

Consideraciones sobre la revocación del consentimiento matrimonial *

Javier Hervada

Tratar de la revocación del consentimiento matrimonial dentro de un sistema jurídico fundado en la más fiel observancia de la indisolubilidad del matrimonio es, de suyo, un intento difícil, e incluso con sus puntos de paradoja. No es infrecuente oír que el compromiso adquirido por los casados es irrevocable, o que irrevocable es la palabra dada al contraer. Al mismo amor conyugal se le califica de amor *indisolublemente fiel*¹, del mismo modo que se habla del consentimiento irrevocable. ¿Cómo, entonces, puede tener sentido plantearse la revocación del consentimiento?

Contestar a esta pregunta según los más depurados cánones de la técnica jurídica sería, sin duda, lo más apropiado en una ocasión como esta, que reúne a un numeroso grupo de canonistas, de la más alta calificación. A esta asamblea de canonistas, correspondería una disertación de acuerdo con el mejor método de la ciencia del Derecho. Pe-

ro para conseguir tal ideal, sin incurrir en el vicio de la extensión desmesurada, haría falta una maestría, que estoy lejos de poseer.

He preferido un intento más modesto: dando por conocidas las características y los problemas propios de la sanación en raíz², desarrollaré algunas de las cuestiones que están involucradas en el tema, sin más pretensión que ofrecer algunos puntos de reflexión.

1. La doble significación del término «consentimiento matrimonial».

Bajo la expresión «consentimiento matrimonial» se ha conocido y suele todavía conocerse dos cosas relacionadas como el todo y la parte, o quizás más exactamente como el constitutivo formal y el ser: el pacto conyugal y el acto de voluntad que constituye su esencia. Desde San Isidoro de Sevilla, que de-

* Ponencia presentada en la XV Semana Internacional de Derecho Canónico, organizada por el Instituto «San Raimundo de Peñafort» del C.S.I.C. en Andorra (16-21 de septiembre de 1974).

1. Const. *Gaudium et spes*, n. 49.

2. Existe bibliografía no escasa sobre esta for-

ma de revalidación. El lector interesado puede encontrar una selección muy completa en R. QUEZADA, *La perseverancia del consentimiento matrimonial en la «sanatio in radice»* (Roma 1962), pp. XV siguientes.

finía el matrimonio como el *consensus*, hasta Santo Tomás de Aquino, que distinguía entre el *consensus* y el matrimonio *ut talis* —atribuyendo al primero la categoría de causa eficiente y al vínculo la de esencia del matrimonio—³, ha sido y es muy común llamar «consentimiento» al pacto conyugal. El mismo CIC sigue esta tendencia en el c. 1081, según la definición que resulta de la combinación de los dos párrafos de este canon. El consentimiento como acto de la voluntad entre personas hábiles legítimamente manifestado por el cual ambos contrayentes se entregan y aceptan como esposos, es una definición del pacto conyugal según las clásicas reglas de una buena definición. Lo que se define aquí es el pacto conyugal, de acuerdo con una visión iusnaturalista —más que técnico-jurídica— del mismo.

Pero el consentimiento se toma también en un sentido más restringido. No como sinónimo de pacto conyugal, sino expresando uno de los tres conocidos pilares en los que se asienta la total contextura del pacto conyugal: sujetos capaces, consentimiento y forma. En este caso el consentimiento no es todo el pacto conyugal (no es todo el *consensus* de la definición antes aludida), sino su factor más esencial, la piedra clave —o «arco di volta» por seguir la expresión de Giacchi— del pacto conyugal.

¿A cuál de los dos sentidos del término «consentimiento» se refiere la revocación de la que hemos de tratar? Hablando en general, la revocación del consentimiento puede referirse a ambos. Sin embargo, fácilmente

se advierte que, en el terreno del Derecho canónico, sólo puede aplicarse —propiamente hablando— al segundo.

Según el primero de los sentidos, «revocar el consentimiento» equivale a revocar el pacto conyugal válidamente constituido; esto es, equivale al repudio o divorcio. Cuando el judío, usando de la permisión mosaica, entregaba el libelo de repudio a la esposa, ese acto era una revocación del pacto conyugal. No cambia la sustancia del acto, el hecho de que hoy en día el divorcio —sin entrar ahora en su calificación moral y de Derecho natural— deba tramitarse normalmente por vía judicial. Ha cambiado el procedimiento, pero lo que se intenta —y lo que ante la legislación divorcista aparece como realizado— es revocar el pacto conyugal y disolver el vínculo. Si es al juez a quien se atribuye la disolución y no a las partes (sentencia constitutiva y no declarativa) la voluntad de revocación, de una de las partes por lo menos, es un requisito necesario. Es una revocación judicial a instancia de parte.

En el supuesto examinado, que los casados revoquen el consentimiento supone en ellos un acto positivo y contrario a ese consentimiento, esto es, al pacto conyugal. No hace falta decir que no se trata, simplemente, de arrepentirse de haberse casado, del disgusto por estar unido al cónyuge, ni de aversión a él. Todo esto pertenece al *volitum*, acto elícito de la voluntad, sin salir de la propia voluntad. La revocación exige, en el caso contemplado, un *voluntarium*⁴. Y como se refiere a un acto jurídico, se requiere un ac-

3. Vide F. SALERNO, *La definizione del matrimonio canonico nella dottrina giuridica e teologica dei secoli XII-XIII* (Milano 1965); J. HERVADA - P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, III (Pamplona 1973), pp. 19 ss.

4. La distinción entre *volitum* y *voluntarium* es de sobras conocida. Vide, por ejemplo, J. MAUSBACH - G. ERMECKE, *Teología moral católica*, I, 2.^a ed. castellana (Pamplona 1971), págs. 338 ss.

to externo, suficientemente manifestado y sujeto a las causas y procedimientos establecidos por la ley.

Algo de esto es aplicable a los contados supuestos de disolución del vínculo admitidos por la Iglesia (privilegio paulino, potestad del Romano Pontífice, disolución por profesión solemne), excluido en todo caso el matrimonio sacramental consumado. Sin embargo, la especial naturaleza de la disolución contemplada en estos casos establece diferencias radicales con el supuesto antes mencionado⁵. De todas formas, está claro que la revocación del consentimiento de la que aquí debemos tratar no va por esos caminos.

