

## EL ACTO DE VOLUNTAD POR EL QUE SE CREA O FRUSTRA EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

El can. 1057, § 2.º, en correspondencia con el § 2.º del can. 1081 del CIC/1917, afirma que el consentimiento matrimonial es el *acto de la voluntad* por el que, en definitiva, los consencientes se dan y reconocen entre sí el vínculo matrimonial<sup>1</sup> que se origina de aquél. Dejando de lado, por el momento, el término de tal acto, éste, en su misma estructura psicológica, ofrece en el § 2.º del can. 1101 —en relación con su paralelo del can. 1086 del CIC/1917— algunos aspectos que no sé si se tienen siempre en debida cuenta al tratar las causas de nulidad por exclusión.

I. Para comenzar, el hecho de que el can. 1101, § 2, reconozca una 'positividad' al acto de voluntad, cuando es *invalidante*, no parece que lleve consigo que el (mismo) acto de voluntad, cuando es *constitutivo* del matrimonio carezca de semejante consistencia<sup>2</sup>. Y, sin embargo, leyendo los textos de la Jurisprudencia se hace inevitable experimentar la impresión de que se exige más —es decir, mayor densidad psicológica— para el acto que frustra que para el acto que crea el matrimonio. Conclusión que no parece del todo justa.

En realidad, una sana lógica no consentiría con facilidad la deducción de un mayor 'valor psicológico' del acto por el que se excluye el matrimonio que el de aquél por el que se constituye. No olvidemos que el matrimonio es un acto serio, santo y grave, que procede de una persona

1 En el CIC/1917 el término del consentimiento estaba más claramente —aunque no sé si más acertadamente— tipificado por el '*ius in corpus* perpetuo y exclusivo'. En la redacción actual, la mutua entrega y aceptación de los esposos *para constituir el matrimonio* difícilmente supera los límites de la tautología, y hasta de la clásica distinción entre *matrimonium in fieri* y *matrimonium in facto esse*. El hecho no deja de ser muy significativo y demuestra la singularidad única del pacto conyugal. Es esta síntesis la que trata de captar la expresión utilizada en el texto: *vínculo conyugal*.

2 "... decir 'acto de voluntad' y añadir el adjetivo 'positivo' es una mera tautología, puesto que el acto deliberado de la voluntad, dado que es tal 'acto de voluntad' con ello mismo es positivo: cf. texto original latino en una Prot. n. 6117 del Vicariato de Roma *coram* Gangotti (año 1976) citada en J. F. Castaño, *El sacramento del matrimonio*, Roma, 1992, p. 385. El pensamiento del autor del libro, con todo, insiste y acentúa los planteamientos clásicos.

madura<sup>3</sup>. Y sería una concepción excesivamente pesimista del hombre y del cristiano la que por principio quisiera admitir que un acto ilegítimo hubiera de tener mayor valor, calidad psicológica —voluntaria— que uno de acuerdo con la ley. De ahí que algunas expresiones de la doctrina y de la jurisprudencia sobre que sea necesaria mayor atención para excluir que para celebrar el matrimonio<sup>4</sup>; o que el acto de exclusión supone una doble —que viene a resultar una mayor, ya que se trata de un solo acto— intención: es decir, la que pretende el matrimonio y la que, habiéndolo pretendido, lo excluye<sup>5</sup>; semejantes expresiones, digo, y otras parecidas, al menos en teoría, no parecen exentas de algún reparo. Tampoco lo estaría el principio de la doble causa en la exclusión y de la prevalencia de la frustrante sobre la que origina una celebración meramente formal del matrimonio<sup>6</sup>.

Tengamos en cuenta la reciente, y ya no tanto, reflexión de la jurisprudencia sobre la incapacidad para el matrimonio. En ella se han puesto de relieve algunos aspectos importantes y sustantivos del acto constituyente del matrimonio en sí mismo considerado y que se considera parámetro en su ser tal para medir la habilidad del sujeto y, en definitiva, su intención para *hacer el matrimonio*. Habrán de ser tenidos en cuenta, por tanto, en todos los supuestos, ya que el consentimiento es causa eficiente, adecuada y cabal, del matrimonio en cualquier caso y no se puede pretender una identificación del consentimiento para las causas de incapacidad y otra para las que no lo son<sup>7</sup>. Bien pensado, no es el can. 1101 el que nos proporcio-

3 -Nulla igitur sustineri amplius potest quaedam veluti attractio actus ab instituto [matrimonio], quod nondum est, sed actus totum institutum gignit: cf. una *coram* Serrano, de 2 de junio de 1989. La sentencia es digna de atención, ya que se ocupa de un matrimonio celebrado con superficialidad.

4 Cf., p. ej., entre muchas, una *coram* Heard, de 9 de junio de 1945, en SRR, Dec. seu Sent., vol. XXXVII (1945), p. 381: *-Permuli enim, praesertim hisce diebus, verum matrimonium contrahere volunt tamen prolis generationem non solum non desiderant sed etiam excludunt, quin vero ullo modo hanc exclusionem ad consensum in matrimonio praestitum referant vel eundem limitent, ob levitatem ne animadvertentes quidem inter matrimonium et hanc pravam voluntatem contradictionem haberi-*. Y más recientemente una *coram* Bruno, de 25 de junio de 1982 (cf. ARRT, Dec. seu Sent., vol. LXXIV [1982], p. 378).

5 Cf. una de 16 de marzo de 1979, *coram* Giannecchini, en SRR, Dec. seu Sent., vol. LXXI (1979), pp. 104-105. En cuanto a la doctrina, cf. Orio Giacchi, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano, 1973, p. 94. Allí se trata de explicar también la aparente dificultad en la admisión de dos voluntades simultáneas de signo contrario.

6 Sin embargo, en este aspecto el problema se sitúa ya más de lleno en el campo procesal, puesto que se trata de la valoración de un indicio-prueba. Como veremos, esta consideración procesal es determinante, a mi juicio, en la interpretación cabal del can. 1101.

7 El problema pudiera volver a presentarse como un tema procesal. Es decir, habría mayor facilidad de prueba en las causas de incapacidad que en las de exclusión. Pero se vuelve a insistir que un problema de prueba no es en todo idéntico a un problema de realidad. Y si de los indicios de que se deduce la prueba surgen características que atañen al ser del acto, habrá que reconocerlas, si en verdad lo son, hasta como notas esenciales de él.

na una noción cabal del consentimiento (ni podría, puesto que trata de su exclusión): de una parte (§ 1.º) la supone; de otra (§ 2.º), la indica 'e contrario'. La noción *positiva* de consentimiento se deriva de los cán. 1055 y 1057; y, paradójica y fragmentariamente, de los 1095-1103. Es decir, en estos últimos disponemos de un catálogo de deficiencias que por deducción de sus opuestos contribuyen a delinear los trazos fundamentales de la noción positiva<sup>8</sup> previa. Por lo que hace a las normas de capacidad, como veremos, supuesta su referencia al 'ser mismo' del consentimiento y a su identificación 'natural', el cotejo es especialmente sugestivo.

No podemos pasar por alto que de por sí el *acto [positivo] de voluntad* indica una noción filosófica<sup>9</sup> que es difícilmente localizable en toda su pureza teórica en el consentimiento conyugal existencial y ni siquiera en su descripción legal. Tanto la ley<sup>10</sup> como su aplicación en el proceso parten en este punto de un enunciado muy elemental de este concepto. Pero el análisis y reflexión sobre la génesis y realización del consentimiento, desde las observaciones y deducciones antropológicas y psicológicas a propósito de las causas de incapacidad, han enriquecido de modo evidente su naturaleza y complejidad. Y siendo éste, como es un dato admitido sin discusión y hasta consagrado por la misma ley<sup>11</sup>, no hay duda de que sus conclusiones nos pueden ser muy provechosas para reconocer la imagen del acto en sí, prescindiendo de que haya que detectarlo ulteriormente por su ausencia en los casos de nulidad, ya sea por incapacidad o por exclusión.

Podríamos valernos de una analogía. Es claro que entre incapacidad y exclusión hay una relación que se asemeja a la que existe entre impotencia e inconsumación. Mientras en el caso de la impotencia (sexual) no puede en modo alguno sostenerse la consumación —de acuerdo con el axioma *e contrario* 'de non posse ad non factum valet illatio'—; en el caso de incon-

8 Sólo de este modo se justifica de alguna manera la aparente incongruencia lógica y sistemática de que el capítulo IV del título sobre el matrimonio en el Código vigente se rubrique 'Del consentimiento matrimonial' y carezca de toda referencia positiva a la noción de consentimiento. Tal contrasentido no se advertía en el Código precedente con el can. 1081.

9 Y como tal, aplicable al campo de la moral, de los principios generales del Derecho, de la responsabilidad penal... Una vez más habríamos de insistir en la exigente, cual ninguna otra, especificidad del matrimonio; y en la imperfección de las analogías y aplicaciones de criterios, en exceso abstractos.

