

# COMENTARIO DE LA SENTENCIA C. STANKIEWICZ, 22.II.1996

ANA M<sup>a</sup> VEGA GUTIÉRREZ

## SUMARIO

I • INTRODUCCIÓN. II • RESUMEN DE LA SENTENCIA. III • CONSIDERACIONES ACERCA DE LA EXCLUSIÓN DE LA INDISOLUBILIDAD. 1. Motivaciones y positividad del acto excluyente. 2. Formas de voluntariedad excluyente. 3. La exclusión hipotética de la indisolubilidad: las condiciones de futuro «*contra substantiam*». 4. La reserva del «*ius divortandi*»: error y mentalidad divorcista. 5. Las causas «*simulandi et celebrandi*».

### I. INTRODUCCIÓN

La sentencia que da pie a este comentario afronta dos de los capítulos de nulidad más frecuentes en la actualidad: la exclusión parcial (c. 1101 § 2) y la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio (c. 1095 § 3). Ambos cánones vienen a confirmar, *contrario sensu*, que «el acto de voluntad, por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable» (c. 1057 § 2) exige *posibilidad (capacidad)* y verdadera *intencionalidad (voluntariedad)* de asumir esa entrega. Por tratarse de un acto *humano y personal*, los contrayentes necesitan no sólo un mínimo de capacidad para entender el matrimonio (uso de razón y discreción de juicio), sino también la voluntad de quererlo y la posibilidad de entregarse y recibirse como esposos, esto es, de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio<sup>1</sup>. Faltando cualquiera de estos requisitos indispensables del consentimiento eficiente, es imposible que nazca el vínculo matrimonial. Quien alega su

1. Según Kitchen la transición del *ius in corpus* al *ius ad consortium vitae* es muy significativa para el contenido de la intención matrimonial. A la capacidad para el genuino dar y recibir le corresponde el deber de una intención de darse a sí mismo y de recibir al otro. Lo cual comporta un giro muy importante en la interpretación del consentimiento matrimonial, de *acto humano* a *acto personal*, que requiere abandonar el terreno de las abstracciones y tomar como punto de referencia la vida concreta de la persona. Cfr. P. KITCHEN, *Matrimonial Intention and Simulation*, en «*Studia Canonica*», 28 (1994), pp. 373-374.

ausencia debe asumir la carga de la prueba, eje principal de todo el proceso, pues debe tener la fuerza suficiente para crear certeza moral acerca de la existencia de la nulidad.

En el caso que nos ocupa, la sentencia definitiva declara que no consta la nulidad por ninguno de los capítulos alegados: ni por exclusión de la prole y de la indisolubilidad por parte del marido demandante, ni por incapacidad psíquica para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por parte de la esposa. Se rechazan ambos por falta de prueba, tanto de las *causae simulandi* aducidas por el demandante, como de la existencia de una patología psíquica en la demandada que la incapacitara para contraer. El *in iure* ofrece valiosas puntualizaciones acerca de la exclusión hipotética de la indisolubilidad y del contenido del *bonum prolis*, además de una interesante interpretación de las circunstancias requeridas para identificar los supuestos invalidantes del c. 1095 § 3.

Siendo rica y actual la temática abordada por la sentencia, nuestro comentario se ceñirá exclusivamente a diversas cuestiones relacionadas con la simulación en general y con la exclusión de la indisolubilidad en particular.

## II. RESUMEN DE LA SENTENCIA

Los hechos que, a nuestro juicio, presentan particular relieve son los siguientes:

a) Transcurridos 14 años de convivencia conyugal sin descendencia y con un deterioro progresivo en la relación, como consecuencia de la adicción de la mujer al alcohol, el marido instó la declaración de nulidad matrimonial ante el foro competente por los capítulos antes señalados.

El actor alega haber interpuesto dos reservas en su consentimiento matrimonial: el derecho a no procrear en el futuro, por el temor a que los hijos nacieran con taras, y el derecho a recurrir al divorcio en el caso de que la convivencia conyugal fracasase. Según afirma, esta última reserva estaba fundada, por un lado, en la diabetes *mellitus* padecida por la mujer

y en su propensión a la alcoholemia; por otro, en su carácter infantil e inmaduro, argumento que también esgrime como causa que la incapacita para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio. Asegura, además, que esas intenciones no sólo estaban claras y expresamente formuladas en el momento de contraer, sino que incluso «antes de la boda había informado acerca de ellas a la otra parte, a sus familiares y a otros testigos».

b) Admitida la demanda, la parte demandada se opuso pertinazmente a la petición del actor, negando haber tenido conocimiento de tales reservas antes de contraer matrimonio. Es más, reprocha al marido demandante la ausencia de un comportamiento coherente con esa intención excluyente durante la convivencia conyugal, como lo prueba —en relación a la prole— el hecho mismo de haber sufrido tres abortos espontáneos: si no hubo descendencia fue por causas ajenas a la voluntad de los contrayentes.

Ambas partes presentan testigos en favor de sus respectivas argumentaciones, contradictorias entre sí, por lo que el tribunal completa la instrucción de la causa con una prueba pericial practicada sobre la demandada, con el fin de confirmar el momento de aparición de las enfermedades alegadas como *causa simulandi* y la naturaleza psíquica de la incapacidad. Por otro lado, mientras se está tramitando la causa canónica de nulidad, el demandante contrae un nuevo matrimonio civil, una vez obtenido el divorcio.

En primera instancia se resuelve a favor de la nulidad, pero sólo por exclusión del *bonum sacramenti*, rechazándose el resto de los capítulos, por probarse de forma fehaciente que tanto el alcoholismo como la diabetes mellitus son diagnosticadas por primera vez años después de haber contraído matrimonio, por lo que difícilmente pudieron ser el motivo que condujo al demandante a la exclusión de la prole en el momento de celebrarse la boda. Por la misma razón se descarta la presencia entonces de una patología psíquica que pudiera incapacitar a la demandada para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio.

A pesar de todo, la sentencia de primera instancia opina que «puede ser verdad que el actor realmente encontrara algo en la manera de actuar de la demandada, lo cual habría provocado en él cierta duda

acerca del infeliz éxito de las nupcias, de donde se desprendería el propósito de divorciarse en el caso de que el matrimonio fracasase». Sobre este único elemento que favorece al demandante se basó la declaración de nulidad. Apelada la sentencia por la demandada, se instó el preceptivo examen en segundo grado.

c) Por último, la sentencia definitiva de la Rota, objeto de nuestra atención, en disconformidad con la apelada, declara que no consta la nulidad. Su argumentación se centra en probar con contundencia tanto la ausencia de una patología psíquica con entidad suficiente para incapacitar, como la falsedad de las *causae simulandi* de las dos reservas aducidas. El Tribunal demuestra así con una lógica impecable, y a la luz de los hechos particulares, que no pudo existir verdadera intención excluyente ni antes ni en el momento de la celebración del matrimonio.

Como ya se advirtió en primera instancia, el historial clínico de la paciente atestigua que el alcoholismo y la diabetes son posteriores al matrimonio, por lo que no pudieron condicionar la exclusión de la prole. Por la misma razón, habría que valorar con cautela la estructura de la personalidad de la demandada, sobre la que se pretende fundar la exclusión de la indisolubilidad por parte del demandante, para dilucidar con exactitud qué parte del actual estado caracterológico es anterior a la intoxicación alcohólica y cuál posterior. Sólo la anomalía previa pudo incidir en el consentimiento, ya como causa de incapacidad para asumir las obligaciones, ya como *causa simulandi* de la exclusión de la indisolubilidad.

La perito de oficio admite una leve alteración neurótica de la personalidad en la parte demandada en la época de la boda que, sin embargo, no pudo impedir el funcionamiento de sus facultades psíquicas; es decir, «no era de por sí de un grado tal que pudiera afectar ni disminuir las capacidades superiores de la mujer», por lo que al contraer era capaz de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio cristiano.

Su modo infantil de proceder durante la convivencia conyugal «no corresponde al cuadro de una inmadurez cuanto sobre todo al de la intoxicación alcohólica», desencadenada en el período postnupcial y que, por consiguiente, no pudo tenerse en cuenta por el actor al emitir su consentimiento matrimonial. Carecen, pues, de crédito tanto las

declaraciones del actor como las de sus testigos y las del perito particular, quien paradójicamente asigna el origen de las dudas y perplejidades del actor antes de la boda al modo de actuar de la parte demandada en el período postnupcial, para extraer de ellas los propósitos del simulador sobre aspectos fundamentales del vínculo. Desvirtuada la argumentación de la parte demandante, queda confirmada la validez del matrimonio sometido a juicio.

### III. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA EXCLUSIÓN DE LA INDISOLUBILIDAD

#### 1. *Motivaciones y positividad del acto excluyente*

Se ha dicho, con acierto, que «el denominador común de cualquier *fattispecie* simulatoria es una falta de verdad conyugal esencial voluntaria en la *intentio contrahendi*, por cuya causa se desintegra la conatural congruencia entre el acto voluntario interior y su manifestación sensible»<sup>2</sup>. Así pues, además de la necesidad de su prueba en el fuero externo, sus tres elementos definidores son: la voluntariedad del acto excluyente, la falsedad del signo externo nupcial y la suplantación de la verdadera voluntad de conyugarse por otra voluntad interna que necesariamente supone un *querer no casarse* (exclusión total) o un *querer un falso matrimonio*, carente de alguna de sus propiedades o elementos esenciales (exclusión parcial)<sup>3</sup>.

