam a iure statutam<sup>8</sup>, singulis in casibus, postulari poterit a Congregatione pro Sacramentis prorogatio competentiae, adeo ut processus

\* Comm 20 (1988) 78-84.

1 Cf. Decr. '«Catholica Doctrina» et «Regulae Servandae in processibus super matrimonio rato et non consummato», diei 7 Maii 1923 (AAS 15, 1923, pp. 389-413).

2 Cf. 'Litterae ad Exc.mos Archiepiscopos, Episcopos atque locorum Ordinarios', diei 15 Junii 1952 (prot. n. 4380/52, non publicata). Cf. Instr. *Dispensationis Matrimonii*, diei 7 Martii 1972 (AAS 64, 1972, pp. 244-52).

3 Lib. VII, Pars II, Pars III, capp. I, III.

4 Cf. can. 1697-1706.

5 Cf. cann. 1501 ss.; 1671 ss.

6 Cf. can. 1702.

7 Can. 1061 § 1.

8 Cf. can. 1699 § 1.

celebrari possit in loco in quo de facto colligendae sunt pleraeque probationes, dummodo accedat consensus Episcopi domicilii vel quasi domicilii oratoris.

2. In casibus qui speciales difficultates<sup>9</sup> praebent, v.g. usus onanisticus matrimonii, admissa penetratio sine eiaculatione, conceptio per seminis absorptionem, foecundatio artificialis et aliae methodi quae ex hodierna scientia medica subvenire possint, praesentia prolis, defectus humani modi in actu consummandi matrimonium, periculum scandali aut damnorum oeconomicorum cum gratiae concessionem connexum et alia huiusmodi, Episcopus antequam introductionem processus disponat, ad Congregationem pro Sacramentis recurrat eiusque instructionibus se conformet.

3. Si e petitione dispensationis super rato et non consummato prudens quoque dubium oriatur circa matrimonii validitatem, tunc Episcopi erit aut consilium dare coniugibus ut iudicialiter agant, si altera pars velit actionem pro nullitate matrimonii promovere, aut disponere ut processus de inconsummatione instituat, dummodo de eius fundamento constiterit<sup>10</sup>.

4. Statim ac recepta dispensationis petitione, curet Episcopus ut de eadem certior fiat altera pars et, quotiescumque spes boni exitus appareat, coniuges ad difficultates solvendas et ad coniugalem convictum restaurandum inducantur<sup>11</sup>.

5. Instructio processus de inconsummatione sive praecedat sive sequatur actionem pro nullitate matrimonii forte instauratam, semper remittenda erit ad tribunal quod de nullitate videt<sup>12</sup>. Pro instructione huius generis processus Episcopus stabiliter vel in singulis casibus illam tribunali propriae dioecesis vel alienae aut idoneo sacerdote<sup>13</sup> committat, servatis de iure servandis.

6. Iurisperitus ab Episcopo admissus, ad normam iuris<sup>14</sup>, munera propria patroni, in causis nullitatis matrimonii recensita<sup>15</sup>, exercere non valet, sed tantummodo eius erit partes iuvare ad causam introducendam, ad probationes colligendas, et, in casu exitus negativi causae, ad eandem iterum proponendam servatis servandis<sup>16</sup>.

7. Quoties in instructione causae nullitatis matrimonii, quodcumque fuerit caput, dubium valde probabile emerit de non secuta matrimonii consummatione, tribunal, praeteriundo an invaliditas matrimonii evinci possit vel non, rem cum partibus communicat et, accedente consensu utriusque, atque, exquisita ab alterutro vel utroque coniuge petitione pro dispensatione super rato et non consummato, decreto suspendit causam nullitatis, complet instructionem pro dispensatione obtinenda ac tandem acta transmittit ad Congregationem pro Sacramentis una cum dispensationis petitione, vinculi defensoris animadversionibus, voto tribunalis et Episcopi<sup>17</sup>.

Ad votum Episcopi quod attinet, nihil obstat quominus ille sequatur votum ipsius tribunalis, eidem subscribendo, in tuto posita existentia iustae et proportionatae causae pro dispensationis gratia et absentia scandali ex parte fidelium<sup>18</sup>.