10 Sobre todo si tenemos en cuenta la codificación de 1917, que fundamentalmente, y por supuesto en cuanto a nuestro *acto (positivo) de voluntad* (cáns. 1057, 1101), ha sido recogida en el Código vigente.

11 La norma sobre incapacidad en el can. 1095, si bien tiene presentes 'causas de índole síquica' y por supuesto prevee la ausencia de una 'deliberación conyugal' (es importante la cualificación 'conyugal' por la conocida superación del concepto de deliberación sólo racional en el caso del consentimiento conyugal), de por sí tiene como punto de referencia el consentimiento mismo como 'acto' para el que se requiere la adecuada 'potencia' (capacidad).

sumación no cabe por sí sólo, como es obvio, hablarse de impotencia <sup>12</sup>; pero el punto de referencia es siempre el mismo: la consumación posible o no. Así, también en las hipótesis de exclusión en relación con las de incapacidad se da una contraposición entre lo que no puede ser —incapacidad de consentir en matrimonio— y lo que de hecho no es —exclusión deliberada del consentimiento conyugal—; pero en ambos casos igualmente el término de referencia es el único consentimiento conyugal (ausente). La fuerza de la prueba, si se establece la de la incapacidad, es mucho mayor, ya que se puede afirmar hasta la misma imposibilidad del consentimiento; mientras en el caso de la exclusión se da, si se consigue, la constatación de una mera ausencia, no necesaria en cuanto voluntaria, del consentimiento. La consecuencia es que aunque en el origen la causa es diversa —imposibilidad de consentir; deliberada eliminación del consentimiento—, en el efecto el término es el mismo —no hay concurso de voluntades—; y la mayor eficacia de la prueba <sup>13</sup> no tiene por qué afectar a la identidad de lo que se ha de probar.

II. No ha sido inútil esta referencia a la prueba, pues de hecho nuestra habitual consideración del tema creo que implica una cierta contaminación procesal, por lo demás sugerida por la misma ley.

El § 1.º del can. 1101/1983, como también el § 1.º del can. 1086/1917, aun en su misma expresión verbal, tienen un claro sentido de presunción, en la acepción técnica y procesal de la palabra. Ambos suponen, antecedentemente a cualquier precisión ulterior sobre la esencia del acto mismo, valores dignos de protección inicial. Que no son pocos, ni de escasa monta: el reconocimiento de validez a un acto jurídico externamente correcto (can. 124, § 2); el cualificado favor del derecho de que goza el matrimonio (can. 1060); la prescripción, ella también más específicamente procesal (cáns. 1584-1586), de la carga de prueba; y, en fin —aunque haya que reafirmar el carácter no penal que tienen las causas de nulidad, que con todo no dejan de ser susceptibles de estimación moral—, la imposibilidad de pre-suponer mala la intención de quien celebra el matrimonio ('Nemo malus —mendax, excludens, illicite agens— nisi probetur').

De tantas y tales razones se puede inferir la necesidad de detectar un *acto positivo de voluntad* más en orden a disponer de un elemento que

12 Como es sabido, en tal caso el matrimonio, por nulo, no sería susceptible de disolución. De ahí las dispensas con 'cautela' por sospecha de impotencia.

13 Prueba que además tiene distinta finalidad y hasta mutua incompatibilidad, en principio, por la comúnmente admitida imposibilidad de sostener a la vez incapacidad y exclusión. (Sobre este punto, sin embargo, cf. «Capacidad y exclusión: afinidades y divergencias entre los dos grandes temas de nulidad de matrimonio», en *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico*. 5. Salamanca, 1982).

enerve la fuerza previa del punto de partida —cuatro presunciones, al menos, en favor de un acto externamente legítimo y, por añadidura, protegido por la ley— que a insistir en su propia consistencia como mayor que la de su correspondiente contrario. Que aquél haya de *demostrarse* positivo no quiere decir que no lo sea, y que no haya de serlo por fuerza el que por su carácter ha de ser causa eficiente del matrimonio.

Así que, como antes sugeríamos, no debemos perder de vista que una realidad es la estructura del acto en sí mismo y otra la forma de aplicar una lógica norma legal que no requiere, en principio, prueba alguna para reconocerlo *como debiera ser*. Insistamos en que hay que dedicar distinta atención al *ser* de una figura legal y *al modo y al cuándo* de su prueba<sup>14</sup>.

No cabe pasar por alto, en fin, que se da una suerte de paradoja en esta peculiarísima '*positividad*'. De un lado, es una cualidad que, como acabamos de ver, la ley no contempla tan vinculada al acto en sí, sino más bien a su prueba: la mayor 'consistencia' —o mejor 'constancia'<sup>15</sup>— de la intención va aneja a su posibilidad de ser probada por encima de unos presupuestos que le son contrarios. Y es cierto que se prueba mejor un acto cuanto más intenso es —en sí, no necesariamente por referencia a su contrario—. Pero, por otro lado, esta '*positividad*' es, en realidad, de contenido '*negativo*', puesto que corresponde a una negación o frustración del matrimonio.

Me ha parecido importante la observación acerca de la relación que en la ley existe entre el acto *positivo* de voluntad y la estrecha vinculación de él a problemas de *prueba*, porque estimo que el no haber atendido suficientemente a este aspecto ha podido perjudicar no poco el acceso al '*acto de voluntad*', siempre positivo, tanto en el acto constituyente como en el invalidante del matrimonio. Recordemos que de no ser así resultaría seriamente menoscabada la gravedad del matrimonio y su ser sacramental que, después de todo, desde él mismo requiere un consentimiento de calidad<sup>16</sup>.

III. Es cierto que el matrimonio, siendo como es un pacto elementalísimo y ajustado a la natural apetencia del hombre, no requiere una muy alta discreción de juicio; y que la exclusión invalidante supone una cierta atención a su contenido de parte del excluyente: afirmaciones ambas que apoyan la que pudiera llamarse postura tradicional. Pero no lo es menos

14 Cf. una *coram* Serrano de 5 de julio de 1973, en SRR, Dec. seu Sent., vol. LXV (1973), n. 15, pp. 333-334.

15 En el sentido de trascendencia exterior; por supuesto a través de presunciones, puesto que en ningún caso se puede hablar de una 'constancia inmediata' (externa) de un acto de voluntad.

16 Es ahí donde se ha de encarnar una realidad 'santa', como de por sí es el misterio cristiano. Y aunque éste no sea inmediatamente accesible al Derecho, sí lo es y lo ha de ser su 'materia natural', que es la misma elevada a la dignidad sacramental (can. 1055)

que no son éstas las únicas perspectivas desde las que cabe estimar el tema. Por ejemplo, dado que el consentimiento matrimonial en sí es un acto grave que en razón de su importancia ha de ser asumido con un gran sentido de responsabilidad, la exclusión, en algunas ocasiones, de hecho puede ir acompañada de un cierto grado de irresponsabilidad<sup>17</sup>. Ésta podría ser mayor de la que habitualmente trata de evitar una persona seria en un matrimonio correcto.

Está justificada, por tanto, la legitimidad de aplicación de las deducciones que nos llegan de las causas de incapacidad. Y su valoración sobre todo en el marco del *suficiente uso de razón y capacidad de juicio adecuada a los derechos y deberes conyugales* (can. 1095, nn. 1-2): tipos legales, ambos íntimamente vinculados al acto del consentimiento en sí<sup>18</sup>. Ya dentro de ellas es importante detenernos en la índole *personal e interpersonal* del acto de consentir en matrimonio.

IV. Creo que podemos pacíficamente establecer que la índole personal e interpersonal del matrimonio en su hacerse y en su vivirse es uno de los datos fundamentales que definen la nueva imagen de matrimonio canónico. Ella nos es transmitida a la vez por la más reciente reflexión antropológica, por la doctrina conciliar y por la ley vigente inspirada en el Concilio.

Reconocía no ha mucho<sup>19</sup> como elementales características de la *personalidad*<sup>20</sup> del acto (consensual) de voluntad, la *totalidad, autonomía, irrepitibilidad, historicidad y apertura a la comunicación*. Tengo para mí que no es una innovación trascendental, puesto que el entender y el querer —como es sabido, la fórmula tradicional para expresar la responsabilidad civil y penal es la capacidad de entender y querer— se dan, desde luego, en un sujeto personal. Pero con la misma convicción estimo que en el entender y querer *personales* se ponen de manifiesto matices que en otras perspectivas pasan a indebido segundo plano. No de manera distinta a como en las causas de incapacidad se indaga sobre la posibilidad de compromiso sincero y global de la persona en el pacto; de su habilidad para

17 Es el tema del matrimonio *leviter* celebrado, sobre el que volveremos después; o también el de una instrumentalización ajena a las finalidades intrínsecas al pacto.

18 El n. 3 del mismo can. 1095, en cuanto referido a la *capacitas adimplendi*, pudiera considerarse más alejado a nuestro centro de interés reducido al consentimiento mismo. Sin embargo, como luego veremos, la *intención* es a la *capacidad* como el *acto* es a la *persona*, con sus múltiples implicaciones y vinculaciones.