Como bien resume Villegiante, «el discurso es sencillo: la Iglesia no obliga a nadie al matrimonio, incluso garantiza al máximo la libertad de elección de la persona. Pero, libre en la elección, la persona está absolutamente vinculada por el objeto: o su voluntad entiende y acepta el matrimonio tal como lo entiende y lo quiere la Iglesia, o bien, si su voluntad entiende un objeto en su esencia diverso, por esto mismo su voluntad no es matrimonial»<sup>4</sup>.

2. P. J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulación del consentimiento*, Pamplona 1997, p. 18.

3. Para un análisis detenido de cada uno de estos elementos, cfr. *ibid.*, pp. 21-38.

4. S. VILLEGGIANTE, *L'esclusione del «bonum sacramenti»*, en AA.VV., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1990, p. 193.

Ahora bien, si aquél es el común denominador de cualquier simulación, el que debe apreciar y probar el intérprete a la hora de calificar jurídicamente el supuesto de hecho como una causa de nulidad, los caminos biográficos y psicológicos para falsear el consentimiento matrimonial pueden ser variadísimos, tantos como potenciales contrayentes, pues los derechos y obligaciones que se intercambian en el matrimonio son humanos y no son distintos de las personas mismas que a través de ellos se entregan y aceptan recíprocamente<sup>5</sup>. A la postre, todo dependerá de la irrepetible decisión voluntaria del hombre o de la mujer de atentar, pese al aparente signo nupcial, contra la esencia, las propiedades, los fines o los elementos esenciales del matrimonio. No existen, pues, modelos normativos o patrones psicológicos de simulador total o parcial, por el contrario, «la capacidad de la miseria humana de ingeniar nuevas formas de verosimilitud conyugal de falso amor parece inagotable. (...) Esta voluntariedad final es la que debe apreciar el intérprete, más que exigir que los caminos que la preceden obedezcan a un apriorístico patrón psicológico, biográfico o, en suma, fáctico»<sup>6</sup>.

En definitiva, la voluntad simulatoria descrita en el c. 1101 no es sino el negativo de la verdadera voluntad matrimonial, definida en el c. 1057 § 2. Esta identidad volitiva no admite grados intermedios: o existe consentimiento matrimonial o está completamente ausente porque el contrayente ha *querido no consentir* mediante una exclusión total o parcial<sup>7</sup>. En esta divergencia insanable, en este deliberado disenso, consiste la simulación, que es siempre un *quid positivum*, en el sentido de que «quien simula quiere simular». Bajo este aspecto se entiende la *necesidad del acto de voluntad* que la ley, precisamente, quiere *positivo*, es decir, puesto en acto<sup>8</sup>.

Por eso, como advierte Viladrich, «comprender que la simulación es un defecto del consentimiento que se origina libre y conscientemente

5. Cfr. J.M<sup>a</sup>. SERRANO RUIZ, *La nulidad del matrimonio por anomalías psico-sexuales*, en AA.VV., *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, Salamanca 1975, p. 60.

6. P. J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulación...*, cit., pp. 20-21.

7. Como bien resume una c. Ewers de 8 de julio de 1972, RRD, vol. 64, p. 409: «O el contrayente finge lo que internamente no quiere, en cuyo caso falta el acto mismo de la voluntad que conduce al contrato, o la voluntad lleva hacia un objeto diverso del matrimonio y entonces hay un único acto de voluntad por el que positivamente queda limitado el matrimonio en su objeto esencial».

8. Cfr. S. VILLEGIANTE, *L'esclusione del «bonum sacramenti»*, cit., p. 201.

en la propia voluntad del sujeto es clave, primero, para interpretar correctamente la exigencia del "acto positivo de voluntad" en la simulación, segundo, para distinguir la simulación del error, sobre todo cuando éste actúa de motivación de la propia simulación (*causa simulandi*), y finalmente, para evitar confundir el mundo motivacional de la simulación (las *causae celebrandi* o *contrahendi* y las *causae simulandi*) con la voluntad simulatoria en sentido estricto, o acto positivo de exclusión»<sup>9</sup>.

Estas consideraciones son especialmente útiles en el caso que nos ocupa, pues permiten dilucidar con mayor precisión la relevancia jurídica de las intenciones contrarias a la prole o a la indisolubilidad del vínculo, ésta última realizada en previsión de un hecho futuro e incierto, y en un contexto cultural donde la mentalidad divorcista está muy arraigada, hasta el punto de que el error sobre esta propiedad esencial puede llegar a convertirse en una verdadera *causa simulandi* de la exclusión. Cuestiones todas ellas que aborda con cierto detenimiento el *in iure* de la sentencia.

## 2. Formas de voluntariedad excluyente

Como venimos insistiendo, el acto excluyente, para que invalide, debe ser realmente voluntario, aunque su positividad puede revestir formas muy diversas: actual o virtual<sup>10</sup>, explícita o implícita<sup>11</sup>, absoluta o hipotética<sup>12</sup>; si bien esta última sólo excluye positivamente cuando se trata de la indisolubilidad, como ocurre en la situación examinada<sup>13</sup>. Con

9. *Ibid.*, p. 23.

10. Cfr. c. Pinto, 19 de junio de 1972, RRD, vol. 64, p. 354; c. Colagiovanni, 12 de enero de 1988, Romana, n. 5.

11. Cfr. c. Staffa, 21 de mayo de 1948, n. 2, RRD, vol. 40, p. 186; c. Sabbatani, 29 de octubre de 1963, n. 3, RRD, vol. 5, p. 706; c. Stankiewicz, 23 de junio de 1978, en «Ephemerides Iuris Canonici», (1979), p. 290; c. Palestro, 16 de mayo de 1990, n. 7, RRD, vol. 82, p. 368.

12. Cfr. c. Pinto, 19 de junio de 1972, RRD, vol. 64, p. 354; c. Colagiovanni, 18 de octubre de 1986, n. 15, RRD, vol. 78, p. 543; c. Colagiovanni, 15 de diciembre de 1993, n. 17, RRD, vol. 85, p. 757.

13. Describen su incidencia en la exclusión de la indisolubilidad, E. OLIVARES D'ANGELO, *La exclusión de la indisolubilidad*, en AA.VV., *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, Salamanca 1994, pp. 175-178, y S. PANIZO, *Exclusión de la indisolubilidad del matrimonio*, en AA.VV., *Simulación matrimonial en el Derecho canónico* (ed. J.I. BAÑARES), Pamplona 1994, pp. 226-231.

todo, lo relevante desde el punto de vista jurídico es que no basta *no querer* el matrimonio, sus propiedades o elementos esenciales, sino que es preciso un *querer* excluirlos (no se trata de un *nolle* o *non velle* sino de un *velle non*)<sup>14</sup>. No es imprescindible aceptarlos para que el matrimonio sea válido. Pero para que sea nulo es preciso no aceptarlos y este rechazo no se produce sino por un *acto positivo de voluntad*<sup>15</sup>, necesariamente anterior—virtual y no revocado— o concomitante a la celebración del matrimonio, «quod factum est, infectum manere impossibile est»<sup>16</sup>.

Esta última aclaración, aunque obvia, es esencial para valorar el acto excluyente, porque «no pocas veces, la confesión judicial de las partes, al deponer sobre su voluntad excluyente antes del matrimonio, está radicalmente deformada; y no por una actitud dolosa, sino porque el acto consensual se mira y se examina a la luz de una nueva realidad psicológica»<sup>17</sup>, que incluso puede llegar a forzar las motivaciones reales presentes en el momento de contraer, para reconstruirlas en función de su

14. Así lo subraya una c. De Jorio, 10 de diciembre de 1969, RRD, p. 1131: «Itaque nec actus voluntatis excludens matrimonium ipsum aut ius ad conjugalem actum vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem potest inertia, in non velle, consistere. Contra consistit in vellen non». Vid. en el mismo sentido, c. De Jorio, 18 de febrero de 1970, n. 3, RRD, vol. 62, p. 155; c. Davino, 18 de mayo de 1989, n. 15, RRD, vol. 81, p. 377. Cfr. asimismo, L. GUTIÉRREZ MARTÍN, *Voluntad y declaración en el matrimonio*, Salamanca 1990, p. 36 y J.J. GARCÍA FAÁLDE, *La nulidad matrimonial, hoy. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona 1994, p. 89.