El tema de la revocación del consentimiento se plantea en relación a la *sanatio in radice*, para la cual se exige que el consentimiento persevere (c. 1139, § 1), o sea, que no haya sido revocado (c. 1140, § 1). Se trata, en consecuencia, de matrimonios nulos, en los cuales el vicio de nulidad no atañe al consentimiento, puesto que se exige la existencia del *consensus naturaliter sufficiens* (c. 1139, § 1), por lo menos en el momento de la sanación (c. 1140). El supuesto normal es el del matrimonio nulo por existir un impedimento dirimente o un defecto de forma. Excepcionalmente puede agregarse la falta o un vicio de consentimiento, pero tal defecto debe haberse ya subsanado en el momento de la sanación. De acuerdo con esto, la revocación del consentimiento a tratar aquí se refiere, no al primer sentido de *consensus*, sino al segundo: el consentimiento entendido como

parte esencial del pacto conyugal y no como sinónimo del mismo.

2. Consentimiento naturalmente suficiente pero jurídicamente ineficaz.

Haber precisado lo anterior ha de servirnos ahora para interpretar la conocida frase del c. 1139, § 1: «consensu naturaliter sufficiente, sed iuridice inefficaci». Obviamente este consentimiento no es el pacto conyugal, sino el acto de la voluntad como elemento del pacto. Lo que quiere decir el texto legal es que la nulidad del pacto ha de provenir de los otros dos factores (de los impedimentos o de la forma), pero no de la voluntad de las partes. En ambos contrayentes debe haberse dado —normalmente en el momento de contraer, excepcionalmente más adelante— aquel acto de voluntad —el *voluntarium*— capaz de suyo de hacerles marido y mujer. Ambos han debido realizar aquel acto de voluntad, capaz —en lo que de él depende— de constituir un verdadero *compromiso* mutuo, de empeñar su fidelidad a la palabra esponsalicia dada y de engendrar la relación de justicia⁶. La ineficacia del acto de voluntad provendrá de cualquiera de los otros factores del pacto conyugal. La falta o defecto de esos otros factores hará que la potencia causal que de suyo tiene el consentimiento sea ineficaz, dando lugar a la nulidad del matrimonio. La misma terminología —consentimiento *ineficaz*— ya nos está diciendo

5. La disolución del matrimonio por la Iglesia difícilmente puede calificarse de revocación del pacto conyugal por parte de los cónyuges. Es, en cambio, compatible, en los términos que más adelante se exponen, con la revocación del consentimiento perseverante del que luego se habla.

6. Sobre la eficacia del consentimiento naturalmente válido puede verse: W. BERTRAMS, *De effectu consensus matrimonialis naturaliter validi*, en «De matrimonio coniectanea» (Roma 1970), pp. 1 ss.; *De efficacia consensus matrimonialis naturaliter validi*, en *ibid.*, pp. 24 ss.

—conviene repetirlo—, que el tal consentimiento no es el pacto conyugal, pues éste no es ineficaz sino *nulo*. Ineficacia y nulidad son vicios distintos; mientras la ineficacia supone la validez del acto —cuyos efectos no se producen por circunstancias exteriores a él—, la nulidad es precisamente la invalidez. Según esto, consentimiento naturalmente suficiente, pero jurídicamente ineficaz, equivale a que el acto de voluntad de los contrayentes carece de vicios propios, y que no produce su eficacia jurídica (causar el vínculo) por defectos ajenos a él mismo.

Ahora bien, que el consentimiento sea *naturalmente suficiente* no quiere decir, ni que sea un acto simplemente psicológico, ni que se trate del pacto conyugal reducido a sus factores de Derecho natural.

Podría, en efecto, pensarse que el consentimiento naturalmente suficiente significa que se trata del pacto matrimonial despojado de sus agregados de Derecho positivo. Habría consentimiento naturalmente suficiente, cuando el pacto conyugal tuviese todos aquellos requisitos establecidos por el Derecho natural. De modo directo, no he encontrado expresada esta opinión en los autores con la claridad con que acabo de exponerla; pero sí de modo indirecto, cuando hablan de la sanabilidad del matrimonio nulo por un impedimento dirimente de Derecho divino, desaparecido posteriormente⁷. El caso más típico es el del impedimento de ligamen, pero también la doctrina se ha re-

ferido al de impotencia posteriormente curada por medios extraordinarios. En estos casos, los autores que han negado la sanabilidad de tales matrimonios, se fundan a veces en que el consentimiento no ha sido naturalmente suficiente, bien por falta de objeto (en el caso de la impotencia), bien por falta de capacidad. De donde parece deducirse que para dichos autores el consentimiento naturalmente suficiente es el pacto conyugal reducido a los términos del Derecho natural, incluyendo por lo tanto la ausencia de impedimentos de ley natural, la existencia real del objeto, etc.

Entiendo que, independientemente de que tales matrimonios sean o no sanables, su posible insanabilidad no es cuestión de un consentimiento naturalmente insuficiente. La insanabilidad de tales matrimonios puede asentarse en las relaciones que deben existir entre el Derecho natural y el Derecho positivo: ni el Derecho positivo, ni el poder humano, pueden transformar en válido un matrimonio que por Derecho natural sea nulo. Claro que, habiendo sido removido el impedimento de Derecho natural, ya no se ve tanto por qué no puede haber sanación. Pero es este un problema que no me corresponde tratar aquí.