19 Cf. «El carácter personal del matrimonio: Presupuestos y perspectivas para las causas canónicas de nulidad», en *Iustus Iudex*, Festgabe zu Paul Wesemann, Essen, 1990, pp. 316-317.

20 O más bien *personalidad*, de acuerdo con Zubiri (cf. X. Zubiri, *Sobre la esencia*, Madrid, 1962, pp. 504-505): es decir, aquella formalidad primera por la que el ser racional se afirma como persona, antecedentemente a la fuerza psicológica y caracteriológica que, por lo común, atribuimos al término *personalidad*.

sentirse responsable de su realización y de su consistencia como sujeto de atribución para asumir en él sus raíces y proyectarlas al futuro: así, de algún modo, hay que entender la *intentio coniugalis*, o su ausencia, en las causas de exclusión. Intentemos ver cómo.

La *totalidad* con que los consentientes han de adecuarse al pacto admite una doble consideración, desde ellos mismos y desde el término del consentimiento conyugal.

En cuanto a las personas, el acto de voluntad conyugal parece que haya de superar la tradicional noción de acto humano como sinónimo de decisión, que sólo implica la inteligencia y la voluntad en el sentido tradicional escolástico de tales términos. Es cierto que todo acto humano es personal: se trata sólo de distinciones *formales* de acuerdo con la misma Escolástica, a la que acabo de hacer alusión. Pero no lo es menos que la formalidad *personal* comunica especial relieve a ciertas modalidades de lo *humano*. La concepción del acto como *personal*<sup>21</sup> supera los límites de un racionalismo —o voluntarismo estricto— para valorar también la intervención de la decisionalidad —con peculiar referencia a la motivación consciente, subconsciente o inconsciente—, afectividad, emotividad<sup>22</sup>, etc.

21 Cf. la sentencia *coram* Serrano de 23 de mayo de 1980 (RR, Dec. seu Sent., vol. LXXII [1980], pp. 367-378), en la que, con las debidas precisiones, se alude a un *uso de personalidad* —también en este caso de *personidad*— en el consentimiento matrimonial, diverso del *uso de razón* que se tiene en cuenta para medir otras capacidades o responsabilidades. La diferencia por lo que hace a la ley, que efectivamente habla de *uso de razón* y no *uso de personalidad* no es óbice para tal interpretación, puesto que la misma ley añade la nota de suficiencia, por supuesto en relación con el matrimonio y sus singulares características (cf. también, *Nulidad de matrimonio coram Serrano*, Salamanca, 1981, p. 150).

22 Por supuesto que en la realidad concreta de un acto determinado será difícil deslindar la parte de la inteligencia y de la voluntad, facultades que a su vez están muy implicadas en su ser y en su obrar con las aludidas notas de la psicología humana completa. Pero es necesario reconocerlo explícitamente no sólo para someterlas a un obligado examen, sino también para tener una idea más exacta de la racionalidad y de la voluntariedad, al menos en nuestra materia, aún en el caso de que se atendieran éstas solas. He aquí cómo se expresa el Prof. Callieri: «Per me, psichiatra, il 'giudizio' non è un atto meramente intellettuale, ma pienamente esistenziale, cioè coinvolgente le tendenze, le bien mozioni, le pulsioni, la volontà, il moto psico-affettivo della valutazione, con un preciso richio alla lezione agostiniana, pascaliana, kierkegaardiana dell'uomo-nel-suo-mondo» (cf. pericia en una *coram* Faltin, Prot. n. 15.509). Tal concepción no tiene por qué limitarse a la sola imagen de consentimiento sometido a debate en las causas de incapacidad, sino que ha de observarse en cualquier caso en que se trate de apurar el ser del acto constituyente de la alianza conyugal. Por lo demás, es posible que sea una acertada intuición del lenguaje desde el principio llamar 'consentimiento' (*consensus*) a esa vivencia en la que tanto se ha enfatizado el aspecto racional. Y en un tratamiento especulativo llevado a cabo con la sutileza y rigor que le caracterizan, responde a este mismo esquema el concepto de inteligencia sentiente de nuestro Zubiri (cf. X. Zubiri, *El hombre y Dios*, Madrid, 1984, pp. 35-36; y más específicamente, id., *Inteligencia sentiente*, Madrid, 1980). Es más, Zubiri, que, como filósofo metafísico, encuentra esta estructura en el más elemental acceso de la persona a la realidad, no hay duda que como psicólogo lo ha de reconocer con mucha mayor fuerza en el encuentro de voluntades, por muy guiadas que se quiera por la inteligencia. Aunque sólo sea de paso, y admitiendo,

Y en relación con el contenido del acto no se puede perder de vista que una de las más acusadas características de la visión del matrimonio en la legislación actual la constituye la aproximación entre el llamado *matrimonio in fieri* y *matrimonio in facto esse*<sup>23</sup>. No en vano la conocida sentencia *coram* Anné, de 25 de febrero de 1969, no se refiere a la sola incapacidad como raíz inmediata de la inhabilidad para el pacto, sino como razón de imposibilidad de tener una *intención*, al menos implícita, correcta<sup>24</sup>. Es claro que a nosotros nos interesa, por lo que hace a la exclusión —o, si se quiere, a la realización o frustración fáctica del pacto más allá de la mera capacidad—, señalar en el texto esta alusión a la intención, que es, en todos los casos, la causa eficiente y cabal de él o de su supresión.

La *autonomía* está en estrecha conexión —aun etimológica— con los conceptos de libertad, obligación y responsabilidad. Es decir, una norma que es, por su origen, fuente de vinculación *heterónoma*, en este caso y por referencia al contenido da lugar a una asunción libre y responsable —*autónoma*— del deber<sup>25</sup> más bien enunciado como asumible necesariamente que como impuesto. Persona es quien es autor y actor de su decisión con autonomía irrenunciable. Y ello tanto más en un pacto de las características del matrimonio. Es cierto que quien se afirma en contra de la ley subordina la *heteronomía* del precepto a su *autonomía* personal: pero ello no quiere decir que lo haga con más intensidad —desde luego no mejor— que quien asume el modelo legal.

La *irrepetibilidad* por su parte insiste en la necesidad de percibir el acto 'personal' como acción de un sujeto único y singular, distinto de

como hay que admitir, que el término *consentimiento* tiene una densidad jurídica genérica que no se limita al Derecho matrimonial, no estaría de más notar que en el *consentimiento matrimonial* estas ideas tienen una especial fuerza. Y notar también con esta ocasión la diferencia entre 'consentimiento' y 'contrato': entre un vocablo que hasta fonéticamente trasmite un sentido de entrega cordial y otro que hace pensar en una constricción, una transacción contrastada, ¿no será éste otro motivo para insistir en una exigente revisión de la terminología, propiciada por el Concilio y el Código de las Iglesias Orientales?

23 El dato vuelve a ser claro en el can. 1095 a propósito de la incapacidad aplicada a los *derechos y deberes esenciales del matrimonio*. Éstos, como es obvio, han de referirse al matrimonio *in facto esse* y no al matrimonio *in fieri*.

24 He aquí las palabras mismas de la decisión: «Matrimonium *in facto esse* itaque —in suis elementis essentialibus— ut obiectum formale substantiale in matrimonio *in fieri* saltem implicite et mediate 'intendi' debet» (cf. SRR, Dec. seu Sent., vol. LXI [1969], p. 183).

25 Cf., por lo que se refiere a la exclusión, una *coram* Bejan citada y confirmada en otra *coram* Rogers de 25 de febrero de 1969: «Ubi contrahens ius naturae spernens ac positive reiciens semetipsum unicum fontem iuris in re coniugali dicere ac retinere praesumat... per huiusmodi intentionem si iuridice (ea) demonstrata fuerit posse vulnerari ipsam essentiam coniugalis consensus ambigendum non est» (cf. SRR, Dec. seu Sent., vol. LXI [1969], p. 195). En tales palabras cabe advertir una exasperación de *autonomía* personal en tal caso prevalente sobre la *heteronomía* que tendría que haberse asumido y hecha propia, aunque de modo personal también y no necesariamente menos intenso.



cualquier otro<sup>26</sup>. Y que actúa el consentimiento como acción genuinamente propia. No se trata de asumir la 'indisolubilidad', 'fidelidad', 'comunidad de vida'... como tipos legales o nociones abstractas, sino como vivencias y convencimientos íntimos que implican toda la originalidad esencial de cada persona. Como ya afirmé en otra ocasión<sup>27</sup>, el punto de atención no es discernir el 'qué' —dato efectivamente constante en el modelo institucional y dogmático del matrimonio—, sino el 'cómo' con el que cada persona lo asimila y realiza. Y creo que ésta ha de ser una de las notas que estará llamada a señalar la diferencia entre el mero error del entendimiento de aquel otro que determina la voluntad en los cán. 1099-1100 y, por supuesto, 1101: el primero más en torno del tipo canónico del matrimonio; el segundo, más cercano al matrimonio existencial de que se trata.