15. Según confirma la jurisprudencia: «Tria una simul concurrenti necesse est elementa, ut exclusio vim irritantem praeferat: a) *voluntas*, non itaque intellectus eiusque specificae emanationes, ut ex. gr. *ideae*, *opiniones*, *errores*; b) *actus*, seu transitus ab inertia in motum, qui plane distinguitur a mera inclinatione vel a voluntate habituali seu forma mentis, actum haud determinantes, necnon a voluntate generica vel interpretativa, quae unam animi dispositionem vel habitum coarguunt; atque a spe, a mera praevisione et a desiderio, quae per se consensum non afficiunt et cum eo simul stare possunt; c) *positivus*, non *negativus*, seu “velle non” non vero “nolle” (cfr. O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1973, 4<sup>a</sup> ed., p. 92) non tamen actualis et explicitus, cum rem statim sit virtualis (adhuc scilicet servans virtutem actus, expressi et non revocati) et implicitus» (c. Ferraro, 16 de octubre de 1984, n. 3, RRD, vol. 76, p. 520; c. Davino, 18 de abril de 1991, n. 3, RRD, vol. 83, pp. 269 ss.). En definitiva, el acto positivo «no consiste en mera ausencia del consentimiento, o en la ausencia de la intención de contraer, sino que es siempre algo positivo que procede de una voluntad específica» (c. Bejan, 1960, n. 3, RRD, vol. 52, p. 584). Cfr. asimismo, c. Bejan, 1 de marzo de 1967, n. 8, RRD, vol. 59, p. 137; c. Agustoni, 22 de marzo de 1983, n. 4, RRD, vol. 75, p. 132. Cita abundante jurisprudencia en el mismo sentido F. GIL DE LAS HERAS, *El concepto canónico de simulación*, en AA.VV., *Simulación matrimonial en el Derecho canónico*, cit., p. 110.

16. Nov. 97, c. 1.

17. L. GUTIÉRREZ MARTÍN, *Voluntad y declaración en el matrimonio*, cit., p. 43.

actual propósito disolutorio del vínculo<sup>18</sup>. De ahí que no pueda afectar a la validez la mal denominada voluntad *interpretativa*, que responde a la decisión que el sujeto tomaría, una vez contraído el matrimonio, si pudiera retrotraer el momento actual a aquél del pasado en que realmente contrajo<sup>19</sup>.

Todo ello explica, por otra parte, que la confesión judicial del simulante no tenga fuerza plena sino se confirma con otros elementos probatorios, porque no es extraño que pueda contener una «*simulatio simulationis*»<sup>20</sup>, como ocurre en el supuesto que venimos analizando, en el que el simulante falsifica las *causae simulandi* para lograr la nulidad de su matrimonio.

### 3. *La exclusión hipotética de la indisolubilidad: las condiciones de futuro «contra substantiam»*

Hechas estas advertencias, nada obsta para admitir como positivo el acto hipotético de excluir, en el cual existe ciertamente una voluntad contraria, pero sólo en el supuesto de que se verifiquen o no determinadas condiciones en el curso de la convivencia conyugal. En tales situaciones, frecuentes en el caso de la indisolubilidad<sup>21</sup>, el sujeto se reserva al contraer un aspecto esencial del matrimonio cuya exclusión ejercitará según ciertas circunstancias desconocidas por futuras<sup>22</sup>. Se trata, pues, de

18. Así lo confirma una c. Mundy, 1 de febrero de 1972, RRD, pp. 43-44: «sucede con frecuencia que las opiniones contra la indisolubilidad a nivel de entendimiento antes del matrimonio, dentro del mismo y por motivos surgidos en él, pasan a constituir un acto positivo de la voluntad, el cual sin embargo, no puede afectar al matrimonio ya constituido en su entidad».

19. Según se constata en una c. Colavagiovanni, 12 de enero de 1988, Romana, n. 5: «tempore celebrationis matrimonii iam perfectus esse debet aut intentione actuali concomitantur posita aut intentione virtuali, qua propositum iam deliberatum tunc temporis perseveret. Cum tempore nuptiarum posita non sit, nihil efficit intentio interpretativa qua quis, cum res male cesserint post celebratum matrimonium, recogitat quae mente ante nuptias agitaverit et putat se excludere voluisse indissolubilitatem coniugii, quod revera non statuit» (citada por A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem* [cc. 1101 § 2 CIC; 824 § 2 CCEO], en «Monitor ecclesiasticus», 122 [1997], pp. 221-222).

20. *Ibid.*, p. 223.

21. Como lo atestiguan A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem...*, cit., pp. 448-451, y E. OLIVARES D'ANGELO, *La exclusión de la indisolubilidad*, cit., pp. 176-178. Ambos autores aportan abundante jurisprudencia.

22. Hacen referencia a estas situaciones las sentencias c. Pinto 19 de junio de 1972, RRD, p. 354; c. Bruno, 1 de diciembre de 1972, RRD, p. 175 y c. Pinto, 11 de noviembre de 1974, en «Monitor Ecclesiasticus», (1977), p. 286.

una voluntaria y positiva limitación del consentimiento matrimonial, que adopta la forma de «conditio mente retenta contra substantiam matrimonii», según la denominaba la canonística clásica<sup>23</sup>.

El CIC 17 regulaba estas condiciones en el c. 1092 § 2, hoy desaparecido y reconducido al actual c. 1101 § 2; porque «en este caso no se trata de una auténtica condición, sino de un acto positivo de voluntad que excluye un elemento esencial del matrimonio, al que se refiere el c. 1086 § (del CIC 17)»<sup>24</sup>. En realidad, la proximidad entre ambas figuras —exclusión hipotética de la indisolubilidad y condición de futuro contra la sustancia del matrimonio— estaba comúnmente admitida ya antes de la promulgación del CIC 83 tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia mayoritaria, hasta llegar a reconocer que «son formas distintas de expresar nominalmente un mismo contenido volitivo»<sup>25</sup>.

23. Cfr. las alusiones directas que hace la jurisprudencia a este tipo peculiar de condición en c. Pinto, 22 de julio de 1969, n. 2, RRD, vol. 61, p. 852 y c. Lanversin, 30 de enero de 1985, Florentina, n. 4; ambas citadas por A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem...*, cit., p. 221.

24. *Communicationes*, 3 (1971), p. 78. Según advierte la jurisprudencia rotal, en la misma línea que la presente sentencia (cfr. n. 5), «in utroque casu autem contrahens matrimonium celebrare non vult nisi iuxta propria placita coarctatum "momentum distinctionis inter unum et alium potius est psychologicum quam iuridicum"» (c. Palestro, 18 de julio de 1990, en «Il Diritto Ecclesiastico» 101-II (1990), pp. 337 ss.), iamvero, conditionalis seu hypothetica voluntas indissolubilitatem excludens, licet sub aspectu psychologico firma ac definitiva sit, quia revocationem et modificationem non patitur, sub adpectu iuridico seu normativo incerta manet donec praevisus eventus verificetur, quia tunc tantum significacionem definitivae exclusionis consequetur.

»Cum vero consensus matrimonialis nullo tempore nullaque sub specie intentionem contra indissolubilitatem admittat, sive haec formam actus puri seu absoluti induat sive dumtaxat relativi seu conditionalis, ideoque hypothetica seu condicionata voluntas rescendendi vinculum "si quaedam contingant", iam in radice destruit manifestatum a contrahentibus consensum momento celebrationis nuptiarum, id est iam ante verificationem praevisi eventus» (c. Stankiewicz, 21 de julio de 1987, Romana, n. 5; c. eodem, 30 de abril de 1981, Romana, n. 4; citadas por A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem...*, cit., pp. 449-450).

25. V. REINA, *El consentimiento matrimonial*, Barcelona 1974, p. 217. El autor expone una síntesis de las diversas explicaciones doctrinales sobre ambas figuras en pp. 213-217. Comparten su opinión A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho matrimonial canónico*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid 1974, pp. 262-263 y D. STAFFA, *De condicione e qua pendet matrimonialis contractus*, en «Quaderni Attuali di Diritto canonico», Romae 1955, p. 232. En una c. Serrano, de 28 de noviembre de 1986 (ARRT, 76 (1981), p. 689) se afirma: «La proximidad entre ambas figuras es tan evidente que el nuevo Código ha omitido cualquier condición de futuro —la cual en realidad no es una condición en sí misma ni en la intención del que la pone—, y la ha reducido implícitamente, si no me equivoco, al supuesto de la exclusión de la indisolubilidad».

Apelando a la sustancial congruencia que existe entre ambos preceptos, esta argumentación ha sido especialmente invocada por la Jurisprudencia rotal para resolver por la vía del c. 1101 § 2 las nulidades de los matrimonios contraídos con este tipo de condición durante la vigencia del CIC 17<sup>26</sup>. Tal es el caso de la presente sentencia (cfr. n. 4), que no duda en admitir esta posibilidad como una doble modulación de la exclusión del *bonum sacramenti*. Pues, «en todos estos casos no se trata de una exclusión condicionada de la indisolubilidad, esto es, de una exclusión dependiente de una circunstancia externa, sino de una exclusión que, si cierta, es absoluta en el momento mismo en el que se concibe el acto positivo de voluntad, precisamente porque la indisolubilidad pertenece al objeto del consentimiento: es la ruptura de la unión conyugal, es decir, del *in facto esse*, el que se hace depender de una cierta circunstancia, no la exclusión de la indisolubilidad en cuanto tal: es hipotética la ruptura, no la exclusión»<sup>27</sup>.