9 Cf. can. 1699 § 2.

10 Cf. Instr. *Dispensationis Matrimonii*, cit. I, e.

11 Cf. cann. 1678, 1695.

12 Cf. can. 1700 § 2.

13 Cf. can. 1700 § 1.

14 Cf. can. 1701 § 2.

15 Cf. cann. 1481-1490; 1678.

16 Cf. can. 1705 § 3.

17 Cf. can. 1681; Cf. infra num. 23b.

18 Cf. 1704 § 1.

## DE EVOLUTIONE PROCESUS

*Quoad argumentum morale*

8. Exquirantur pro posse a parochis testimonia credibilitatis et probitatis partium et testium; si vero illa haberi nequeant, alia a Curia perquirantur documenta ad depositiones aestimandas; et haec omnia sedulo in actis referantur<sup>19</sup>.

9. Quatenus pars vel testis se sistere ad respondendum coram iudice renuat, licet eos audire etiam per alium ecclesiasticum aut laicum a iudice delegatum aut requirere eorum declarationem coram publico notario vel quovis alio legitimo modo, ut puta per epistulam, dummodo huiusmodi acta secum ferant fidem genuinitatis et authenticitatis<sup>20</sup>.

10. Absentia a iudicio partium ad normam iuris declarata<sup>21</sup> ex actis constare debet<sup>22</sup>.

11. Instructor, partibus et testibus iuramento de veritate dicenda delato ad normam iuris<sup>23</sup>, eos interroget super quaestionibus a seipso vel a vinculi defensore paratis<sup>24</sup>, servato modo praescripto<sup>25</sup>. Interrogationes, vero, respondeant requisitis a iure recensitis<sup>26</sup>.

12. Curet instructor ut in excussione mulieris, quae est pars in causa, adsit medicus qui sit religione, moribus, aetate gravis ex officio deligendus<sup>27</sup>.

13. In aestimandis testibus, quorum numerus non amplius computantur, ut v.g. 'septimae manus', instructor consideret criteria in iure statuta<sup>28</sup>, atque, si opus sit, testes de ipsarum partium credibilitate adhibeat<sup>29</sup>.

14. Omnia quae ad causam rite cognoscendam utilia videantur et sint licita, adduci possunt<sup>30</sup>.

*Quoad argumentum physicum*

15. Instructor unius vel plurium peritorum opera utatur<sup>31</sup>.

16. Peritus, emisso iuramento<sup>32</sup>, in explendo suo munere praescriptis canonicis se conformet<sup>33</sup>. Illo remittenda sunt acta causae aliaque documenta et subsidia quibus egere potest ad suum munus fideliter adimplendum<sup>34</sup>.

19 Cf. cann. 1572, 1679.

20 Cf. can. 1528.

21 Cf. can. 1592 §§ 1, 2.

22 Cf. can. 1509.

23 Cf. can. 1532.

24 Cf. cann. 1530, 1533.

25 Cf. can. 1561.

26 Cf. can. 1564.

27 Cf. Congr. S. Off., Decr. *Qua singulari*, diei 12 Junii 1942 (AAS 34, 1942, n. 6, 201).

28 Cf. can. 1572.

29 Cf. can. 1679.

30 Cf. can. 1527 § 1.

31 Cf. can. 1560 § 2.

32 Cf. can. 1454.

33 Cf. can. 1578 § 2.

34 Cf. can. 1577 § 2.

17. Iudex potest disponere interrogationes perito deferendas ad explicaciones, quae ulterius necessaria videantur, obtinendas<sup>35</sup>.

18. Corporalis coniugum inspectio adhibenda est, si necessaria est ad iuridicam facti inconsummationis probationem assequendam. Eadem omitti poterit si, instructoris iudicio, plenissima iam habeatur probatio de inconsummatione per morale argumentum. Urgenda non erit si, ex inspectione viri, constiterit de eius incapacitate ad matrimonium consummandum et si mulier inspectionem recusaverit: quo in casu illa moneatur de iuridicis suae recusatationis consecrariis<sup>36</sup>.

19. Inspectiones medicae privatim effectae, possunt, si instructor id censeat, assumi in actis et, si oportet, explicari<sup>37</sup>.