La *historicidad* añade y completa cuanto antecede con la referencia a la biografía personal y al contexto cultural y existencial del consentiente como presentes y en buena parte determinantes del contenido de su acto<sup>28</sup>. De suerte que esta 'in-sistencia' o encarnación del matrimonio en la intención de una persona determinada sea la forma de conectar con el matrimonio real, siquiera éste se haya de presumir siempre legítimo.

La *apertura* en fin *al otro* característica de la persona en cuanto ser comunicante<sup>29</sup> recaba una atención cualificada en el caso del matrimonio en cuanto entrega de sí y aceptación del otro en el consentimiento conyugal. Es la misma norma de los cán. 1055 y 1057 la que impide que cualquier compromiso en torno al matrimonio prescinda de esta fundamental y previa apertura del uno al otro de los consencientes, y en cada uno de ellos con las notas que acabamos de ver, son propias de la acción personal.

Se podría llegar ya a una conclusión: en el consentimiento conyugal el acto de la voluntad, tanto para hacer como para invalidar el matrimonio, ha de tender hacia una *actitud* —y no hemos sino de felicitarnos por la apro-

26 Cf. J. J. López Ibor, *Lecciones de Psicología médica*, Madrid, 1975, p. 269).

27 Cf. «La consideración existencial del matrimonio en las causas canónicas de nulidad por incapacidad psíquica», en *Angelicum*, LXVIII (1991), pp. 175-176.

28 Tal historicidad como categoría de por sí inherente a la fenomenología de lo personal (cf. E. Bleuler, *Trattato di Psichiatria*, ed. it., Milano, 1967, pp. 98-99) tiene en el pacto conyugal un punto de cita muy cualificado por la trascendencia que adquiere el matrimonio en la biografía de la persona.

29 Conocer y querer, los dos puntos de partida ineludibles del ser racional, no son sino comunicación con el entorno. Ellos están en la base de toda la fenomenología de la personalidad adulta (cf. H. S. Sullivan, *Teoria interpersonale della Psichiatria*, ed. ita. Milano, 1975, pp. 278-323) y se actúan de forma muy adecuada con el ser *natural humano* en el matrimonio: cf. *supra* n. 22.

ximación, hasta fonética, entre los términos 'aptitud' y 'actitud'<sup>30</sup>, que acerca la proximidad entre el análisis de la 'capacidad estructural' y la 'intención capaz' (de crear el matrimonio) y con ello una síntesis personal e interpersonal para el matrimonio— una *actitud*, decía, que por densidad personal globalizante sobrepase la mera noción de acto, siquiera sea 'intelectual' y 'voluntario', desligado del agente. Este sentido de 'actitud', presente o implícito en el acto 'personal' del consentimiento conyugal, habrá de reconocerse tanto en la constitución del pacto como en la frustración de él. De suerte que exigirlo para hacer el matrimonio no sea diverso de reconocerlo como invalidante en los casos concretos si se da con contenido diametralmente opuesto, pues la presunción jugaría en ambos sentidos. Y de ahí que, como luego veremos, este planteamiento no signifique una mayor apertura para declarar nulo un matrimonio *ex defectu*. Si, por supuesto, una mayor precisión para reconocer mejor dónde está el *verdadero defecto*.

V. Hasta ahora nos hemos fijado en el acto (positivo) de la voluntad desde la perspectiva del/de los sujetos. Se trata del núcleo esencial de estas páginas y de alguna manera penetra hasta el contenido del acto mismo, puesto que éste se reconoce como recíproco e interpersonal. Pero como quiera que en el análisis de un acto —más si se pone de relieve su cualidad de *positivo* y se hace especial hincapié en su carácter de *intención*, de 'atención a'— no se puede prescindir de su término, así ahora hemos de completar estas ideas con las precisiones que pudieran llegar de su término. Es decir, de las peculiaridades que presenta el núcleo esencial del matrimonio, como lo enuncia el can. 1101, § 2.

Lo primero que cabría discernir, como acabamos de insinuar, es si se trata de problema del todo distinto desde la óptica personalista en que nos movemos. Y después, asumiéndolo como se describe en el mismo can. 1101, sin entrar en mayores disquisiciones sobre su ámbito y las distinciones que dentro de él quepa hacer dada su nueva redacción<sup>31</sup>, procurar integrarlo en los resultados de la exposición precedente.

Una *personalización* de las propiedades y finalidades del matrimonio, de sus elementos esenciales, advierte en ellos el carácter de 'valor'<sup>32</sup>, es

30 Tal proximidad confirma ahora nuestra orientación de principio, que acerca el tema de la incapacidad al de la exclusión (cf. José M. Serrano Ruiz, «Capacidad y exclusión: afinidades y divergencias entre los dos grandes temas de nulidad de matrimonio», en *cit.*, pp. 175-203).

31 Como es sabido, frente a la meticulosa descripción del can. 1086 del CIC/1917 se ha pasado, en el texto vigente, a una amplia genericidad marcada por la expresión *matrimonii essentiale aliquod elementum*.

32 Cf. J. M. Serrano Ruiz, *La ispirazione conciliare nei principi fondamentali del sistema matrimoniale canonico*, en 'Il Codice del Vaticano II', *Il Matrimonio tra tradizione e rinnovamento*, Bologna, 1984, p. 41.

decir, de realidad asumida por la persona y a la que ésta se incorpora con su juicio de estimación moral. No son sólo ni cabalmente nociones doctrinales; se trata, en última instancia, de unas características que en su ser existencial son inconcebibles sin un sujeto que las viva, inescindibles de su persona y accesibles de modo correcto sólo en su vivencia.

También ahora la referencia a la incapacidad es obligada. No se puede entender una 'discreción de juicio adecuada a los derechos y deberes esenciales del matrimonio' sin recabar para éstos una necesidad de asimilación posible (capacidad) o querida (intención): lo contrario equivaldría a un mero conocimiento o estimación objetiva que no alcanzaría la esfera jurídica del pacto o compromiso obligante. Mucho menos una asunción de ellos en su ordenación a la puesta en práctica (can. 1095, § 3). De ahí que la cualificación, o si se quiere peculiar intensidad, que la jurisprudencia siempre ha requerido para la *discreción de juicio*, capaz de traducir en realidad el discernimiento psicológico<sup>33</sup>, haya de ser puesta también en relación con el 'acto de voluntad' con el que se realiza —o no— el matrimonio. Insistiendo en la analogía con la incapacidad y en la obligada referencia a los problemas de prueba procesal, es justo admitir que en la exclusión se da un margen de implícita —o mejor presunta— existencia del *acto de voluntad* que en los casos de inhabilidad ni siquiera se puede presumir. Pero no dudo que en modo semejante a la *existencia* implícita podrán coincidir indicios de los que se deduzca igualmente una *ausencia* no menos implícita.

33 Cf. ya una *coram* De Jorio, de 19 de diciembre de 1961, en SRR, Dec. seu Sent., vol. LIII (1961), p. 619: «Item animadvertendum censemus ad validum consensum praestandum non sufficere cognitionem intellectivam, sed semper requiri capacitatem eam rite ac sponte in praxim deducendi». Esta decisión —citada con varias otras en una *coram* Bejan, de 10 de junio de 1970— es singularmente significativa. En efecto, como con frecuencia sucede en las decisiones de quien fue Decano del Tribunal y dejó en él singulares muestras de su fino instinto jurídico, con notable erudición e inteligencia se deslindan los campos de la responsabilidad penal y civil, los precedentes del Derecho Romano y de las Decretales y las conclusiones de los especialistas siquiátricos a lo largo de la evolución del tema... Considero en especial interesante que ponga en duda el criterio establecido por los cán. 1082/1917 - 1096/1983 sobre la ignorancia invalidante del matrimonio para juzgar de la capacidad, que se reduciría, por tanto, a un defecto de 'contenido' y no de aptitud (ibid., p. 604, n. 4): criterio y analogía que no es raro encontrar en otras decisiones, a pesar de su inadecuación. Porque si se trata de ignorancia, es decir, de defecto de conocimiento debido y, por tanto, posible: ¿cómo hablar de incapacidad [de conocimiento]? \*. Y por lo que hace a la exclusión es muy significativo que explícitamente reconozca, mucho antes de la nueva codificación, la necesidad de que *siempre* se requiera para consentir en matrimonio la capacidad de poner en práctica lo conocido; y que como punto de referencia para esta capacidad utilice la misma dicción del entonces canon sobre la exclusión: «... quidam ex eis incapaces sunt tradendi et acceptandi ius in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem (can. 1081, § 2)» (ibid., p. 614).

\* De este punto, que considero en extremo importante también porque reitera el exclusivo peso de la inteligencia —o de la ciencia— en la construcción del consentimiento matrimonial, me ocupo yo mismo en un trabajo presentado a un «Coloquio entre jueces y peritos», tenido en Verona en mayo de 1992, cuyas actas están en publicación.