Incluso algunas sentencias rotales han recurrido también a esta vía cuando se trata de condiciones de futuro lícitas, puestas y no verificadas, que según el CIC 17 suspendían el matrimonio y ahora ni siquiera lo producen, ya que en tales situaciones la voluntad condicionada se ha de considerar como resolutoria del contrato matrimonial desde el principio al operar contra su sustancia<sup>28</sup>. En definitiva, se viene a afirmar que en la práctica no hay diferencia entre la condición contra la indisolubilidad del matrimonio y la simulación parcial por exclusión de esta propiedad. Así pues, toda condición resolutoria, aunque la materia sobre la que verse sea moralmente lícita, encaminada no a suspender la eficacia del acto sino a rescindirlo si no se verifica un evento futuro, debería ser reconducida a la simulación por exclusión del *bonum sacramenti*<sup>29</sup>.

26. Cfr. la abundante jurisprudencia citada por la sentencia comentada en su n. 4. Ya promulgado el CIC 83 han empleado este recurso las c. Davino, 19 de mayo de 1988, ARRT, 80 (1993), pp. 317-322 y c. Palestro, 18 de julio de 1990, en «Il Diritto Ecclesiastico», 101-II (1990), pp. 337 ss. que afirma: «actus positivus voluntatis a conditione quoad substantiam non differt».

27. S. VILLEGGIANTE, *L'esclusione del «bonum sacramenti»*, cit., pp. 212-213.

28. Cfr. c. Fiore, 25 de junio de 1985, nn. 1-2, ARRT, 77 (1985), pp. 312-313, que invoca en su argumentación una c. Ewers, 23 de marzo de 1956, n. 2, ARRT, 48 (1956), p. 256 y una c. Sancamarra de 23 de febrero de 1989, en «Il Diritto Ecclesiastico», 3 (1990), pp. 233-251.

29. Vid., en este sentido, una c. Boccafolo, 17 de mayo de 1987, nn. 4 y 11, ARRT, 79 (1987), pp. 322 y 326.

Sin embargo, algunos han tachado esta solución de incoherente desde un punto de vista técnico, «porque o hay verdadera condición (suspensión del nacimiento del vínculo, según la anterior regulación codicial) o hay exclusión de una propiedad esencial (nulidad del matrimonio por simulación parcial-condición contra la sustancia)». Pues «en este segundo supuesto no existe voluntad de suspender el inicio del vínculo, sino de reservarse la posibilidad de terminarlo (da igual cuál sea el motivo que se ponga a sí mismo para ello en ese momento)»<sup>30</sup>.

Entendemos, sin embargo, que esa diferencia es más teórica que real, pues no deja de ser contradictorio afirmar que en la condición de futuro el contrayente «acepta y quiere en plenitud» el contenido del vínculo, mientras que en la exclusión del *bonum sacramenti* «se quiere un matrimonio positivamente privado de indisolubilidad», según se indica<sup>31</sup>. Por el contrario, en ambos casos existe una verdadera y objetiva limitación del consentimiento, que en la condición de futuro sobre una materia moralmente lícita procede *ab extrinseco* y en la condición contra la sustancia *ab intrinseco*<sup>32</sup>. Y cualquier consentimiento limitado, en cuanto

30. J. FORNÉS, *Simulación y condición*, en AA.VV., *Simulación matrimonial en Derecho canónico*, cit., pp. 310-311.

31. *Ibid.* Es cierto, sin embargo, que en la exclusión hipotética, a diferencia de la absoluta —en su sentido estricto— la *intentio simulandi* consiste, más bien, en una *intentio non se obligandi* que en una *intentio non contrahendi*. Es decir, el contrayente más que rechazar directamente una propiedad o elemento esencial, lo que rechaza es «resultar obligado por un vínculo conyugal o por la naturaleza jurídica de los deberes esenciales del matrimonio. Lo que el sujeto no quiere es la índole y efecto obligacional o vinculante en derecho del matrimonio y de los deberes conyugales que contrae» (P. J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulación...*, cit., p. 115).

32. Según advierte una c. Palestro, 18 de julio de 1990, cit.: «Consensus limitari non potest nisi voluntas agentis, quo ipse consensus limitatur, vel ab intrinseco vel ab extrinseco: limitatur ab intrinseco quando eius obiectum —quod in caso traditio iuris— in sua substantia limitatur; limitatur ab extrinseco quando obiectum consensus circumstantiae eiusdem extrinsecae subicitur, ita ut obiectum ipsum ab hac circumstantia dependeat. Quia consensus matrimonialis ab intrinseco limitari non potest nisi actu voluntatis agentis, quo ipse consensus ponitur et simul cum suo obiecto limitatur, quique in iure canonico a saeculis vocatur conditio contra matrimonii substantiam; ab extrinseco vero ceteris conditionibus. Sive ergo sit ab intrinseco, sive ab extrinseco apposita, conditio semper consensum limitat (...). Proinde qui voluntatis positivum elicit resolvendi contractum matrimonialem, deficiente conditione v.g. qui declarat se irritum habitum matrimonium, si certor fiat de inhonestate et infidelitate compartis, invalide contrahit. Non quia veri nominis conditionem adiecit consensui sed quia indissolubilitatem respuit, ad quam conditio de futuro resolutiva reducitur, quoties referri nequeat ad conditionem de praesenti pro obiecto habentem compartis seriam promissionem (...). Neminem effugit conditionem contra substantiam aequiparari exinde ad exclusionem hypoteticam, quam vocant, indissolubilitas quatenus

inexistente, es incapaz de generar un matrimonio, pues quien quiere así el matrimonio no está expresando una voluntad *verdaderamente* matrimonial<sup>33</sup>. Precisamente por esta razón, el c. 1102 § 1 CIC 83 corrige en este punto a la anterior regulación y aclara que «no puede contraerse válidamente matrimonio bajo condición de futuro».

En definitiva, en este tipo de exclusión de la indisolubilidad lo que se rechaza es la *perpetuidad* del vínculo. «Aquí, la voluntad suplantadora, que es la única que tiene el contrayente y con la que contrae, tiene por objeto intencional un vínculo cuya fuerza de unir en sí misma es temporal, al que le es propio durar sólo aquel período de la vida que está definido por la obtención de los fines subjetivos del contrayente (...). De donde resulta que la perpetuidad del vínculo es suplida por la temporalidad indefinida de un “consentimiento continuado, pero reversible”»<sup>34</sup>. Como es lógico, un consentimiento de este tipo no puede ser causa eficiente del matrimonio, puesto que «esconde, por una parte, una radical “condicionalidad” del don de sí y de la aceptación del otro, frontalmente reñida con el valor perpetuo del cónyuge, en cuanto varón o mujer y, por otra, una —a veces ni siquiera sutil— utilización epocal —mientras conviene— de algunos aspectos del otro y de la convivencia con él»<sup>35</sup>.

Quien contrajo matrimonio con tales presupuestos intencionales es muy fácil que acumule en la acusación de la nulidad del matrimonio la

nempe contrahens sibi ius reservat vinculum in futurum dissolvendi si quaedam contingant». Cfr. también una c. Pinna, 27 de febrero de 1969, n. 4, ARRT, 61 (1969), p. 220.

33. El propio autor antes mencionado hace suya esta tesis, modificando su anterior punto de vista: cfr. J. FORNÉS, *La incondicionalidad del don y la aceptación conyugales: el matrimonio bajo condición*, ponencia presentada al X Congreso Internacional de Derecho canónico, Pamplona, 14-19 de septiembre de 1998, (versión provisional), pp. 17-19. Por otra parte, así lo confirman, por ejemplo, algunas coram Stankiewicz recogidas por el propio ponente en *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem...*, cit., pp 449-450: «Cum vero consensus matrimonialis nullo tempore nullaque sub specie intentionem contra indissolubilitatem admittat, sive haec formam actus puri seu absoluti induat sive dumtaxat relativi seu conditionalis, ideoque hypotetica seu condicionata voluntas rescindendi vinculum “si quaedam contingant”, iam radice destruit manifestatum a contrahentibus consensum momento celebrationis nuptiarum, id est iam ante verificationem praevisi eventus.

»Iamvero, secus ac conditio resolutoria proprie dicta, quae ante verificationem eventus admittit status pendientiae, quo effectus negotii, etsi temporarii ac precarii, producuntur, condicionata voluntas rescindendi vinculum matrimoniale ob principium indissolubilitatis excludit quamlibet formam pendientiae et prorsus impedit quominus valide poni possit parium consensus, qui unice matrimonium facit (c. 1057 § 1)».

34. P. J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulación...*, cit., p. 103.

35. *Ibid.*, p. 104.

exclusión de la indisolubilidad con la de la prole —y así ocurre en el caso presente—, «porque entre el rechazo de la indisolubilidad del consorcio conyugal y la libertad para transmitir la vida humana, que es propia solamente de este consorcio, media una estrecha conexión psicológica y una interdependencia», como matiza certeramente la sentencia (cfr. n. 12). Esa interconexión se evidencia todavía más cuando puede llegar a probarse que el origen de la causa de la exclusión es la misma: por ejemplo, el temor a las consecuencias de una enfermedad grave en la relación conyugal y/o en los hijos —como aquí se alega—, o la incidencia de la personalidad o educación de uno o de los dos contrayentes en la forma de vincularse en el matrimonio. Ahora bien, según constata la sentencia citando una c. Serrano, «también es cierto, por el contrario, que cuando la exclusión de la indisolubilidad no prospera, la exclusión de la prole deducida por la sola ausencia de los hijos tiene menos fuerza probatoria»<sup>36</sup>.