Lo que me interesa es que la argumentación de los autores revela una confusión entre el consentimiento entendido como un requisito esencial del pacto conyugal y el consentimiento entendido como sinónimo

7. El tema de la sanabilidad de un matrimonio nulo por Derecho divino ha sido bastante discutido, aunque en la actualidad se tiende a aceptar la sanabilidad de esos matrimonios, interpretando el c. 1139, § 2, como limitación que se autoimpone la Iglesia. Vide, p. e., R. QUEZADA, ob. cit.; L. BENDER, *Sanatio matrimonii invalidi ob impedimentum iu-*

ris divini, en «Ephemerides Iuris Canonici», XIII (1957), pp. 19 ss.; U. NAVARRETE, *Ecclesia sanat in radice matrimonia inita cum impedimento iuris divini*, en «De matrimonio coniectanea», cit., pp. 341 ss.; P. CIPROTTI, *De matrimonii sanatione in radice quaestiones quaedam*, en «Revue de droit canonique», XI (1961), pp. 102 ss.

del pacto. Ya he dicho que el consentimiento del que aquí debemos hablar no es el pacto conyugal; por lo tanto, el consentimiento *naturaliter sufficiens* no es el pacto conyugal reducido a sus términos de Derecho natural, sino el acto de voluntad que por Derecho natural es *de suyo* capaz de causar el vínculo, aunque tal capacidad se haga ineficaz por otro factor, incluso de Derecho natural, como lo es un impedimento dirimente.

Mas tampoco la expresión *naturaliter sufficiens* quiere decir que se trata del acto de voluntad meramente psicológico. Entiende que *naturaliter* quiere decir «por Derecho natural» y, por tanto, se trata de una voluntad en cuanto elemento de un acto jurídico. Esto es, una voluntad externamente significada, dotada de una potencial causalidad jurídica. Puede haber un defecto de forma, pero no basta un acto meramente interno; debe haber lo que se llama un acto externo, un *voluntarium* que tiene una proyección externa captable como voluntad de ser marido y mujer. Y un acto de voluntad que se mueve y actúa en el campo del Derecho, que debe ser entendido, interpretado y tratado jurídicamente, porque jurídica es su naturaleza, por ser parte esencial —y fundamental, su constitutivo formal— de un acto jurídico.

En suma, el consentimiento naturalmente suficiente es aquel acto de voluntad que, por Derecho natural, constituye el factor más esencial del pacto conyugal.

3. Consentimiento y matrimonio nulo.

Que un pacto conyugal inválido pueda contener un verdadero consentimiento ma-

trimonial es algo que nadie pone en duda. Puede haber un pacto conyugal nulo por defecto de consentimiento, pero evidentemente hay nulidades que no afectan a la voluntad. Decir una cosa tan obvia podría parecer superflua, si no fuese porque la cuestión del consentimiento *naturaliter sufficiens* puede estar en relación con la *scientia vel opinio nullitatis matrimonii* de la que trata el c. 1085. Cuestión incidental, que puede ayudar a comprender qué quiere decir que un consentimiento es *naturaliter sufficiens*⁸.

La razón por la que se pone en tela de juicio que la creencia o persuasión sobre la nulidad del matrimonio sea compatible con un consentimiento verdadero no es, desde luego, baladí: la voluntad no quiere eficazmente lo que tiene por imposible alcanzar. Sin esperanza, la voluntad no se mueve. En tal sentido, la certeza de que el matrimonio puede resultar nulo causará a veces una ausencia de consentimiento. Todo lo más habrá la manifestación de un mero deseo de casarse, de que se querría recibir al otro como cónyuge, que no es el verdadero consentimiento matrimonial.

Pero no siempre será así. Quizás en pocos momentos históricos como el actual, pueda comprenderse que la convicción de la nulidad del matrimonio no conlleva siempre un vicio de consentimiento. Para ello, para entenderlo, los juristas debemos ser conscientes de que captar la nulidad, la esencial juridicidad del vínculo, etc., tal como nosotros lo hacemos es poco habitual entre los no juristas. Lo máximo que los no entendidos lleguen a comprender es que del acto que van

8. Al respecto puede verse el estudio de L. RODRIGO, *De relatione inter matrimonii nullitatem et nullitatem consensus matrimonialis philosophico iu-*

ridica relectio, en «Miscellanea Comillas», IV (1945), pp. 49 ss.

a realizar no saldrá ningún matrimonio y que, por lo tanto, no estarán casados de verdad. Pero son muchos los que ni a eso llegan. Cuando se les habla de matrimonio nulo, muchos entienden que se trata simplemente de un *matrimonio ilegal*, que por lo tanto constituye una acción desordenada, incluso pecaminosa (pero matrimonio), de un *matrimonio defectuoso* que los tribunales podrán disolver (pero matrimonio), etc. La ecuación matrimonio nulo igual a no-matrimonio, raramente la establecen. En tales casos, hay en el momento de contraer un verdadero consentimiento matrimonial. Matrimonio nulo, matrimonio ilegal, matrimonio contrario a la Ley de Dios o de la Iglesia, pero matrimonio y así lo quieren.

El problema se agudiza actualmente por la corriente contestataria y antiestructural que ha prendido en ciertos sectores sociales. Si no se repudia el matrimonio mismo (comunidades *hippies*, v. gr.), se repudia cuanto representa de «forma social» o de «estructura» la celebración del matrimonio. En el segundo caso —si se acepta el matrimonio, pero se repudian las estructuras sociales— se quiere verdaderamente el matrimonio al celebrar el rito por ellos inventado o el simple intercambio de consentimiento, y, además, se tiene la convicción (más o menos profunda) de que están casados, a la vez que

saben de sobra que tal matrimonio es nulo ante el Derecho, ante el Estado y ante la Iglesia. Es una nulidad —o inexistencia, según la clasificación jurídica— buscada, como fruto de su rebeldía ante la «opresora y alienante estructura social». Pero una nulidad⁹, que no les importa nada y que no ha impedido en absoluto su querer casarse y su convicción de que están casados.

Quizás más de un canonista piense que tal consentimiento no es verdadero, precisamente porque falta la intencionalidad de que haya una *eficacia jurídica y social*. Pues el pacto conyugal es un acto jurídico, no habría voluntad como elemento del pacto, si no hubiese intención de obtener una eficacia jurídica. Personalmente comprendo la fuerza de este razonamiento, pero no comparto la solución. El consentimiento matrimonial, como cualquier otro acto de comprometerse, ha de contener efectivamente un querer vincularse. Pero de eso, a que piensen, sepan, opinen u obren con categorías jurídicas quienes tales actos realizan hay una gran distancia. Vital y psicológicamente, lo decisivo es la *voluntad de compromiso*, el querer seriamente una obligación, que pone en juego su fidelidad y lealtad ante el otro, esto es, su *conciencia*¹⁰, porque quieren darse, entregarse o empeñar su palabra.