Y más aún. Si antes hemos insistido en la necesaria 'personalidad' y 'personalización' del contenido del acto, ahora hay que completar esta visión refiriéndola también a la 'interpersonalidad'. El acto de voluntad en cuanto esencialmente interpersonal en su estructura más íntima —no sólo *inter se*, sino también *sese, de se*— en cuanto vinculante a 'otro'<sup>34</sup>, en cuanto creador de una *communio* o *consortium* —como asegura el can. 1055—, no puede prescindir de una apertura o disponibilidad no sólo y ni siquiera cabalmente a las propiedades y finalidades del matrimonio, sino a la persona del *otro* como polo de relación. Se trata de un requisito previo, pero no menos importante —más si cabe— que los que formalmente enuncia la ley: la fidelidad es entre esposo y mujer; la indisolubilidad, entre ellos mismos; a ellos atañe su bien conyugal; entre ellos está llamada a realizarse la comunión de vida y amor y la procreación.

Desde este punto de vista adquiere especial significado un aspecto en el que tal vez hasta ahora no se ha reparado bastante a propósito de las causas de exclusión. Me refiero al vínculo mismo como relación interpersonal, como mutua disponibilidad y subordinación del uno al otro de los esposos más allá de su conciencia de la sumisión de ambos al modelo legal; encarnado en ellos y sin distinguirse de su comunión existencialmente interpersonal. Las propiedades, los elementos esenciales, lo son como características de una realidad que ontológica y lógicamente los precede y sin la cual no pueden darse: como no puede existir una propiedad sin sujeto de inhesión; o una finalidad sin una entidad previa que tienda a ella<sup>35</sup>.

Con excesiva facilidad se ha buscado en las causas de exclusión una identificación de lo excluido en términos de tipicidad conceptual, descuidando el substrato psicológico y jurídico que es necesario admitir para que el resto adquiriera consistencia. En nuestro caso, consistencia real, existencial, interpersonal<sup>36</sup>.

34 Este aspecto de la alteridad está muy cualificadamente subrayado por la nueva norma: cáns. 1055, 1057... *inter se, sese mutuo*..., que por lo demás lo toma, casi a la letra, del Concilio Vaticano II (Const. Past. *Gaudium et spes*, n. 47). Es evidente, sobre todo en el contexto conciliar, que la voluntad de los esposos no se dirige en definitiva al 'pacto' en cuanto tal, sino a la mutua entrega y aceptación, íntima e interpersonal, de los esposos, que lo configura como matrimonio.

35 En clave de incapacidad, una *coram* Serrano, de 5 de julio de 1973, afirma que sería posible —al menos en línea teórica— una auto-obligación hacia las propiedades del matrimonio, que todavía no sería un *obligarse con-yugal* (SRR, Dec. seu Sent., vol. LXV [1973], p. 326, n. 7). En términos de exclusión, cf. nota siguiente.

36 Así en una *coram* Serrano: *Inde quod aliquando nimis videamur intenti in qualitates seu proprietates coniugii in abstracto sumptas... dum ipsum coniugium —foedus seu ius— minore vigore perpendamus. At tale ius a Deo, qui unus et hominem et matrimonium condidit secum fert sinceram animi dispositionem, ex qua alteruter sponsorum —quorum nomen iam innuit obligationem personalem— sub alterutrius potestate quodammodo se subiciat et a propria libertate abdicet quo maiorem forte, at interpersonalem nec iam in re coniugali ex uno tantum individuum, adipiscatur. Sic etiam ille*

Como antes hemos recurrido a la analogía con la incapacidad, intentemos ahora iluminar el tema con la analogía en torno a la norma sobre el dolo en la cualidad de la persona del can. 1098<sup>37</sup>. Yuxtaponer una y otra analogía no está tan descaminado, puesto que la incapacidad podría referirse al acto de voluntad y el dolo a su exclusión.

Llama la atención que un ordenamiento tan precozmente sensible al dolo<sup>38</sup> institucional —es decir, el que versa sobre las características institucionales del tipo legal, las que recoge hoy el can. 1101 y antes el can. 1086/1917 sobre la exclusión— haya tardado tanto en acoger las exigencias de íntima sinceridad de un pacto con las notas de la alianza conyugal. A pesar de las muchas solicitaciones teóricas y sobre todo fácticas que existían para ello, ha tenido que ser la renovada visión del matrimonio, y en ella de su carácter interpersonal, la que haya permitido este reconocimiento del atentado a la esencia misma del matrimonio en los casos en los que se *defraudaban* las personas en la formalización del consentimiento. Y es esta esencial interpersonalidad la que advertimos hoy como núcleo esencial del consentir, la que ha de tenerse presente tanto al hacer como al frustrar el matrimonio. Así, en una suerte de integración del dolo o error sobre la persona y de la exclusión del modelo legal del matrimonio, de lo que antes he llamado dolo *personal* o *interpersonal* y dolo *institucional*, no dudo que los aspectos que se refieren al compromiso en sí de las personas, a las cualidades esenciales de un pacto total —sinceridad fundamental, seriedad, integridad de la mutua disponibilidad conyugal...— habrán de ser tenidos en cuenta como ‘cualidades interpersonales’ —en un sentido muy exacto *cualidades del pacto*— no menos relevantes que las que se pudieran llamar ‘objetivas’ o ‘institucionales’<sup>39</sup>, y hasta *personales*, de acuerdo con los

qui censeret se ad indissolubilitatem et exclusivitem teneri propter leges matrimonii sacras: non vere se obligaret si tantum ex sese et ex lege subiectum se haberet non autem sub alterius modo declarato rationali arbitrio. Lex enim res sicut sunt et fieri debent tradit; ex se autem nullam sustinet partem, nec potest, in ipsissima relatione iuridica coniugali... ius, ratione saltem, prius est qualitate seu proprietate; et ideo demonstrata iuris exclusione, vanum erit de proprietatibus disceptare» (cf. una de 31 de marzo de 1979, en SRR, Dec. seu Sent., vol. LXXI [1979], p. 150).

37 Se trata, en realidad, de un dolo en la persona, ya que la cualidad se refiere a ella.

38 Para nuestro intento es irrelevante la distinción entre dolo y error (cf. U. Navarrete, «Schema iuris recogniti de matrimonio: textus et observationes», apud *Periodica de re morali, canonica, liturgica* 63 [1974], p. 639; cf. también Decreto *coram* Serrano, de 28 de mayo de 1982, en ARRT, Dec. seu Sent., vol. LXXIV [1982], pp. 308-325). De ahí que tampoco sea de mayor trascendencia que la exclusión sea estricta simulación o lleve consigo alguna buena fe.

39 Es evidente la dificultad idiomática —institucional, personal, interpersonal— en un campo como el que nos movemos, en el que todo es personal e interpersonal y, como tal, acogido por una norma sólo declarativa: cf. *Gaudium et spes*: «Fundada por el Creador y en posesión de sus *proprias leyes*, la íntima comunidad de vida y amor se establece sobre la alianza de los cónyuges, es decir, sobre su consentimiento *personal* e irrevocable» (n. 48).

cáns. 1097-1098<sup>40</sup>. Por supuesto que es éste un punto de singular interés en el caso de la exclusión. En fin, se distinga o no formalmente de propiedades o finalidades del instituto, o constituya su manera de ser y de existir, este *elemento esencial* —darse y aceptarse los esposos— del matrimonio, al que explícitamente haría referencia el can. 1101 sobre la exclusión, puesto en relación con los cáns. 1055 y 1057, ha de tenerse en cuenta, para juzgar con precisión, de la validez o nulidad del acto constituyente del matrimonio. Su ausencia sería índice de frustración, como su presencia se requiere para el nacimiento del matrimonio.

VI. No creo que con las notas que preceden se haya agotado el fecundo terreno, aún en buena parte inexplorado, del reconocimiento de la esencia del pacto conyugal a partir de las ideas que se recaban de su nueva imagen en la legislación vigente y en especial a partir de las causas de incapacidad a la luz del can. 1095.

Ellas, de algún modo anticipadas ya como aproximación entre los casos de incapacidad y de exclusión<sup>41</sup>, quisieran mantenerse equidistantes de una doble posición: la que pretendiera ver una excesiva innovación (por lo demás impensable en materia de esencia del matrimonio) y la que las encontrara del todo conformes con la manera tradicional de tratar el tema. De hecho se ha pretendido subrayar más bien algunos aspectos y llamar la atención sobre ellos. Ni siquiera se intenta, al menos exclusivamente, fijar el interés sobre las aplicaciones procesales en las causas de nulidad canónicas. El momento previo, la densidad teológica, ontológica y psicológica del matrimonio<sup>42</sup>, que en el Derecho canónico es de fundamental importancia metodológica y de contenido, ocupa un lugar preeminente en la inspiración de este estudio: así lo indica su mismo título.