Al fin y al cabo, no se trata sino de confirmar lo que es tradición común en el Magisterio sobre el matrimonio: sus propiedades esenciales se fundan y vienen exigidas por la ordenación natural a sus fines institucionales<sup>37</sup>. En definitiva, como recuerda Juan Pablo II en su *Carta a las Familias*, «la pregunta sobre los hijos y su educación está vinculada estrictamente con el consentimiento matrimonial, con la promesa del amor, de respeto conyugal, de fidelidad hasta la muerte. La acogida y educación de los hijos —dos de los objetivos principales de la familia— están condicionadas por el cumplimiento de este compromiso»<sup>38</sup>.

Por el contrario, en el contexto de una civilización *utilitarista*, basada en una libertad orientada con sentido individualista —o lo que es lo mismo, una *libertad sin responsabilidad*—, donde las personas se utilizan

36. c. Serrano, sent. 13 de enero de 1989, n. 8, RRD, vol. 81, p. 4.

37. En este sentido, bastaría recordar tres pasajes diversos de la *Gaudium et Spes* en los que viene expuesta esta doctrina. En el primero se dice: «Este vínculo sagrado, en atención al bien tanto de los esposos y de la prole como de la sociedad, no depende de la decisión humana» (n. 48, 1); el segundo subraya: «Esta íntima unión, como entrega de dos personas, lo mismo que el bien de los hijos, exigen plena fidelidad conyugal y urgen su indisoluble unidad» (*ibid.*) y, por último, el documento magisterial indica: «La misma índole del pacto indisoluble entre personas y el bien de la prole exige que también el amor mutuo de los esposos se manifieste rectamente, progrese y madure. Por esto aunque la prole, frecuentemente tan deseada, falte, el matrimonio como intimidad y comunión total de vida conserva su valor e indisolubilidad» (*Ibid.*, n. 50). Glosa y comenta esta doctrina magisterial F. GIL HELLÍN, *El matrimonio y la vida conyugal*, Valencia 1995, pp. 118-120.

38. JUAN PABLO II, *Carta a las Familias*, 2 de febrero de 1994, n. 10.

como si fueran cosas, «la mujer puede llegar a ser un objeto para el hombre, los hijos un obstáculo para los padres, la familia una institución que dificulta la libertad de sus miembros»<sup>39</sup>. «La procreación se convierte entonces en el “enemigo” a evitar en la práctica de la sexualidad. Cuando se acepta, es sólo porque manifiesta el propio deseo, o incluso la propia voluntad, de tener un hijo “a toda costa”, y no, en cambio, por expresar la total acogida del otro y, por tanto, la apertura a la riqueza de vida de la que el hijo es portador»<sup>40</sup>.

#### 4. *La reserva del «ius divortiandi»: error y mentalidad divorcista*

La indisolubilidad admite además otras formas de suplantación mediante un acto positivo de voluntad: aquellas que atentan contra la *estabilidad* del vínculo —su prototipo es el matrimonio a prueba o *ad tempus*<sup>41</sup>— y las que rechazan directamente su *indisolubilidad*<sup>42</sup>. En tales casos se constata la presencia constitutiva, en el consentimiento matrimonial, de la «reserva de un derecho a disolver el matrimonio, precisamente por válido o existente, en base al reconocimiento de un poder extrínseco al vínculo matrimonial capaz de cancelar jurídica y eficazmente su fuerza de unir»<sup>43</sup>.

Superadas las viejas interpretaciones jurisprudenciales que rechazaban la intención de divorciarse de los católicos como exclusión de la indisolubilidad, hoy se admite sin discusión alguna lo contrario, siempre que se demuestre la existencia de un verdadero acto positivo de voluntad<sup>44</sup>. La propia evolución de la sociedad en este punto —de la que no se

39. *Ibid.*, n. 15.

40. ID., *Carta Encíclica «Evangelium Vitae»*, 25 de marzo 1995, n. 23, *in fine*.

41. «Per exclusive intentam *inclusionem obiecti contrarii* indissolubilitati, quod constituit matrimonium solubile, in initium ad determinatum tempus vel ad experimentum, et tunc dicitur actu implicito peracta, quatenus “obiectum directum et immediatum aliquid habet, in quo exclusio (...) continetur” (c. Staffa, 21 maii 1948, n. 2; SRRD XL, p. 186)» (c. Stankiewicz, 29 de enero de 1981, n. 11, RRD, vol. 73, p. 49). Cfr. también una c. Stankiewicz, 28 de febrero de 1989, n. 3, RRD, vol. 81, p. 161.

42. Cfr. c. Colagiovanni, 15 de diciembre de 1993, n. 16, RRD, vol. 75, p. 756.

43. P. J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulación...*, cit., p. 104.

44. Para una descripción de esa evolución jurisprudencial, cfr., J.J. GARCÍA FAÍLDE, *La nulidad matrimonial, hoy...*, cit., p. 106. El autor describe las características de este acto excluyente en pp. 105-106. Vid. asimismo A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem...*, cit., pp. 440-443 y L. GUTIÉRREZ MARTÍN, *Voluntad y declaración en el matrimonio*, cit., pp. 34-35.

han liberado tampoco los católicos— ha impuesto un giro radical del sentido que hasta no hace mucho se atribuía a las presunciones en la materia<sup>45</sup>. Se confirma así, una vez más, que las presunciones «no son artilugios en manos del legislador para emplearlos a su arbitrio en una siembra indiscriminada, sino medios que únicamente deben ser utilizados al servicio de la justicia y cuyo empleo ha de armonizarse por un lado con las exigencias de la realidad sociológica regulable jurídicamente y por otro con los intereses que marca el bien común»<sup>46</sup>.

Estas mismas razones aconsejan mesura y ponderación a la hora de valorar las intenciones divorcistas en cada caso concreto —como bien recuerda la sentencia que venimos comentando—, pues «no se descarta que alguna vez la decisión de recurrir al divorcio civil pueda formarse con una voluntad de unirse con un vínculo perpetuo» (cfr. n. 11). Esto ocurre, por ejemplo, cuando la sentencia de divorcio civil «constituye el único modo posible de asegurar ciertos derechos legítimos, tales como el cuidado de los hijos o la tutela del patrimonio», según enseña el *Catecismo de la Iglesia católica*<sup>47</sup>. Por último, la prudencia también se impone en todas aquellas situaciones en las que, pese a la terminología empleada por las partes o sus testigos, no existe en verdad acto excluyente sino una mera previsión o inclinación al divorcio, que carece de eficacia irritante<sup>48</sup>. «Hay que considerar, pues, las circunstancias del matrimonio y

45. Así lo corrobora Panizo: «Esta realidad, que salta a la vista y que se constata con sólo tocar la epidermis ideológica o moral de las personas, es la que por un lado cuestiona ciertos recursos de la técnica jurídica que establecen o mantienen determinadas presunciones; y, por otro, impulsa a buscar por la vía de una jurisprudencia sensible al dato humano y a las exigencias de la realidad o por la vía de la apertura de los adelantos de la ciencia moderna el punto de equilibrio entre la vida, siempre actual y siempre en situación de hacerse, y unas normas jurídicas que, aunque llenas de lógica, tal vez adolecen de cierto servilismo formal a un pasado sociológico que nos gustaría que existiera pero que comprobamos que ya no existe en la realidad» (S. PANIZO, *Exclusión de la indisolubilidad del matrimonio*, cit., p. 226).

46. *Ibid.*, p. 225.

47. *Catecismo de la Iglesia católica*, Città del Vaticano 1992, n. 2383, p. 582.

48. Así, se indica en una c. Huber, 16 de junio de 1994, n. 5, RRD, vol. 86, p. 326: «ubi partes vel testes verbo "divortium" utantur, iudex caute procedat. Nullo modo ex verbo usitato ad positivum voluntatis actum contra indissolubilitatem concludere licet. Nam in campo canonico vox "divortium" significationem accurate circumscriptam non habet. Quam ob rem, in casu concreto semper investigandum est, quo sensu vox adhibeatur, utrum agatur de voluntate vitam coniugalem disruptendi, an de voluntate libertatem pro aliis vindicandi, an de voluntate vinculum matrimoniale rescindendi». Cfr. también la jurisprudencia recogida por A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem...*, cit., pp. 445-446.

no quedarse en la corteza de las palabras», concluye una c. De Jorio, de 16 de octubre de 1982<sup>49</sup>.

Por otra parte, esta modalidad de exclusión plantea algunas cuestiones de interés como es, en primer lugar, su verdadero alcance; esto es, si ese poder extrínseco capaz de cancelar la indisolubilidad intrínseca del vínculo hay que identificarlo sólo con las sentencias civiles de divorcio o incluye también las declaraciones eclesiásticas de nulidad y las causas de disolución previstas por el Derecho canónico<sup>50</sup>. Y, en segundo lugar, su conexión con el error como *causa simulandi* de la exclusión de esta propiedad, fruto de una mentalidad divorcista muy arraigada en cualquiera de los contrayentes o en ambos.