Con ello llegamos al punto al que quería

9. En este trabajo no me preocupo demasiado de distinguir entre matrimonio *nulo* y matrimonio *inexistente*, como categorías jurídicas definidas. En el tema de la sanación en raíz esta distinción es, sin duda, importante, porque, hablando en general, el matrimonio inexistente no es sanable. Ocurre, sin embargo, que en ciertos casos la distinción es discutida, precisamente porque se entienden sanables matrimonios que se suelen calificar de *inexistentes* o incluso de no matrimonio desde el punto de vista canónico, como ocurre con el matrimo-

nio civil de los bautizados. Para no entrar en polémicas que no son del caso, hablo simplemente de matrimonio nulo, dejando bien claro que, en esta ocasión, doy al adjetivo nulo un sentido un tanto lato por la razón que acabo de indicar. Vide O. ROBLEDA, *La nulidad del acto jurídico*, 2.^a ed. (Roma 1964).

10. Uso aquí el término *conciencia* en el sentido amplio con que se utiliza frecuentemente en la actualidad, esto es, como *sentido de obligación* o captación de un imperativo.

llegar. El consentimiento matrimonial no consiste de suyo en una explícita voluntad de crear un vínculo jurídico; esto es, no requiere que los contrayentes piensen *jurídicamente*, que tengan la explícita representación mental de un vínculo jurídico y la adhesión, voluntaria y lúcida, a esa representación¹¹. Lo que requiere el consentimiento matrimonial es la voluntad de *compromiso*, de aceptar al otro y de entregarse a él como esposo o como esposa, en una relación permanente, tipificada por los tres *bona matrimonii*: *bonum prolis*, *bonum fidei* y *bonum sacramenti*¹². Por ser voluntad de compromiso, es voluntad de obligarse, de *empeñarse*, esto es, una voluntad que engendra un imperativo de conciencia, una *obligación*, unos deberes. Que esto sea compatible —como acto psicológico— con la convicción de nulidad legal, e incluso con un expreso repudio de la legalidad vigente, es algo que me parece incuestionable.

Esta voluntad que acabamos de describir (voluntad de comprometerse), tipificada por los tres *bona matrimonii*, es el *consensus naturaliter sufficiens*.

4. La perseverancia del consentimiento.

Aunque perseverancia del consentimiento y no revocación son dos maneras de decir

sustancialmente lo mismo, añaden matices distintos y, por ello, me ha parecido conveniente tratar el tema primeramente desde la óptica de la perseverancia. En realidad, mientras la perseverancia supone una situación continuada, un estado de la voluntad, la revocación es el acto que rompe esa perseverancia, que destruye ese estado de la voluntad.

Si se tratase del pacto conyugal, el problema sería bien simple: la perseverancia no significa otra cosa que la persistencia del vínculo. O entendemos con Gasparri que el vínculo es el pacto *perseverante* en sus efectos, o puede entenderse el pacto como un acto transeúnte, que produce el vínculo o matrimonio propiamente dicho¹³. En cualquier caso, perseverar el pacto conyugal no puede significar otra cosa que la permanencia del vínculo.

Pero, ¿qué quiere decir perseverar el consentimiento, cuando de lo que hablamos es de un factor del pacto conyugal? El tema es espinoso, porque el acto de contraer es un acto, de cualquier manera que se le entienda, transeúnte. Aún en la concepción de Gasparri lo es, pues el pacto persevera *en sus efectos*, no en su propia realidad de acto de contraer.

Por ser el pacto conyugal un acto de compromiso, tal acto agota su voluntariedad actual —el *consensus* propio del pacto—

11. Por otra parte, es frecuente que los autores señalen como objeto del consentimiento al *ius in corpus*. Sin entrar ahora en mayores precisiones, me parece que tal objeto es la persona del otro en su conyugalidad, esto es, en cuanto marido o esposa. Desde esta perspectiva, creo que se eliminan no pocas dificultades sobre la existencia del consentimiento naturalmente válido.

12. La presencia de estos tres bienes en el consentimiento matrimonial es lo que distingue ese con-

sentimiento de la voluntad concubinaria o de otros tipos de voluntad no matrimonial o matrimonial defectuosa. El modo cómo han de estar los tres bienes en la voluntad se deduce del tratamiento sobre los vicios de consentimiento por exclusión de ellos. Sobre estos vicios puede verse, V. DE REINA, *El consentimiento matrimonial. Sus anomalías y vicios como causa de nulidad* (Barcelona 1974).

13. Vide sobre este punto, J. HERVADA - P. LOMBARDÍA, ob. cit., pp. 177 ss.

en el momento de contraer; no hay una continuada voluntad de entrega. Lo que hay después de contraído el matrimonio es una realidad distinta que es doble: a) la fidelidad personal al compromiso contraído, o sea la continuada aceptación de la situación creada por dicho compromiso; y b) el vínculo jurídico. Pasa con el matrimonio como con otros actos de compromiso personal; por ejemplo, los votos religiosos. La perseverancia no consiste en una especie de voluntad actual o virtual de emisión continuada de los votos; la profesión, con la emisión de los votos, es un acto transeúnte. Queda el vínculo con la Religión y la fidelidad al compromiso contraído.

En un matrimonio nulo, que es la hipótesis que nos interesa, después de contraído el matrimonio hay lo siguiente: 1.º un acto de celebración, nulo, pero con apariencia de verdadero pacto conyugal; 2.º una apariencia de vínculo (más propiamente una presunción) que tiene una eficacia jurídica; y 3.º la situación o relación de hecho, por la que los contrayentes viven y se comportan como cónyuges, por lo menos hasta que, conocida la nulidad o dispuestos a terminar con la situación creada, dejan de comportarse como tales esposos.

Supuesto que la perseverancia del consentimiento no consiste en un continuo acto de darse y entregarse, ¿en qué puede consistir? Consiste en lo mismo en que consiste la perseverancia del religioso o del sacerdote, del militar o de cualquier profesional en el género de vida, en el puesto de trabajo o en la profesión elegidos. No hablo del aspecto jurídico, sino del aspecto voluntario. En los supuestos aludidos se trata de un *estado de la voluntad*, de una fundamental y radical aceptación del estado de vida, de la relación o del puesto asumidos, en cuya virtud la

voluntad permanece en estado de adhesión —fundamental y radical— a lo asumido. Este estado de la voluntad se vierte en los actos propios de la vida, función o profesión elegidos.