Pero como no podemos desconocer el carácter y la ocasión de él, no podíamos tampoco eximirnos de hacer una referencia especial a las aplicaciones procesales en las causas de exclusión.

40 Precisamente existe entre estos dos cánones una esencial diferencia por un matiz intencional, que haría al *dolo* más próximo al tema de la tradicional *positividad* del acto de exclusión. Pero no sólo por la aproximación en el efecto de la nulidad del pacto (cf. *supra*, nota 38), sino también por la conocida distinción en cuanto a la *bona fides* de los consentientes entre *simulación* y *exclusión*, tampoco de aquí nacería un argumento decisivo en favor de una mayor *positividad* en la exclusión que en la celebración legítima del matrimonio.

41 Cf. 'Incapacidad y exclusión: afinidades y divergencias...', cit., p. 193.

42 Evidentemente, las causas de nulidad, si bien de índole jurídica y tramitadas y probadas en el fuero externo, como quiera que se ocupan del ser o no ser mismo del matrimonio, directa o indirectamente se pronuncian sobre la esencia del pacto. De ahí que no puedan prescindir de la consideración teológica y ontológica del matrimonio. Y de ahí también el valor de *lugar teológico* a su manera —con posibilidades de apelación, revisión, grado de jurisdicción...— que les corresponde. La reflexión es, sobre todo, aplicable a la *pars in iure* de las decisiones.

VII. El aspecto procesal, por tanto, que encontramos al comienzo como sugerido por la misma contraposición entre los §§ 1-2 del can. 1101, completa ahora el reconocimiento de las ideas apuntadas en su contraste con los casos concretos.

En realidad, como es bien sabido, cualquier esquema de prueba del acto de la voluntad del que nos ocupamos, en cuanto trata de alcanzar una vivencia íntima e intencional, ha de recurrir al uso de presunciones. De aquí que, ya en principio, cuanto contribuya a aumentarlas, a valorar su fuerza y a despojarlas de equivocidad resulte especialmente útil<sup>43</sup>: es ésta, al menos, una utilidad que pienso propia de este trabajo.

Pero si nos referimos ahora a las presunciones que una ya muy afirmada jurisprudencia ha establecido para discernir cuándo el acto de voluntad no ha de ser presumido él mismo —válido—, sino que ha de ser probado —invalidante— habremos de recurrir a los habituales indicios que se deducen de:

- a) la confesión del presunto excluyente;
- b) la causa de la exclusión, y
- c) las circunstancias —antecedentes, concomitantes y subsiguientes al matrimonio— que la acompañan.

Se trata, por tanto, de recorrer estos tres caminos para fijar de algún modo este acto interior e íntimo de la persona y poner en relación este esquema con las conclusiones a que hemos llegado antes. No creo que sea difícil hacerlo.

— Y así, el paso de una concepción del *acto (positivo) de voluntad*, como resultado exclusivamente de la intervención de inteligencia y voluntad en el sentido clásico, a una *actitud* personal servirá para valorar mejor su seriedad o intensidad. La *totalidad* del acto personal, muy adecuada al carácter total del compromiso conyugal, encuentra en este punto cabal aplicación. Sabemos además que en no pocas ocasiones es ésta una circunstancia que sirve para discernir si se trata de una verdadera exclusión o de una mera veleidad o estimación subjetiva, por añadidura no exenta de parcialidad en el momento del proceso<sup>44</sup>. El tema del *error pervicax* en torno a las propiedades del matrimonio, característico de estos supuestos, más allá de las palabras de la *confesión judicial* o *extrajudicial* encontrará mayor o menor fuerza de prueba derivada de la actitud del sujeto. Puede que resida

<sup>43</sup> No olvidemos que la *presunción procesal* es, a su vez, una conjetura; es decir, no una prueba decisiva en sí misma. Y acecharía el peligro de una *presunción de la presunción* si el mismo indicio no fuera reconocible en sí en la mayor medida posible.

<sup>44</sup> Cf., p. ej., una reciente *coram* Giannescchini, de 24 de febrero de 1987, en ARRT, Dec. seu Sent., vol. LXXIX (1987), pp. 62-63.

aquí uno de los más claros precedentes de la consideración *personal* que propugnamos.

— Este mismo aspecto se enfatiza subrayando la autonomía en la voluntad de los consencientes, su decidida adhesión *personal* a las motivaciones que afirman haber inspirado su acto. El matrimonio, como institución religiosa y cultural muy radicada desde siempre en el contexto social, está entre las primeras y más graves opciones fundamentales de la vida del sujeto emancipado y destaca en él la libre responsabilidad al asumirlas. Y con la misma convicción y libertad se manifiestan hoy las ideas contrarias a lo que se tiene por norma común para afirmar el peculiar modo de ser y de pensar de cada persona <sup>45</sup>.

— La *irrepetibilidad* personal de dicho acto de voluntad nos permitirá vincularlo mejor a la *causa de la exclusión* y también a su prevalencia cuando la causa consista precisamente en la forma de ser del esposo <sup>46</sup> o se deduzca con mayor o menor claridad de ella. Es clásica en el conjunto de los indicios habituales esta atención a la *causa de la presunta exclusión*. Y dentro de ella no es raro considerar como razón de la exclusión la *malicia* del presunto excluyente o su característico modo de ser <sup>47</sup>; o la gravedad *subjetiva* (personal) de la razón que hubiera podido llevar a la exclusión: datos todos que, en cuanto personales, constituyen valores —o des-valores— del sujeto y se dan en él de una forma muy peculiar que marca su *actitud ante el matrimonio*.

— La *historicidad* también es una nota muy adecuada para ponerla en relación con las circunstancias que han rodeado el matrimonio: la educación de la persona, el ambiente que rodeó su matrimonio... <sup>48</sup>. Sobre todo por lo que hace a las circunstancias prematrimoniales —las más importan-

45 -Tale fenomeno (es decir, la frecuencia de las causas canónicas de nulidad de matrimonio por exclusión de la indisolubilidad) si suole generalmente attribuire alla dilagante 'mentalità divorzistica'; ma ciò non sembra del tutto esatto, se è vero che il motivo per cui si accusa di nullità il matrimonio non sempre riflette la situazione reale, poichè sovente (o, ad essere pessimisti, il più delle volte) è il risultato d'una accorta scelta: la scelta del mezzo tecnico ritenuto più facile e sicuro per conseguire lo scopo desiderato da chi, appunto per effetto di quella mentalità, non ha eccessivi scrupoli di alterare in tutto o in parte la verità sostanziale per adattarla al prescelto schema normativo. (cf. E. Graziani, 'Mentalità divorzistica ed esclusione della indissolubilità del matrimonio', in *Studi in onore di Pietro Agostino D'Avack*, Milano, 1976, vol. II, p. 681).

46 Cf. una *coram* Anné, de 7 de noviembre de 1972 (cf. SRR, Dec. seu Sent., vol. LXIV [1972], pp. 683-684), en la que por cierto se utiliza la expresión *atteggiamento* como *voluntatis totiusque animi aptitudo*, en un significado semejante al que acabamos de atribuir al término *actitud* como sinónimo de integración de toda la persona en el acto de la voluntad.

47 Cf., muy citada, una *coram* Felici, de 24 de marzo de 1953 (en SRR, Dec. seu Sent., vol. XLV [1953], pp. 226 ss.; cf. también *coram* Filipiak, de 23 de marzo de 1956 (ibid., vol. XLVIII [1969], p. 256); *coram* Sabbatani, de 11 de diciembre de 1964 (ibid., vol. LVI [1964], p. 927).

48 Cf. una *coram* Abbo de 6 de noviembre 1969, en SRR Dec. seu Sent. vol. LXI (1969) p. 978-979.



tes en cuanto de tiempo *non suspecto*- la configuración evolutiva de cada carácter podrá proporcionar muy valiosos indicios de prueba.

— La *interpersonalidad*<sup>49</sup>, por su parte, habrá de ser tenida presente en diversas facetas del consentimiento.

Así en su sinceridad más allá de su formalidad legal, como hemos visto integrada y superada hoy en la misma ley con evidente y exigente referencia a su 'mutualidad', 'alteridad'...

De aquí que el tema de la exclusión *implícita o virtual*, la exclusión *eficaz o interpretativa* se puedan vincular al estudio de la real o sólo formal o aparente vinculación de los esposos entre sí.

— También en la clásica distinción entre *exclusión del Derecho mismo* y *exclusión del ejercicio del Derecho*. Por lo común, en la estimación actual se hace referencia o a una genérica, no mejor precisada, intensidad del acto, o a presunciones derivadas —como la duración o perpetuidad de la *causa exclusionis*<sup>50</sup>— de factores no del todo presentes en él. Una mayor atención a la vinculación de las personas demostraría con mayor claridad la naturaleza del acto de exclusión en sí mismo y en su realidad existencial. Se demostraría asimismo con mayor claridad la vinculación del *amor conyugal* —siempre de algún modo relacionado con la causa del matrimonio— al tema de la exclusión<sup>51</sup>, eliminando no pocos equívocos del pasado.