Centrándonos en la primera de ellas —el alcance de la exclusión de la indisolubilidad—, no han faltado pronunciamientos jurisprudenciales rechazando como simulación invalidante la intención —presente al contraer el matrimonio— de impugnar la validez del vínculo en un proceso declarativo de nulidad o de recurrir a cualquiera de las causas legítimas de disolución del vínculo, porque entienden que en tales situaciones el simulante se limita a hacer uso de un derecho que le ha sido otorgado por el propio ordenamiento canónico<sup>51</sup>.

Es cierto que el CIC 83 reconoce el derecho fundamental de los fieles «de reclamar legítimamente los derechos que tienen en la Iglesia, y a defenderlos en el fuero competente conforme a la norma de derecho» (c. 221 § 1). Ahora bien, el derecho a una tutela judicial efectiva está condicionado por dos requisitos previos que son obvios: primero, que la pretensión tenga verdaderamente naturaleza de derecho subjetivo y segundo, que ese derecho se ejerza dentro de sus justos límites, pues no existen derechos absolutos ni en el ámbito civil ni en el eclesiástico.

49. ARRT, 74 (1987), p. 472.

50. Es decir, las disoluciones *super rato* (cc. 1142, 1697-1706), las del *privilegium petrinum* (cc. 1148-1149) y las del *privilegium paulinum* (cc. 1143-1149).

51. En este sentido son elocuentes una *coram Lefebvre* y una *coram Raad* (ambas citadas por A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem...*, cit., p. 443), que afirman: «intentio recurrendi ad dispensationem, sicut et intentio sibi reservandi ius matrimonium accusandum nullitatis, non inducunt de se saltem matrimonii nullitatem propter exclusam perpetuitatem, cum agatur de mediis ipso iure admissis, quibus uti licitum est verificatis conditionibus requisitis» (c. Lefebvre, 15 de abril de 1972, n. 4, Romana; c. Raad, 26 de enero de 1978, n. 4, Mediolanem).

Respecto a la primera de estas exigencias —ser un derecho subjetivo— hay que advertir que sólo en el caso de la separación por adulterio se reconoce explícitamente por la ley un «*ipsi ius est solvendi coniugalem convictum*» (c. 1152 § 1); un derecho, pues, que no afecta a la existencia del vínculo sino a la suspensión del conjunto de los derechos y obligaciones que de él dimanar, principalmente del derecho a la comunidad de vida y a la convivencia conyugal<sup>52</sup>. Por consiguiente, no entraría en los supuestos que ahora interesan.

Por el contrario, no existe un derecho a la disolución del vínculo en ninguna de las modalidades previstas por la ley. Se trata de una dispensa en sentido lato, no en sentido estricto o técnico-jurídico<sup>53</sup>. Es, pues, un acto administrativo pero no un «acto legislativo» (por eso con ella no nace una ley o un derecho objetivo en aquellos casos en los que se concede aunque sí con ella nazcan en ellos derechos subjetivos); ni tampoco un «acto judicial» (por eso no se siguen en su tramitación ni en su concesión las normas de un verdadero proceso), como sostiene García Faílde<sup>54</sup>. Además, el acto administrativo de la dispensa es discrecional, en cuanto que sólo al dispensador le compete la facultad de concederla o no, atendiendo en todo caso a los requisitos previstos por la ley<sup>55</sup>. Por lo tanto, el derecho de los contrayentes se limita a presentar la solicitud de disolución, pero la decisión final es una *gracia*.

Existe, por el contrario, un verdadero *ius ad matrimonium accusandum nullitatis*, que deriva del propio *ius connubii*, fundado en la verdad sobre el matrimonio y la familia, y ejercido con plena soberanía mediante un acto del consentimiento que «ningún poder humano puede suplir» (c. 1057 § 2). Ahora bien, ese *ius* no puede concebirse como un

52. El propio CIC 83 subraya esa diferencia en los efectos distinguiendo los supuestos de *separación permaneciendo el vínculo* (art. 2 del Capítulo IX del Libro IV) de aquellos comprendidos en su art. 1 bajo la rúbrica *De la disolución del vínculo*.

53. Cfr. J. FORNÉS, *Comentario al c. 1142*, en AA.VV., *Comentario exegético al Código de Derecho canónico*, Pamplona 1996, Vol. III, p. 1552; A. ABATE, *Lo scioglimento del vincolo coniugale*, Roma 1965, pp. 9, 12 y 14 y B. MARCHETTA, *Scioglimento del matrimonio canonico per inconsumazione*, Padova 1981, p. 8.

54. J.J. GARCÍA FAÍLDE, *La nulidad matrimonial, hoy...*, cit., p. 252.

55. Cfr. cc. 1142 ss. Bien es cierto que en el caso del privilegio paulino del c. 1143 el primer matrimonio queda disuelto *ipso facto* al contraerse nuevo vínculo, por lo que el margen de discrecionalidad de la autoridad es muy escaso, limitándose casi a comprobar que concurren los requisitos exigidos por el mencionado canon.

derecho de libertad ilimitada. De tal modo que una reserva, aunque sea unilateral, del ejercicio de este derecho no debe contradecir al orden legal<sup>56</sup>.

Por otra parte, el c. 1100 recuerda que «la certeza o la opinión acerca de la nulidad del matrimonio no excluye necesariamente el consentimiento matrimonial». La situación descrita por ese canon comprende aquellos casos en los que uno o los dos contrayentes llegan al momento de contraer persuadidos (con certeza o con opinión) de que el matrimonio que van a fundar es nulo y, no obstante, expresan su consentimiento en la ceremonia. El citado canon deja claro que la certeza u opinión acerca de la nulidad nunca es, en sí misma, una causa de nulidad autónoma. Sin embargo, de forma indirecta, sienta la base legal para estimar ese estado psicológico como una causa de simulación o, en el caso de opinión dubitativa, como causa de la condición<sup>57</sup>.

A pesar de todo, como afirma Stankiewicz citando abundante Jurisprudencia, «no hay que confundir la intención de obtener la legítima disolución del vínculo conyugal para acceder a otro matrimonio perpetuo, con la reserva de la facultad de recurrir a los jueces eclesiásticos si la convivencia conyugal se hace intolerable, para de este modo obtener la disolución del matrimonio *coram Deo et Ecclesia* y así llegar a ser del todo libre, ya piense o no contraer un nuevo matrimonio; ciertamente tal intención se dirige directa e inmediatamente al vínculo mismo o al matrimonio religioso, por tanto vicia por su propia naturaleza el consentimiento matrimonial y hace nulo el matrimonio»<sup>58</sup>. Pues, en efecto, en tales casos el simulante se reserva el «derecho» de lograr la nulidad cuando le convenga, «forzando por cualesquiera medios, incluso ilícitos, una pronunciación eclesiástica a su favor»<sup>59</sup>, según advierte el rotal.

56. Se pronuncia en este sentido H. PREE, *El consentimiento matrimonial*, ponencia presentada al X Congreso Internacional de Derecho canónico, Pamplona, 14-19 de septiembre de 1998, (versión provisional), pp. 21-22.

57. Cfr. P. J. VILADRICH, *Comentario al c. 1100*, en AA.VV., *Comentario exegético al Código*, cit., Vol. VI, p. 1320.

58. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem...*, cit., p. 444.

59. «Dicendum est igitur "si intentio fertur directe ac immediate in ipsum vinculum matrimoniale, ex quo quis ita se expedire statuit, ut omnino liber evadat, extorquendo quibusvis mediis, etiam illicitis, faventem sibi pronuntiationem ecclesiasticam", tunc sane "talís intentio revera vim ac firmitatem subiectivae reservationis contra vinculi indissolubilitatem consequi valet"» (*Ibid.*).

En conclusión, excluye la indisolubilidad matrimonial no sólo «quien pretende librarse del vínculo mediante el divorcio civil, sino también quien piensa que lograría conseguirlo mediante la nulidad, aunque en ambos casos no se disuelva objetivamente el vínculo»<sup>60</sup>. Basta, pues, que el contrayente se reserve el derecho a disolver el vínculo, queriendo positivamente que pueda ser disuelto *de facto*, con independencia del modo concreto de llevarlo a cabo, «ya sea por divorcio, por sentencia judicial de la Iglesia, o por su propia iniciativa; basta que de los hechos probados se deduzca con certeza que se excluyó la indisolubilidad»<sup>61</sup>. Como bien resume Villegiante, «excluire el *bonum sacramenti* significa querer el matrimonio disoluble, querer el vínculo rescindible, y no interesa si rescindible *ad libitum* en cualquier caso o en el caso de que la vida en común se hiciese intolerable o hipotéticamente *si casus ferat*, si rescindible de hecho o por medio de sentencia de divorcio o por sentencia del tribunal eclesiástico, siendo jurídicamente relevante sólo la voluntad del contrayente de considerarse libre del vínculo. En pocas palabras, la que cuenta es la voluntad *proprio Marte discendi a comparte*, la *voluntas quomodocumque evadendi vinculum*, que, una vez concebida, restringe y por tanto limita el consentimiento, impidiendo que pueda nacer en cuanto matrimonial»<sup>62</sup>.