Este estado de la voluntad es compatible con dudas, momentos o estados de aversión, omisiones, incumplimientos e incluso el deseo de librarse del estado, género de vida o profesión. Una persona —por ejemplo— puede estar descontenta del puesto de trabajo, e incluso estar buscando otro empleo, pero mientras no abandone el puesto que ocupa, existe indudablemente en él ese estado de voluntad por el que se adhiere al puesto. Un militar, siendo básicamente fiel a su profesión y a su destino, puede cometer actos de incumplimiento e incluso el delito de abandono de servicio en actos determinados; pero eso es compatible con su estado de voluntad de ser militar, que sólo se rompe con la deserción (un hecho) o con la baja reglamentaria (un acto jurídico).

No es distinto el caso del matrimonio. El acto de contraer, entendido como el acto de voluntad por el que los contrayentes se dan y entregan como esposos, es un acto transeúnte, pero permanece —persevera— como estado de la voluntad; y ese estado de la voluntad, que consiste en una fundamental y radical aceptación mutua como tales esposos, es el consentimiento perseverante. Lo normal es que ese estado se vierta en la fidelidad o lealtad al otro, como cumplimiento del compromiso adquirido; es decir, en la vida conyugal, con los consabidos y también normales altibajos. Tal estado de la voluntad, repito, no es incompatible con infidelidades parciales, con momentos o estados de aversión al otro cónyuge, ni siquiera con el deseo de verse libre del matrimonio. De suyo, tampoco es incompatible con la separa-

ción, pues una conciencia cristiana, relativamente bien formada, podrá querer la separación y aceptar la indisolubilidad, esto es, podrá seguir aceptando al cónyuge separado como tal cónyuge, puesto que así es lo que el Derecho divino prescribe. Incluso personas separadas con escasa formación, pueden tener un estado de voluntad semejante, vista la imposibilidad de obtener el divorcio.

Lo que importa, en definitiva, poner de relieve es que la perseverancia del consentimiento consiste en un estado de voluntad en el que perdura y permanece —transformado— el acto de contraer¹⁴.

El hecho de que sea un estado de la voluntad no quiere decir que no sea una voluntad que se manifiesta en actos. Por el contrario, el estado de la voluntad es una *quasi habitus*¹⁵, una permanente orientación de la potencia voluntaria hacia el objeto del querer, que se traduce en una serie de actos. Este estado se vierte normalmente en el cumplimiento del compromiso adquirido; y puede enriquecerse con hábitos virtuosos propiamente dichos, como son las virtudes de la

fidelidad y de la lealtad. Fidelidad al compromiso adquirido y lealtad con la persona, virtudes que facilitan y ordenan los actos de la voluntad. El fruto de ese estado de la voluntad, especialmente cuando está enriquecido con las virtudes de la fidelidad y de la lealtad, es la perseverancia.

5. *Consentimiento perseverante y causa eficiente del matrimonio.*

El consentimiento perseverante no es lo mismo que el consentimiento inicial. Entre otras razones, ya he dicho que el primero es fundamentalmente un estado y el segundo es un acto.

Sin embargo, el estado de la voluntad, si bien no es un acto, en el sentido de una acción transeúnte, no es tampoco una mera potencia. Es una permanente orientación de la voluntad y, por lo tanto, es una *actualización* de la potencia voluntaria. No es, simplemente, una capacidad, una posibilidad de querer, sino un querer continuado y radical

14. Soy consciente de que este modo de entender la perseverancia del consentimiento no es la común. Los autores suelen entenderla como perseverancia del consentimiento inicial, esto es, como la perseverancia de la *intención de aceptar y entregar el «ius in corpus»*. Cfr., p. e., R. QUEZADA, ob. cit., p. 96. Muy claro al respecto es P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, 2.^a ed., II (Romae 1932), p. 11. No se separa de este fundamental punto de vista P. Bonnet, para quien la sanación en raíz es una racionalización, según particulares criterios de justicia y en un momento dado, de un consentimiento, formado con todos los elementos que lo hacen existir como matrimonial una vez para siempre en un determinado momento, precedente y, de por sí, hasta la sanación, totalmente independiente de ella misma. Para este autor la perseverancia del consentimiento no es otra cosa que la falta de una posterior revocación del con-

sentimiento inicial (*A propósito di talune questioni attuali in materia matrimoniale: amore coniugale; causalità matrimoniale nella sanazione in radice*, en «Il diritto ecclesiastico», LXXXIII, 1972, p. 375).

15. Tomo este término de Santo Tomás de Aquino, que lo refiere a la amistad, como relación afectiva permanente, I-II, q. 26, a. 3. No es el momento de establecer ahora hasta qué punto el consentimiento perseverante es o se relaciona con la permanencia del amor conyugal de dilección o amor de voluntad. En todo caso, me parece válido el parangón entre ambos y su calificación como un *quasi habitus*. Sobre este tipo de amor puede verse A. GUTIÉRREZ, *Il matrimonio. Essenza. Fine. Amore coniugale* (Napoli 1974), pp. 59 ss.; J. HERVADA, *Cuestiones varias sobre el matrimonio*, en IUS CANONICUM, XIII (1973), n. 25, pp. 47 ss.; J. HERVADA - P. LOMBARDIA, ob. cit., pp. 97 ss.

(como la amistad entre dos personas, por ejemplo). Por otra parte, entre el consentimiento inicial y el consentimiento perseverante hay una evidente y clara relación. Tanto el consentimiento inicial (el acto de compromiso) como el consentimiento perseverante son dos formas de existir la misma y radical actualización de la voluntad, dos formas de existir el mismo querer. El ordenando que tiene voluntad de recibir la ordenación en el acto de recepción del sacramento, lo que radicalmente tiene es la voluntad de asumir el ministerio sacerdotal. La voluntad de recibir el sacramento y la voluntad por la que persevera en la condición de sacerdote son dos formas de existir, de darse, la misma radical voluntad de ser sacerdote. Pueden (y así debe ser) distinguirse ambas formas; la voluntad de recepción del sacramento es un acto con un objeto determinado, que no se confunde con el objeto propio de la voluntad perseverante en la condición sacerdotal. Pero no es menos cierto que ambas voluntades obedecen a una radical voluntad, que permanece la misma.