En concreto, la cualificada bilateralidad interpersonal del consentimiento, y por ende del atentado a su esencia, nos llevaría a revisar con mayor cuidado la forma y el autor de la exclusión. En igualdad de condiciones, una exclusión puesta en acto por uno solo de los esposos<sup>52</sup> de por sí pudiera estar más cerca de una denegación al otro de su derecho que una acordada entre los dos<sup>53</sup>.

49 La interpersonalidad como esencia del matrimonio es objeto de estudio en relación con la incapacidad, en la que además puede ser tenida en cuenta como parámetro de madurez o discreción de juicio. En nuestro caso se refiere más bien a una deliberada actitud del sujeto que la excluye como disponibilidad a la voluntad *del otro*. Cabe también pensar en una exclusión implícita por excesivo egoísmo, interés...

50 Cf. una conocida expresión de una *coram* De Jorio: «Nullum transmittitur ius, ubi nullum admittitur illius exercitium». Cf. SRR Dec. seu Sent., vol. LIX (1967) pp. 465-466.

51 Cf. una *coram* Fagiolo, de 30 de octubre de 1970 (SRR, Dec. seu Sent., vol. LXII [1970], pp. 979 ss.).

52 Cf. una *coram* Rogers, de 25 de febrero de 1969 (SRR, Dec. seu Sent., vol. LXI [1969], p. 195; *etiam* una *coram* De Jorio, de 28 abril 1971 (ibid., vol. LXIII [1971], p. 346). NB. En ambas decisiones se cita por extenso un fragmento de otra *coram* Bejan, de 24 de abril de 1968 —no publicada—, que recoge el mismo principio.

53 Desde este mismo ángulo de observación se podría revisar también el tema del pacto como indicio de mayor intensidad en el acto de voluntad: cf., p. ej., una *coram* Pompedda, de 8 de junio de 1987, en ARRT, Dec. seu Sent., vol. LXXIX (1987), p. 369. De por sí el pacto, en cuanto que sugiere un acuerdo bilateral, pudiera no estar tan alejado de la exclusión *del ejercicio del derecho* y no del

Por supuesto que los intentos de identificar conceptual y procesalmente los nuevos o renovados componentes del pacto que insinúa la legislación vigente —*bien de los cónyuges, comunión de vida...*— tendrán en la interpersonalidad un obligado punto de referencia.

— La precisión que hemos recabado para la relación interpersonal en sí misma como previa a cualquier intento de restringir el contenido de la exclusión a una propiedad o elemento esencial del matrimonio: vuelve a plantear el tema de la distinción entre *exclusión total* y *exclusión parcial*<sup>54</sup>. A pesar de su identidad de efecto jurídico invalidante, la diversidad de la tipificación legal en el can. 1101, § 2 —*matrimonium ipsum... matrimonii essentiale aliquod elementum... essentialem proprietatem...*— permite y hasta exige una mayor claridad de conceptos, a la que pueden servir las distinciones apuntadas: un mayor contenido de interpersonalidad facilitará una implícita presencia e inclusión de las propiedades y finalidades en el pacto; un defecto importante de ella podrá detectar una exclusión del matrimonio mismo en cualquiera, por lo común la más apta de acuerdo con las pruebas de que se disponga, de las notas esenciales de él.

VII. Considero que hay dos puntos en la reflexión actual de la jurisprudencia que la atención profunda al acto de voluntad como *personal* puede iluminar especialmente: la exclusión de la *dignidad sacramental* y el matrimonio *leviter initum*<sup>55</sup>.

No podemos entrar en este artículo en la amplia y profunda problemática que encierra el primer punto<sup>56</sup>. Pero no dejo de señalar que los aspectos precedentes nos permiten revisar con criterios más actuales las posiciones tradicionales<sup>57</sup> sobre él y recabar para el pacto una asimilación personal, explícita o implícita, de una fe madura y operante<sup>58</sup>.

Por lo que hace al matrimonio celebrado sin la debida atención<sup>59</sup>, ya al principio hice notar que uno de los móviles de este trabajo es recabar

derecho mismo. Hemos de reconocer, sin embargo, que, de por sí, el pacto es signo de una voluntad más decidida y clara: aspecto que no deja de tener su importancia, como he hecho notar al principio, a la hora de valorar la 'positividad' del acto como referida a la prueba por presunciones.

54 Cf. Decano Filipiak, 'Prolusión al Curso 1975 en el Estudio Rotale', en *Ephemerides Iuris Canonici*, 31 (1975), pp. 214-217.

55 Cf. una *coram* Serrano, de 2 de junio de 1989, Prot. n. 14.577.

56 Cf. recientemente, M. F. Pompedda, 'Fede e sacramento nel matrimonio. Mancanza di fede e consenso matrimoniale: aspetti giuridici', en *Quaderni Studio Rotale*, II, 1987, pp. 41-66; también D. Faltin, *ibid.*, IV, 1989, pp. 5-39.

57 Cf. P. Gasparri, *De matrimonio*, Parisiis, 1932, vol. II, p. 46, n. 827.

58 Cf. una *coram* Serrano, de 18 abril 1986, en RR Dec. seu Sent., vol. LXXVIII (1986), pp. 287-298, y otra *coram* Serrano de 1 de junio 1990 (RR Dec. Seu Sent. vol. LXXXII (1990) pp. 431-445).

59 Hay una distinción entre 'atención' e 'intención', que en principio equivaldría a la intervención —terminal— de la inteligencia y de la voluntad en el acto. Es claro que la atención, de por sí,

para el consentimiento matrimonial —y también para su nulidad declarada— una noción de mayor profundidad psicológica y antropológica. Desde esta perspectiva, el matrimonio celebrado sin adecuada responsabilidad, el buscado como medio para otros fines, no resiste fácilmente un examen exigente. Es imposible pensar en un compromiso asumido con ligereza o instrumentalizado, si éste se reconoce como está descrito en la ley y se afronta con un mínimo de implicación personal; o buscado para finalidades ajenas a la íntima comunión interpersonal. Ésta se afirmará siempre como una vinculación exigente y sincera: alcanzada cuando, a pesar de cualesquiera convicciones teóricas, se da una auténtica entrega y aceptación mutua y total de los consentientes; frustrada, cuando deliberadamente su expresión formal no sea vehículo de un compromiso responsable y maduro<sup>60</sup>...

VIII. Quisiera terminar concretando algunas conclusiones y saliendo al paso de algunos equívocos que pudieran suscitarse.

Es urgente reiterar, una vez más, que el móvil principal de estas notas es recabar para el consentimiento matrimonial —para su capacidad, su configuración y su exclusión— un valor que a veces nuestras causas de exclusión minimizan. En más de una ocasión<sup>61</sup> se ha leído o se ha dado a entender que para celebrar el matrimonio basta la inercia de la voluntad, mientras que para excluirlo es necesario ser consciente de ello.

En tal afirmación he intentado poner de manifiesto que hay una inmotivada devaluación del consentimiento matrimonial en sí mismo y una confusión con la práctica procesal; y que en el orden del ser no es necesario, ni lógico, que así sea. No tiene por qué ser cierto que el acto de consentir 'funciona' automáticamente y el acto de voluntad excluyente ha de ser deliberado. En este sentido, estas líneas pretenden ser más integradoras que alternativas, enriquecer el tema más que desviarlo.

El verdadero ser o no ser del matrimonio en su estructura psicológica, antropológica y jurídica nos viene dado por el cuidadoso análisis a que ha

comporta una cierta conciencia del acto; la intención 'quererlo', comprometerse con él y sus consecuencias. En el matrimonio *leviter initum* si falla la 'atención' *a fortiori* desaparece la 'intención'.

60 La evidente distinción entre un 'defecto estructural de discreción de juicio' y una realización inmadura de un acto en el caso de matrimonio no resulta tan distante entre sí. Pues el dato que hay que constatar es idéntico y preciso: la posición de un acto —el consentimiento— deficitario o no según la actual disposición del sujeto. Como los desprovistos de cordura o madurez pueden realizar algún acto maduro o cuerdo, así los dotados de madurez o cordura pueden realizar un acto inmaduro. No todos los actos de los sicópatas graves son gravemente sicopáticos, como es posible y hasta probable asegurar que algún acto de una persona no calificable como sicopática grave carecerá de su madurez habitual. Y ello mucho más en asunto tan cualificadamente emocional como es el matrimonio: cf. una *coram Serrano*, de 8 de marzo de 1991, Prot. n. 15.504. El grado de intervención o ausencia de responsabilidad deliberada en estos casos habrá de ser determinado, por necesidad, caso por caso.

61 Cf. *supra*, nn. 3 y 4.

sido sometido en las causas de nulidad por incapacidad. El objeto de estudio en aquellos casos era —y no podía ser otro— que el consentimiento matrimonial, y, por tanto, el mismo que ha de tenerse presente en los casos de exclusión, tanto para reconocerla como para negarla.