Pasando a la segunda de las cuestiones antes enunciadas, tradicionalmente la exclusión de la indisolubilidad se presenta como el caso más frecuente de concurso entre los capítulos de error y simulación, y su interpretación por la Jurisprudencia rotal no ha sido unánime durante bastante tiempo<sup>63</sup>. Puesto que si en el plano teórico la distinción entre ambos capítulos es clara —el error es un defecto del entendimiento que sólo vicia el consentimiento cuando determina la voluntad (c. 1099) y

60. C. Pinto, 1 de julio de 1977, n. 4, Novarien.

61. C. Bruno, 23 de julio de 1982, en ARRT 74 (1987), pp. 435 ss. En el mismo sentido afirma una c. Palestro, 24 de marzo de 1992, n. 4, RRD, vol. 85, p. 214: «Neque requiritur ut contrahens intendat divortium civile petere vel causam nullitatis matrimonii instaurare ita ut novas possit iniire nuptias, cum satis sit ut consideret matrimonium tali positiva limitatione celebratum tamquam non existens atque semetipsum veluti numquam vinculo ullo copulatum». Recoge diversas formulaciones de dicha intención de contraer matrimonio soluble A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem...*, cit., p. 445.

62. S. VILLEGGIANTE, *L'esclusione del «bonum sacramenti»*, cit., pp. 200-201.

63. Describe esa jurisprudencia L. GUTIÉRREZ MARTÍN, *Voluntad y declaración en el matrimonio*, cit., pp. 30-34.

la simulación es un defecto intrínseco de la voluntad que vicia siempre—, no ocurre lo mismo desde el punto de vista práctico, ya que con frecuencia es fácil que exista un tránsito del acto del entendimiento al de la voluntad<sup>64</sup>, de tal modo que a veces «el acto de entendimiento comporta ya un acto positivo de la voluntad, como es el caso de aquél que prevé que en el supuesto de que su matrimonio fracase se apartará del mismo; ya que está estableciendo por este mismo acto previsor lo que en realidad va a hacer»<sup>65</sup>.

No obstante dicha presunción de hecho, lo relevante desde el punto de vista jurídico es la conexión causal entre la intención del contrayente y la exclusión, bastando que el contenido de la intención haga a la persona responsable de la exclusión<sup>66</sup>. Esa imputabilidad o responsabilidad del sujeto simulante es la que permite distinguir el error determinante de la voluntad sobre las propiedades y/o elementos esenciales del matrimonio (c. 1099) de su exclusión (c. 1101 § 2), como dos capítulos de nulidad autónomos. Por eso, coincidimos con Bañares en que no todo error arraigado sobre las propiedades o elementos esenciales —determinante de la voluntad— puede reconducirse a la simulación, por lo general, implícita<sup>67</sup>. Esta causa de nulidad reclama, al menos, *conciencia de voluntad de excluir* por parte del simulante, es decir, exige como mínimo un acto positivo de exclusión directo (normalmente implícito), cosa que

64. Así lo confirman algunas sentencias como, por ejemplo, una c. Anné, 7 de noviembre de 1972, RRD, p. 683: «Hay que evitar el peligro de considerar las causas matrimoniales en abstracto y demasiado teóricamente, deteniéndose en exceso en la distinción entre el error que se encuentra en la mente del contrayente, por una parte; y por otra, la intención que entra en la esfera de la voluntad. Conviene advertir que en no pocas causas matrimoniales no se trata de un mero error doctrinal localizado en el entendimiento, o de un mero pensamiento, sino de la forma de ser de todo el espíritu del contrayente». Cfr. asimismo una c. Pompedda, 23 de enero de 1971, RRD, vol. 63, p. 54.

65. C. Pinto, 19 de junio de 1972, RRD, vol. 64, p. 354.

66. Cfr. P. KITCHEN, *Matrimonial Intention and Simulation*, cit., pp. 367 y 377.

67. A esta conclusión llega una parte importante de la Jurisprudencia, que también confirma un sector de la doctrina. Por ejemplo, Panizo sostiene que «con esta jurisprudencia, que ha obtenido posteriormente carta de naturaleza en la Iglesia, se ha clarificado mucho la situación. Al lado del *simplex error*, irrelevante jurídicamente, y al lado del acto positivo, formal y explícito de exclusión, se perfila netamente un *tertium genus*: el de la exclusión positiva, pero implícita, es decir, derivada de otro factor firmemente condicionante de la exclusión: la presencia en el sujeto de unas ideas firmemente arraigadas en él, tan firmemente arraigadas que puede afirmarse que ya forman parte de su propia configuración personal y son “una especie de segunda naturaleza”» (S. PANIZO, *Exclusión de la indisolubilidad del matrimonio*, cit., pp. 243-244).

no ocurre en el error del c. 1099 pues basta que exista una voluntad determinada *ad falsum* por tales errores<sup>68</sup>.

Habría entonces que diferenciar aquellos casos en los que el que yerra puede querer libremente la única verdad que conoce —aunque sea objetivamente errónea—, de aquellas otras situaciones en las que libremente no se quiere la verdad del matrimonio, de algún modo conocida por él antes de contraer. En efecto, en el primero de los supuestos «el error determina de tal modo la voluntad que la certeza del sujeto es absoluta, y no existe entonces conciencia —por su parte— de una divergencia entre el consentimiento interno de la voluntad y lo que viene a manifestarse externamente»<sup>69</sup>. Sería la situación aludida en el c. 1099. Mientras que el segundo se trataría del supuesto «de un sujeto que tiene una idea errónea y arraigada del matrimonio respecto a alguna de las características de las que venimos hablando (las que pertenecen a la esencia del matrimonio), pero que, en un momento determinado, —por ejemplo, con motivo de la preparación del expediente matrimonial— recibe una explicación sobre el concepto y el contenido del matrimonio canónico que va a contraer.

»En este caso y en este momento, perdida la certeza del error, ya no cabe que la voluntad sea determinada *ad falsum*, existe opción, puesto que se presenta una alternativa al contenido cognoscitivo que aportaba el propio intelecto. Y, por tanto, si la voluntad decide escoger el concepto erróneo que tenía, es decir, si decide mantener su elección anterior, entonces está realizando —ahora sí— un acto positivo de voluntad excluyente y, en consecuencia, la voluntad transita al campo de la simulación»<sup>70</sup>. Así pues, el error en estos supuestos no es por sí mismo una causa de nulidad autónoma, porque no se priva de autodeterminación al sujeto, pero puede impulsar la simulación.

68. Cfr. J.I. BAÑARES, *Simulación y error-ignorancia*, en AA.VV., *Simulación matrimonial...*, cit., p. 154. En esta misma línea el autor confirma que lo que puede ser implícito es la *forma* en que se manifiesta la exclusión o rechazo, pero no el rechazo o la exclusión en sí, que siempre deben ser directos, pues constituyen el propio acto de voluntad (cfr. *ibid.*, p. 155, nota 18).

69. *Ibid.*

70. *Ibid.*, pp. 155-156. Defiende la misma tesis Viladrich, quien resume estas situaciones como «la libre elección del sujeto del objeto errado» (P. J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulación...*, cit., p. 28). No existe, pues, en estos casos una determinación de la voluntad motivada por el error que se padece, sino que el sujeto elige lo errado entre otras ideas percibidas como posibles, aunque libremente desechadas.

En definitiva, la mentalidad contraria a las vinculaciones o al matrimonio no engendra, por principio, nulidad alguna<sup>71</sup>; es necesario además que exista un verdadero acto positivo de voluntad, aunque sea implícito<sup>72</sup>. Dicho acto debe probarse mediante argumentos y razones válidas, que no es lícito presumir<sup>73</sup>, atendiendo en todo caso a las particulares circunstancias de cada caso concreto, «que no pueden ser trasladadas, a modo de criterio apodíctico y sobre todo como elementos categoriales del propio *caput nullitatis*, para casos en apariencia semejantes»<sup>74</sup>.

Esas circunstancias son de vital importancia para dilucidar el verdadero alcance de la intención de los contrayentes al celebrar su matrimonio. Así, por ejemplo, la Jurisprudencia ha rechazado la exclusión de la indisolubilidad en el caso de quienes veían con simpatía el divorcio, pero se llevaban bien y no dudaban de su matrimonio<sup>75</sup>. De tal modo que si existió verdadero amor entre los esposos antes y después de celebrarse el matrimonio es más difícil que se pueda probar la intención de recurrir al divorcio, aunque tampoco es imposible<sup>76</sup>. Otras veces lo que buscan es la posibilidad de casarse civilmente, pero tienen conciencia de que el vínculo permanece<sup>77</sup>. Ambas situaciones concurren en el caso de la sen-

71. Vid. al respecto las interesantes puntualizaciones de E. GRAZIANI, *Mentalità divorzistica ed esclusione della indissolubilità del matrimonio*, en *Studi in onore di Pietro Agostino D'Avack*, Milano 1976, Vol. II, p. 681.