También en el matrimonio, el consenti-

miento inicial y el estado de voluntad perseverante son *en la raíz* una misma y única voluntad, aún contando con todos los avatares que psicológicamente pueda comportar el *iter* histórico del matrimonio concreto.

Por otro lado, el consentimiento perseverante contiene en sí al consentimiento inicial. En el orden de la voluntad, el consentimiento inicial —en virtud de su mismo contenido comprometedor del futuro— es el origen inmediato del estado de la voluntad. No me refiero al orden jurídico, en el sentido de que el pacto conyugal engendre el vínculo; me refiero al orden de la voluntad misma; por la fuerza del *acto* comprometedor, que contiene una voluntad de futuro, la voluntad se estabiliza hacia él, hacia ese futuro; la fuerza misma del acto, engendra el estado de la voluntad.

De ahí la capacidad del consentimiento perseverante —sin necesidad de una renovación actual del consentimiento inicial (esta renovación es sólo requerida *iure ecclesiastico* en la revalidación simple y no se exige en la sanación en raíz)— para ser causa del vínculo en el momento en que se sana el matrimonio nulo¹⁶.

16. Ya dije en otra ocasión que por el solo Derecho natural el pacto conyugal —esto es, la causa eficiente del matrimonio— no exige otra cosa que la existencia de una verdadera voluntad de entrega y aceptación suficientemente manifestada; esta manifestación puede ser por palabras, por signos o por conductas. En este sentido, el pacto conyugal, de suyo —esto es, a falta de requisitos impuestos por ley positiva—, no exige por sí mismo un acto especial de intercambio de consentimiento; no hace falta que se produzca el acto específico de darse palabra o escritura de matrimonio; es suficiente que el acto de darse y entregarse mutuamente exista y se manifieste suficientemente por un signo o conducta. Cfr. J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, ob. cit., pp. 300 ss. Dados los factores que concurren en el matrimonio nulo —apariencia de matrimonio (de

pacto y de vínculo)— el consentimiento perseverante queda suficientemente manifestado como lo que realmente es: una verdadera voluntad matrimonial, capaz, por tanto, de causar el vínculo, una vez se legitimen (*legitime manifestatus*) esos factores por el acto de sanación. En este sentido, me parecen acertadas las observaciones de Bonnet —salvo en lo indicado en la nota 14—, en *Osservazioni sulla sanazione in radice. Contributo alla dottrina della struttura interna ed esterna degli istituti giuridici*, en «Ius Populi Dei» (Roma 1972), pp. 694 ss. Incidentalmente quiero hacer notar mi disconformidad con el autor en su concepción de la dimensión de historicidad de la persona humana, que en este trabajo aparece. Creo que el autor cae en un historicismo (p. 678) que no respeta suficientemente la inmutabilidad de la naturaleza humana.

6. La cesación de la perseverancia del consentimiento.

De dos maneras el estado de voluntad deja de existir, cesando la perseverancia del consentimiento. El primero de los casos es sencillamente la amencia habitual. Cuando se cae en esa enfermedad no hay consentimiento en el momento de una hipotética sanación en raíz, de forma que es imposible que surja el vínculo.

En el caso de la amencia (se entiende subsiguiente al pacto conyugal nulo) se han podido producir en el pasado algunas dudas —hoy superadas—, porque los autores tienden a considerar que la sanación en raíz es un acto que transforma en válido aquel acto que en su momento fue nulo. Así entendida la sanación, parece que sólo la revocación del pacto conyugal —cosa que un amente no puede hacer, por ser incapaz de realizar actos jurídicos— o la revocación del consenti-

miento perseverante por un acto positivo —cosa que tampoco puede hacer el amente por no ser capaz de actos humanos plenamente responsables— haría imposible la sanación; en cualquier caso, la amencia subsiguiente no impediría que el matrimonio nulo fuese sanado en raíz, ya que hubo consentimiento en el acto que se sana. Pero esta posición es insostenible, ya que el CIC es bien explícito al respecto: la sanación exige que, cuando se realice, no *falte* el consentimiento (c. 1140, § 1) ¹⁷.

Entiendo que lo que se *sana*, esto es, lo que se transforma en válido es «la situación matrimonial actual»; mejor dicho, lo que se hace es: a) quitar los obstáculos que se oponían a la eficacia causal del consentimiento, o sea el impedimento, el defecto de forma y la ley eclesiástica que exige la renovación del consentimiento; b) *reconocer* como matrimonio válido la situación actual en relación al acto celebrado ¹⁸. A esta acción de la

17. Sobre la amencia en relación a la sanación, véanse las observaciones de L. MIGUELEZ en *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, ed. BAC, II (Madrid 1963), p. 730.

18. Para algunos autores la acción de la Iglesia se limita a quitar lo que impide la causalidad del consentimiento (v. gr. O. ROBLEDA, *Sobre el matrimonio in fieri*, en «Estudios Eclesiásticos», XXVIII, 1954, pp. 49 ss.). Otros hablan de una *permisión* de la Iglesia, o sea, de una doble acción: remoción de los obstáculos que se oponían a la eficacia del consentimiento perseverante y *permisión* de que este produzca el vínculo (p. e., R. QUEZADA, ob. cit., pp. 119 ss. y F. M. CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, V, *De matrimonio*, 6.^a ed., Taurini-Romae 1950, p. 856). Tampoco han faltado quienes han atribuido a la Iglesia la causalidad del vínculo: así T. GARCÍA BARBERENA, *Sobre la idea contractual en el matrimonio*, en «Miscellanea Comillas», XVI (1951), II, pp. 155 ss. y *Sobre el matrimonio in fieri*, en «Salmanticensis», I (1954), pp. 422 ss. Por mi parte, hace más de diez años que sostuve que, ni el vínculo tiene otra cau-