20. Si periti inter se discrepent, utiliter adhiberi poterit ad rem dirimendam peritior, immo et peritissimus.

#### DE CONCLUSIONE PROCESSUS

21. Instructor, in conficienda apta relatione<sup>38</sup>, summarium totius processus clare exponat eamque actibus adiungat.

22. Defensor vinculi officio tenetur proponendi et exponendi omnia quae rationabiliter adduci possint adversus matrimonii dispensationem<sup>39</sup>.

23. Quoad votum pro rei veritate haec prae oculis habeantur:

a) Episcopus per se ipsum hoc votum exaret; potest tamen facultatem illud conficiendi generaliter delegare<sup>40</sup>. Hoc autem in casu, ipse Episcopus quodammodo suum faciat votum delegati, antequam huic Congregationi illud transmittat<sup>41</sup>.

b) In causis in quibus fit transitus a via iudiciaria ad viam administrativam<sup>42</sup>, votum pro rei veritate conficiatur ab Episcopo Tribunalis Regionalis vel Interdioecesani, qui antea cum Episcopo partis oratricis consilia conferat, saltem de opportunitate petitam dispensationem concedendi<sup>43</sup>. Quodsi vero causa nullitatis apud Tribunal Dioecesanum pertractata fuerit, votum pro rei veritate ab Episcopo competendi exaretur.

c) In conficiendo voto pro rei veritate Episcopus factum adsertae inconsummationis et causam iustam ad dispensandum perpendat. Rationibus pastoralibus motus, consideret etiam opportunitatem gratiae, absentiam scandali, fidelium admirationem vel damnum cuiuslibet generis quae ex gratiae elargitione possent oriri, consequentias petitae concessionis relate ad bonum animarum et pacem conscientiarum restituendam atque de iis in eodem voto explicite referat.

35 Cf. can. 1578 § 3.

36 Cf. Instr. *Qua singulari*, cit., nn. 1, 4.

37 Cf. cann. 1575, 1581.

38 Cf. can. 1704 § 1.

39 Cf. can. 1432.

40 Cf. cann. 134 § 3, 137 § 1.

41 Cf. Responsio Comm. C.J.C. Authentice interpretando, diei 21 Februarii 1984.

42 Cf. can. 1681.

43 Cf. Instr. *Dispensationis Matrimonii*, cit., II, f.

## DE REMOTIONE CLAUSULAE RESCRIPTO DISPENSATIONIS APPOSITAE

24. Si remotio clausulae, in rescripto appositae, Congregationi pro Sacramentis relinquatur et pars, cuius praefata clausula interest, velit ad novas nuptias transire, Episcopus ad hoc Discasterium rem deferat eiusdemque instructiones executioni mandare velit <sup>44</sup>.

25. In auferendis clausulis, quarum remotio Episcopo dioecesano committitur, idem instructiones in rescripto dispensationis enucleatas perpendat et partem ad alias nuptias ne admittat nisi, per medici periti inspectionem, certior fiat de illius aptitudine ad officia coniugalia exercenda aut ab illo seriam promissionem receperit de iisdem debite adimplendis <sup>45</sup>.

## DE RESPONSIONIBUS DILATORIIS VEL NEGATIVIS AB HAC CONGREGATIONE DATIS

27. Si Congregationis iudicio, requiratur supplementum instructionis ad assertam non consummationem probandam, id Episcopo significabitur simulque elementa indicabuntur ad illud explendum.

27. Etsi Congregatio rescripserit 'ex deductis non constare de inconsummatione', semper datur facultas partibus perpendendi, suffultis quidem iurisperiti auxilio, 'num quid grave possit adduci ad petitionem denuo proponendam' <sup>46</sup>.

Curent demum Episcopi ut in hisce magni ponderis instruendis causis, circumspecte quidem et caute, at simul naviter et, quoad fieri poterit, expedite procedatur, ne cum gravi partium detrimento inutiles interponantur morae.  
Romae, ex Aedibus Congregationis pro Sacramentis,  
die 20 Decembris 1986.

A. CARD. MAYER, Praef.  
L. KANDA, Secr.

44 Ibid., III b.

45 Ibid., III a.

46 Can. 1705 § 3.