Tal perspectiva, como acabamos de decir, en el orden de la realidad es no sólo correcta sino inmediatamente deducible de la doctrina conciliar sobre el matrimonio y de la recepción que de ella ha hecho el Código vigente. Por otro lado, en su aplicación procesal no se antoja tan apartada de la actualmente en uso, ya que conserva la necesaria presunción del derecho en favor de la validez del pacto, y puede asumir sin gran dificultad todas las presunciones con las que se deduce el acto de voluntad. En ocasiones, aquéllas se completan con otras nuevas que, según los casos, facilitan el reconocimiento tanto de la presencia como de la ausencia del vínculo.

Refiriéndonos ahora a las objeciones, hay que admitir, en primer lugar, que la aproximación entre las causas de incapacidad y las de exclusión hasta el momento muy separadas entre sí<sup>62</sup>, pudiera llevar consigo un pretendido exceso de valoración en éstas de elementos psicológicos o siquiátricos. Pero pienso que no son pocas ni de escaso peso las razones que desvirtúan no poco la aparente fuerza de esta observación.

— Es la misma norma la que recaba una atención hacia la psicología del sujeto cuando determina que el objeto de estudio es, más allá del consentimiento<sup>63</sup>, el acto positivo de voluntad, realidad evidentemente psicológica y, en cualquier caso, sujeta a sus propias formas de valoración.

— Por otra parte, no podemos permanecer ajenos a la evolución del conocimiento del hombre y de sus acciones. Como en las causas por incapacidad, antes que la psicología y la psiquiatría avanzaran en sus conocimientos, los supuestos apenas si superaban los conceptos de *amencia* y *demenia*<sup>64</sup>, y hoy llegamos hasta estimaciones mucho más finas de las anomalías de la síque; así, en las causas de exclusión, no sería extraño que hubiera que indagar mucho más en los presupuestos y requisitos de la formación de un acto de voluntad de tanta trascendencia como es el matrimonio.

— La misma constatación de que recientemente en las causas de nulidad se produce un crecimiento constante de los casos de incapacidad —en

62 Hasta el punto que, como es sabido, se suele negar la conformidad entre sentencias afirmativas, de las cuales una afirma la incapacidad y otra la exclusión. Sobre el tema, cf. José M. Serrano Ruiz, *Incapacidad y exclusión...* cit., *supra*, n. 15; cf. también un Decreto *coram* Serrano, de 24 de octubre de 1986.

63 Que en sí mismo es también un acto síquico, aunque en cuanto dual y externo tiene, por supuesto, relevancia jurídica.

64 Cf. la sentencia *coram* De Jorio citada, *supra*, n. 23.

relación con los de exclusión—, nos puede hacer pensar. El hecho tiene diversas explicaciones, no todas admisibles. Pero, en cualquier caso, es evidente que las causas de nulidad por incapacidad ponen en primer plano un decidido estudio en profundidad del pacto conyugal, que las de exclusión, en más de un aspecto, podrían descuidar, tanto por una consideración parcial de él como por una prueba de menor calidad<sup>65</sup>.

— Es más, lo mismo que no se podría tachar de exceso en la valoración psicológica un estudio como el que recabamos para estas causas en las nuevas perspectivas, ya que apenas si se ha aludido en él a nociones de carácter psicológico o psiquiátrico en el sentido técnico, cabría hablar de una reconversión de las causas de incapacidad. Pues no sería difícil advertir que muchas de las causas que, sobre todo en ciertos Tribunales, hoy se plantean bajo el aspecto, casi exclusivo, de incapacidad<sup>66</sup>, podrían admitir un tratamiento de exclusión y así las estadísticas no serían tan llamativas. La mayor calidad del procedimiento y la relativa mayor sinceridad, al menos objetividad, de los argumentos empleados contribuirían a recobrar dignidad para las causas de exclusión, también en la opinión pública sobre ellas; y el campo de aplicación de las normas del Código volvería a situarse en un justo equilibrio.

— Hay que admitir que hasta ahora las causas de nulidad por exclusión —como todas las demás que no sean las de incapacidad e impotencia— han recabado para sí un tratamiento que por mantenerse más alejado de la técnica psiquiátrica se considera más jurídico y judicial. Pero es posible que tal modo de considerar la cuestión dependa no sólo de las causas de exclusión mismas, sino también, en buena parte, de la forma en que se instruyen las de incapacidad, dando una preponderancia cualificada a los expertos y sin atribuir la debida importancia a la interpretación jurídica y judicial de sus conclusiones. A decir verdad hemos de lamentar que con frecuencia nuestras decisiones estén demasiado llenas de términos y diagnósticos clínicos, y no atiendan con el mismo interés y profundidad las consecuencias jurídicas de ellas. Las deducciones periciales nos han proporcionado nociones y detectado actitudes —oblatividad, receptividad, comunicación, relacionalidad...— que de por sí son esencialmente jurídicas y, por supues-

65 No hay duda en este aspecto de que el asesoramiento pericial supera la calidad de las declaraciones de los testigos como material probatorio sometido al criterio del juez.

66 Es conocido el informe dado por el cardenal Felici en el Sínodo sobre la Familia el día 6 octubre de 1980 (cf. *Communications*, 12 [1980], pp. 215-220). En su comunicación, el cardenal notaba no sólo el desmesurado crecimiento de las causas de nulidad en los Tribunales de Norteamérica, sino también el que de estas Curias hubiera desaparecido prácticamente del todo cualquier otro motivo de nulidad.

to, conyugales. Descubrir las en el comportamiento de una persona normal no tiene por qué ser objeto exclusivo de la atención del experto.

IX. Y, por último, podemos salir al paso de un recelo que pudiera estar en la mente de todos: ¿Requerir para el consenciente, en el momento del matrimonio, una 'actitud' personal y personalizante del acto, más allá de la noción común de acto de voluntad, no significa abrir un mayor espacio a la nulidad, complicando excesivamente la causa eficiente del pacto? ¿No es volver a sentir cercano ese peligro que tantas veces acecha en las causas de incapacidad de tomar como punto de referencia del matrimonio esencial, del matrimonio *válido*, un pacto de *élite*, de personas conscientes y maduras en un grado excesivo?<sup>67</sup>

Es cierto que el matrimonio es paradójico: muy por encima en sí —basta pensar en su índole sobrenatural y mística— de lo que el hombre puede pensar y alcanzar; muy a su medida en cuanto instituto natural *elevado por gracia* y no por esfuerzo ni intención del hombre. También participante, tal vez como pocas realidades humanas, de ese ser *abierto* que es propio de la voluntad personal capaz de tender válidamente sin abarcar del todo lo que busca. Pero estimo que no se trata sino reconocer con mayor precisión la importancia tanto de la celebración del matrimonio como de la simulación de él<sup>68</sup>. Si para realizar el matrimonio hay que 'comprometer' toda la persona, para frustrarlo hay que excluirla toda también: los matices entre una y otra *actitud* habrán de ser objeto de consideración caso por caso. Una vez más, no se trata de cambiar los conceptos —el *qué* del matrimonio y de sus notas esenciales— sino de determinar el modo —el *cómo*— en que se asumen en el consentimiento. Y reconocer en este caso el modo comporta dedicar mayor atención a algunos aspectos que tienen ellos mismos un significado autónomo en una vivencia *personal*, a la manera en que las notas esenciales lo tienen en el modelo institucional.

Y es claro que en cualquier caso se habrán de respetar todos los principios que rigen nuestro sistema matrimonial, tanto en el orden sustantivo como procesal.

El matrimonio sigue siendo ese acto fundamentalísimo del hombre al que, por añadidura, inclina su propia naturaleza. Seguiremos *presumiendo* que ha sido bien hecho, mientras no se demuestre lo contrario. Pero no se puede ocultar que el conocimiento que tenemos de él ha variado nota-

67 A esta dificultad trata de responder de algún modo la sentencia *coram* Serrano, de 5 de abril de 1973, cf. *ibid.*, n. 11.

68 De ahí que surja otra vez la necesidad de la valoración moral del juez, a pesar de clarificarse más el término de su discernimiento. En definitiva, él habrá de juzgar entre 'dos' actitudes, como también hubiera de hacerlo entre dos actos (positivos) de voluntad.

blemente a partir del Concilio Vaticano II. Y que este conocimiento mayor y mejor de la alianza conyugal ha de iluminar todos los supuestos, tanto para reconocer como para negar la nulidad del vínculo. No cabe sino esperar una mayor dignidad de las causas de nulidad por exclusión y una mayor precisión —que es, en definitiva, el rigor de la verdad en la administración de la justicia— en su resolución, si se aplican, como por lo demás es obligado, las grandes líneas de la nueva imagen de matrimonio que nos llegan de la más reciente reflexión sobre él.

J. M.<sup>a</sup> Serrano Ruiz  
Tribunal de la Rota Romana