sa eficiente que la voluntad, ni el ordenamiento jurídico carece de toda intervención (vide *La simulación total*, en IUS CANONICUM, II, 1962, pp. 731 ss.). El ordenamiento jurídico interviene *reconociendo* el pacto conyugal. Recientemente he insistido en que el pacto conyugal, como cualquier otro acto jurídico, exige ese reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico; en esta ocasión lo definía como «la recepción del pacto conyugal y sus efectos como fuente de relaciones jurídicas» (J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, ob. cit., p. 324). La sanación en raíz conlleva —junto con las dispensas señaladas por el c. 1138— el reconocimiento *ad casum* del matrimonio nulo, que se convierte en válido por la fuerza causal del consentimiento. Ahora bien, ¿qué es lo que se *reconoce* con el acto de sanación? Los autores tienden a contestar que se reconoce (esto es, se subsana) *aquel* acto que fue nulo en su momento. Lo subsanado —lo reconocido— sería el pacto conyugal que en su momento fue nulo y que *nunc*, ahora, en el acto de sanarse, se transformaría en válido, aunque retrotrayendo sus efectos canónicos *ex tunc*, al momento de contraer, por una

Iglesia se une la fuerza causal del consentimiento perseverante de la que antes he hablado. Todo ello produce el vínculo matrimonial, a la vez que, por ficción del Derecho, se retrotraen los efectos canónicos al momento de la celebración. Desde este punto de vista, es evidente que, en el momento de la sanación, hace falta, tanto la debida y suficiente discreción de juicio en los contrayentes, como la perseverancia del consentimiento. El primer modo de cesar esa perseverancia es, pues, la amencia.

El segundo modo es la revocación, punto central de estas reflexiones, que vamos a considerar a continuación.

7. La revocación del consentimiento.

Fuera del caso de la amencia, a la que ya he aludido brevemente, la perseverancia del consentimiento sólo puede romperse por un acto de revocación. El consentimiento inicial es un acto por el que ambos se *comprometen*. Supone, por tanto, un acto de *compromiso*¹⁹ —*engagement*—, que se proyecta hacia el futuro y que contiene una vo-

luntad de crear una situación permanente, una unión de vida o sociedad conyugal. Aunque el acto de realizar el compromiso es transeúnte, contiene la voluntad de una proyección de futuro; es esa voluntad la que *persevera*, en los términos antes indicados, y la que debe existir en el momento de la sanación. Esto supuesto, es evidente que tal voluntad, por su propia dinámica, sólo puede dejar de existir —en el supuesto normal del sujeto con uso de razón— por un acto positivo contrario. Y es precisamente este acto positivo —la revocación— lo que debemos perfilar seguidamente.

Insisto, ante todo, que no se trata de revocar —directamente— el pacto conyugal; esto exigiría un *acto jurídico*, como es el repudio o divorcio. Se trata de que se rompa el estado de la voluntad antes descrito.

Entiendo que se plantea aquí un problema parecido al acto positivo de la voluntad excluyente del *matrimonium ipsum*, por lo que no extrañará que la opinión que aquí voy a dar esté en la misma línea que sostuve hace años respecto a la simulación total²⁰, salvadas, claro está, las diferencias entre ambos supuestos.

ficción. Por mi parte, entiendo la sanación en raíz de un modo diferente. A mí me parece que lo que se reconoce es, en realidad, el hecho matrimonial actual (que contiene un *consensus* en el sentido ya indicado) en relación a un acto precedente que fue nulo. Se trata de un hecho que, en relación a un acto inválido, contiene: a) el consentimiento de ser marido y mujer, como estado de voluntad en los términos expuestos; b) unos requisitos —el acto de contraer— que, pese a sus defectos, expresan suficientemente la voluntad matrimonial y no una voluntad concubinaria o fornicaria. De suyo ese acto defectuoso contiene los suficientes elementos para ser manifestación de una voluntad de unión matrimonial, claramente distinta de una voluntad concubinaria. De lo que se trata es de *reconocer*, completando así los requisitos de validez, una situación

de hecho que contiene una verdadera voluntad de ser marido y mujer, iniciada por un acto que, cualesquiera que hayan sido sus defectos ajenos al consentimiento, es jurídicamente calificable como expresión suficiente e inequívoca de un consentimiento matrimonial. A través de la «situación matrimonial» persevera un «consensus» externamente manifestado. Con las salvedades antes indicadas —él se refiere al acto inicial, yo a la situación matrimonial actual—, estoy sustancialmente de acuerdo con lo que escribe P. BONNET, *Osservazioni...*, cit., pp. 696 ss.

19. El *compromiso* puede verse descrito más ampliamente en J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, ob. cit., pp. 124 ss.

20. En el artículo citado en la nota 18.

Hay que dejar claro, ante todo, que se habla de revocación, de acto positivo de voluntad, para poner de relieve que no bastan aquellos estados o actos de la voluntad que de suyo no son incompatibles con la perseverancia del consentimiento. Ni el desagrado hacia el otro cónyuge, ni el arrepentimiento por haberse casado, ni siquiera el plantearse la posibilidad de romper con la situación establecida e incluso el deseo vehemente de hacerlo, nada de eso rompe de suyo la perseverancia del consentimiento²¹. Las relaciones entre cónyuges —y aunque se trate de un matrimonio nulo, los supuestos examinados presuponen en ambos la «situación matrimonial»— pueden pasar por una gama casi infinita de situaciones desagradables, de discordia, de incompatibilidad, etc., sin que por ello se destruya —aún estando al borde de ello— la fundamental y radical perseverancia de su voluntad conyugal.

Todo esto es cierto, y por ello hay que hablar de un acto de revocación. Pero esta revocación no consiste en un acto o declaración —por palabra o por escrito— de explícita revocación. Algo así como una especie de libelo de repudio. Si la revocación fuese algo parecido a eso, sería preciso que, conocida la nulidad, se hiciese por palabra o por escrito un acto explícito contrario al consentimiento. Sin conocer la nulidad no es pensable que un *acto* de tales o similares caracteres pueda producirse²². Y, sin embargo, la revocación puede existir sin que haya conoci-

miento de la nulidad y sin necesidad de un acto tan explícito como los aludidos²³.