72. Sin ignorar los evidentes riesgos de abuso a que se presta el acto implícito, al decir que se contiene en una manifestación o hecho donde realmente no se contiene, entendemos con Gil de las Heras que el acto implícito verdadero «no es un acto presunto, ni interpretativo, sino realmente puesto pero incluido en otro acto o en una manifestación que directamente contiene otro significado, el mismo que contiene expresamente y de modo implícito el significado a que nos referimos. Pero en los dos se da el acto positivo y real. Por lo demás, podemos decir que hoy la jurisprudencia admite el acto implícito como suficiente para salvar el acto positivo de voluntad exigido en el c. 1101 § 2» (F. GIL DE LAS HERAS, *El concepto canónico de simulación*, en AA.VV., *Simulación matrimonial en el Derecho canónico*, cit., p. 109).

Para una exposición de las diversas posturas de la doctrina y la jurisprudencia respecto a la relevancia jurídica excluyente del acto positivo implícito (cfr. R.J. SANSON, *Implied simulation: grounds for annulment?*, en «The Jurist», 48 [1988], pp. 747-770).

73. Cfr. c. Pinto, 6 de marzo de 1978, en «Ephemerides Iuris Canonici», (1979), pp. 251-252. Describe los principios jurisprudenciales que se aplican para la interpretación de tales situaciones S. PANIZO, *Exclusión de la indisolubilidad del matrimonio*, cit., pp. 247-249.

74. P. J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulación...*, cit., pp. 95-96.

75. Cfr. c. De Felice, 8 de abril de 1981, en ARRT, 73 (1987), p. 242.

76. Alude a la relevancia de estas circunstancias E. OLIVARES D'ANGELO, *La exclusión de la indisolubilidad*, cit., pp. 184-191.

77. Cfr. c. Anné, 21 de marzo de 1970, en RRD, 62 (1980), p. 306.

tencia que venimos comentando, y contribuyen a la certeza moral del Tribunal acerca de la inexistencia de la nulidad.

### 5. *Las causas «simulandi et celebrandi»*

Por último, a efectos de prueba es muy importante identificar las *causae simulandi y celebrandi*, porque explican un escenario biográfico que permite suponer razonablemente la posibilidad del acto excluyente. Sin embargo, se ha criticado como un error de interpretación —a nuestro parecer, con razón— la exigencia, en la estructura categorial del consentimiento simulado, de dos actos positivos de voluntad para contraer inválidamente, hasta el punto de convertir esa doble motivación en una categoría normativa, como si se tratase de requisitos categoriales del *caput nullitatis*. Como advierte Viladrich, «este sector doctrinal y jurisprudencial no tiene en cuenta que, al diferenciar esos objetos intencionales, doblando actos de voluntad, se contradice palmariamente la disciplina del c. 1057 § 2, el cual, para el consentimiento válido no exige dos objetos intencionales y dos voluntades, una dirigida a querer la ceremonia nupcial, y otra, a querer la esencia íntegra de la unión conyugal. El error proviene de sustantivar, como objeto propio, el signo nupcial. Pero sabemos que el signo nupcial no es un objeto intencional que requiera un acto de voluntad propio, sino que es la manifestación sensible o exterior de la única voluntad que existe en el consentimiento eficiente: la voluntad interna de conyugarse»<sup>78</sup>.

En el fenómeno simulatorio esa voluntad está sustituida por otra, la única existente en el simulador, cuyo contenido contradice la verdad esencial del matrimonio. Como resultado, o efecto lógicamente necesario, esa esencial sustitución o suplantación provoca sobre el contenido total o parcial de la verdadera voluntad de conyugarse una *exclusión*, en el sentido más estricto de la palabra, que es el utilizado por el propio legislador en el c. 1101 § 2.

Ese efecto excluyente es precisamente el efecto terminal de toda simulación, su denominador común, que se configura como un *posterius*

78. P. J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulación...*, cit., p. 39.

a la voluntad simulatoria, por lo que es inconfundible con las motivaciones, que son un *prius*. De ahí la conveniencia de insistir en que las motivaciones no son el acto positivo de exclusión en sí mismo, ni son unívocas en la realidad fáctica, pues una misma y única motivación puede actuar en doble dirección, de forma que lo que a uno le impulsa a contraer, sirve para que otro rechaze el matrimonio. La diferencia entre *motivación* y *voluntariedad* es clara: «la motivación la padece en sí el sujeto. La voluntariedad la origina por sí el sujeto»<sup>79</sup>. En consecuencia, las motivaciones no prueban por sí solas que el sujeto haya simulado, se precisa que las haya hecho suyas implicándose activamente en el acto de simulación. Por eso algunas sentencias rotales advierten que «cuanto más genérica y vaga es la causa de exclusión aducida, tanto menos se presume su influjo en el consentimiento»<sup>80</sup>.

Por el contrario, la presunción a favor del acto excluyente debe fundarse en la prueba de motivaciones *sólidas* y *serias*, que reflejan un *continuo biográfico* en el simulador *antecedente* o, cuando menos, *coetáneo* al mismo momento de contraer, y son *proporcionadas* para causar la voluntad excluyente<sup>81</sup>. La gravedad de la *ratio simulandi* no puede cuantificarse objetivamente sino en relación al sujeto simulante, a su concreta implicación personal en el acto excluyente; mientras que la proporcionalidad guarda relación al objeto excluido y, por lo general, no interesa directamente al sujeto aunque sí al juez a la hora de valorar si el supuesto de hecho concreto afecta a alguno de los objetos excluibles descritos por el legislador en el c. 1101 § 2<sup>82</sup>. El momento cronológico de la aparición o constatación de la *causa simulandi* es definitorio, pues debe incidir directa o indirectamente en el momento constitutivo del matrimonio, como motivo que lleva a querer deliberadamente no casarse o a casarse excluyendo las propiedades o elementos esenciales. Alegar como *causa simulandi* una circunstancia cuya aparición se prueba que es posterior a la celebración del matrimonio supone introducir un elemento serio de duda sobre el fundamento mismo de la causa de nulidad demandada.

79. *Ibid.*, p. 26.

80. C. Corso, 8 de julio de 1986, en ARRT, 78 (1991), p. 704.

81. Cfr. P. J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulación...*, cit., p. 109.

82. Sobre el valor de estas características de las *causae simulandi* en la prueba de la simulación, cfr. B. BOCCARDELLI, *La proba della simulazione del consenso matrimoniale*, en AA.VV., *La simulazione del consenso*, cit., pp. 230-231.

De ahí la rotundidad de la afirmación del ponente al respecto: «cuando queda destituida de valor la *causa simulandi*, también queda desvirtuada, sin duda alguna, la sinceridad de los testigos que fundaron la simulación sobre esa falsa causa» (cfr. n. 16).

Para finalizar, quisiéramos hacer una última consideración al respecto. Dada la naturaleza interpersonal de la esencia del matrimonio y la irrepetibilidad —precisamente por ser personal— del acto de voluntad por el que se consiente o excluye el matrimonio, puede ocurrir que la *causa simulandi* no se identifique con un motivo o circunstancia concreta sino con la personalidad o forma de ser de uno de los contrayentes, bien del simulante bien del inocente, como ocurre en el caso descrito por esta sentencia<sup>83</sup>. Lo cual reclama por parte del juez examinar el acto del consentimiento teniendo muy presentes las cualidades, condiciones y circunstancias del sujeto que quiere el pacto, para indagar sus reales posibilidades de compromiso sincero y total, y su habilidad para sentirse responsable de su realización<sup>84</sup>.

Por todo ello, para la prueba de la positividad del acto de voluntad excluyente puede ser muy útil una mayor aproximación entre la falta de *capacidad estructural* que funda las causas del c. 1095 § 3 y la ausencia, deliberada y consciente, de *intención capaz* exigida para las del c. 1101 § 2<sup>85</sup>. No cabe duda que esta hermenéutica reconvertiría en exclusiones muchas de las causas de nulidad que hoy se plantean bajo el aspecto casi exclusivo de incapacidad, por un simple motivo de contaminación procesal, debido a su aparente mayor facilidad de prueba. Lo cual no tiene por qué implicar una mayor apertura para declarar nulidades sino una mayor precisión para reconocer dónde está el verdadero defecto de consentimiento.

83. Según afirma Serrano, fundándose en abundante jurisprudencia, «no es raro considerar como razón de la exclusión la *malicia* del presunto excluyente o su característico modo de ser, 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» (J.M<sup>a</sup>. SERRANO RUIZ, *El acto de voluntad por el que se crea o frustra el consentimiento matrimonial*, en «Revista española de Derecho Canónico», 51 [1994], p. 582)

84. Se aprecia el recurso a estas pautas interpretativas en las sentencias rotales c. Serrano, 7 de julio de 1982, nn. 4-5, RRD, 74 (1982), pp. 262-263 y c. Serrano, de 20 de abril de 1983, nn. 5 y 6, RRD, 67 (1983), pp. 215-216.

85. Desarrolla esta propuesta J.M<sup>a</sup>. SERRANO RUIZ, *El acto de voluntad por el que se crea...*, cit., pp. 567-589. La hace también suya G. CANDELIER, *La simulation d'après les sentences de M. Jose María Serrano Ruiz*, en «Studia Canonica», 31 (1997), pp. 380 ss.