La revocación del consentimiento se produce en todos aquellos casos en los que cesa el estado de la voluntad o radical aceptación —gustosa o no gustosa— de seguir siendo y considerándose marido y mujer; cuando hay *una voluntad firme y obstinada de dejar de ser cónyuges*. Esto es, cuando ha cesado —por un acto de la voluntad— la fundamental y radical voluntad de ser fiel al compromiso adquirido. Por consiguiente, en virtud de los dos requisitos enunciados —firmeza y obstinación—, el acto se traduce en un estado de la voluntad contrario y destructor del estado de la voluntad que constituye el consentimiento perseverante.

Cuando tal acto, traducido en un estado de la voluntad, se ha producido, ya no hay perseverancia del consentimiento y, por lo tanto, la sanación no es posible. Habría un *defectus consensus*, una carencia de consentimiento. Claro que si no se ha manifestado externamente esa revocación, será de aplicación el c. 1093, que establece la presunción de perseverancia del consentimiento mientras no conste su revocación; pero, en todo caso, después del acto de sanación seguirá habiendo un matrimonio nulo, que se tendrá por válido.

La revocación ha de manifestarse externamente. Ocurre, sin embargo, que las formas de manifestación son imposibles de reducir a un esquema. Aumenta la dificultad el hecho de que los revocantes no obran ge-

21. Se trata de casos de disposiciones afectivas contrarias, de una *intentio simplex* que incluso puede contener una voluntad interpretativa. Pero, como es bien conocido, todo ello no es de por sí un acto positivo de voluntad. Cfr. J. HERVADA, *La simulación total*, cit., pp. 758 ss.

22. Por eso la doctrina se inclina tanto a con-

siderar que, ignorando la nulidad del matrimonio, es casi imposible que haya revocación del consentimiento. Vide. como ejemplo, las razones alegadas por R. QUEZADA, ob. cit., pp. 88 ss.

23. Doctrina comúnmente admitida, pese a las dificultades que ven los autores, de acuerdo con lo indicado en la nota precedente.

neralmente mediante actos directamente manifestativos de la revocación, sino a través de actos o conductas que, en muchos casos, sólo crean fuertes presunciones, por no ser necesariamente incompatibles con la perseverancia del consentimiento. Pensemos, por ejemplo, en el caso de la separación. Que unos cónyuges se separen —lo hemos dicho antes— no es signo inequívoco ni comporta necesariamente la ruptura del consentimiento perseverante. Pero no me parece que pueda seriamente negarse que, en muchos casos, es una manifestación de la revocación. Si una de las partes tiene la voluntad firme y obstinada de no ser cónyuge de la otra y utiliza la separación como el único instrumento legal a su alcance —por no existir el divorcio— para conseguir romper el consorcio conyugal, la misma introducción de la causa de separación es una prueba legal inequívoca de la revocación del consentimiento. Tanto más, si esa persona ha «reconstruido» su vida conyugal formando una nueva pareja, unida inmoral e ilegalmente, pero con *affectio maritalis*.

De modo semejante debe tratarse la introducción de una causa de nulidad. Es cierto que hay casos en los que tales causas se introducen por razones de conciencia; pero son numerosísimos los casos en los que la intención de quien los introduce es verse libre del vínculo conyugal, precisamente porque ya hay en él ese estado de voluntad que rompe el consentimiento perseverante, esto es, porque hay una voluntad firme y obstinada de dejar de ser cónyuge. Caso similar es el abandono de familia.

Diversos autores niegan que los supuestos mencionados constituyan una verdadera revocación del consentimiento, basados en que lo que hay en estos casos es una mera voluntad interpretativa. A mí me parece que tienen un punto de razón; ya he dicho que

las conductas señaladas, y tantas otras que podrían indicarse, no son signos apodícticos; es necesario ver en cada caso si existe el estado de voluntad descrito, que es efecto de un verdadero acto de revocación. Tampoco puede negarse que en muchos de los casos en los que no hay verdadera revocación, esta existe en forma de voluntad interpretativa. Cristianos hay separados que, aceptando la permanencia del vínculo por ser esta la Ley de Dios, se divorciarían sin la menor duda, en el caso de permitirlo esa Ley; es un típico caso de voluntad interpretativa. En esos mismos, si supiesen que su matrimonio es nulo (caso que contemplamos en la sanación), se formaría la voluntad contraria y se rompería la perseverancia del consentimiento. Pero todo eso se mueve en el marco de la voluntad interpretativa, como señalan con razón los autores de referencia.

Sin embargo, no creo que estén en lo cierto extendiéndolo a todos los casos. La revocación del consentimiento no es —repito— un acto explícito, tipificado como tal, en el que por palabras o por escrito se manifieste la voluntad revocatoria. El acto de contraer, de emitir el consentimiento, es un acto tipificado legalmente; pero la revocación no es un acto de esa especie. Es un estado de voluntad, producido por una decisión (por un acto) que, para ser operativa en el sentido de destruir la perseverancia del consentimiento, es indiferente que se traduzca en un acto formal o que se presente en la conciencia del sujeto como acto lícito o ilícito, como bueno o como pecaminoso. Es simplemente la voluntad firme y obstinada de rechazar al otro como cónyuge. La causa de separación o la de nulidad, el abandono de familia, o cualquier otra forma en la que se manifieste la revocación (v. gr. mantener la apariencia de matrimonio socialmente unido, pero rompiendo entre ambos la subjetiva y mu-

tua consideración de esposos), todo ello es ciertamente un signo no evidente de ella, pero sí suficiente para llegar a conocerla, al darse bajo el influjo causal del estado de voluntad contrario al consentimiento. En tales supuestos, las conductas indicadas se producen bajo el influjo de una voluntad virtual o actual contraria al consentimiento matrimonial.

Sin duda alguna, la manifestación más clara e inequívoca de la revocación del consentimiento es la introducción de la causa de divorcio civil, o también la llamada eufémicamente «reconstrucción» de la vida conyugal en una nueva unión, bien por vía de hecho (siempre que se haga con *affectio maritalis* y no con voluntad meramente fornicaria), bien por matrimonio civil.