
COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

TOMAS RINCON

La jurisprudencia reciente en torno a la «*exclusio boni prolis*» y la reforma del Derecho matrimonial

Comentario a la sentencia c. Aisa de 4-II-1975

Introducción

Al ocuparnos de un tema tan reiteradamente tratado por la jurisprudencia y por la doctrina, es obligado dejar constancia de los motivos que nos han animado a volver sobre el mismo, y de los propósitos u objetivos concretos hacia los que se orienta el presente trabajo.

La oportunidad inmediata nos la brinda la lectura de la sentencia de la Rota Española, transcrita en páginas anteriores; nuestra atención pudo dirigirse hacia un aspecto del tema general que en la mencionada sentencia recibe un tratamiento interesante; nos referimos, en concreto, a los distintos pasos, expresados con singular claridad, tendentes a demostrar *in casu* el hecho de la exclusión del *bonum prolis* por parte del contratante. Preferimos, no obstante, fijarnos en el *in jure* y adentrarnos en un tema de derecho sustancial tan debatido en los últimos años como

el de la simulación parcial por exclusión del bien de la prole. Son claras, al respecto, las diferencias existentes entre el tenor de las normas canónicas y el modo técnico de proceder —incluso terminológicamente hablando— de los Tribunales eclesiásticos. Basta recordar que la norma nunca habla de simulación parcial, ni de exclusión del bien de la prole o del fin primario; el tenor literal normativo es mucho más reducido que la amplia interpretación a que se ven forzados los Tribunales eclesiásticos si quieren proteger ese núcleo constitutivo del matrimonio, cual es la ordenación a la prole. De aquí se deduce que los problemas que tan ampliamente debate la doctrina —y la propia jurisprudencia—, aunque aparentemente son de carácter técnico, no por ello dejan de afectar, y muy directamente, a la propia esencia, a la propia definición del matrimonio. Es apremiante, por ello, intentar conseguir una mayor perfección técnica con el fin de lograr mayor clarificación

de los aspectos sustanciales y doctrinales o mayor coherencia entre éstos y las normas canónicas, y entre estas normas y la aplicación que hacen de las mismas los Tribunales eclesíasticos.

Detengámonos, como preámbulo ejemplificador, en el examen de la sentencia de la Rota Española. En ella se concluye la nulidad del matrimonio por exclusión del *bonum prolis* por parte del esposo. Pero veamos cuál es el proceso jurídico que ha desembocado en esta conclusión. El primer paso del *in jure* lo constituye la referencia a una serie de principios doctrinales expresados por el Concilio Vaticano II en la *Gaudium et Spes* respecto a la ordenación, *indole sua naturali*, del matrimonio y del amor conyugal a los hijos. El segundo paso lo constituye el intento de traspasar esos principios a esquemas jurídicos. Para ello los jueces deben circunscribirse al ámbito de la normativa vigente. Los cauces legales son bien conocidos: el c. 1013 como expresión literal de esos mismos principios, el c. 1081 como explanación técnica de que el acto conyugal debe ordenarse hacia esos fines, y el c. 1086 § 2 expresivo de todas las clases de exclusión *positivo voluntatis actu*. En el caso que el Tribunal juzga, el esposo excluye los hijos, no los actos conyugales. Si se tratara de este último supuesto, las dificultades teóricas serían mínimas. ¿Cómo concluir que un tal matrimonio ha sido nulo por exclusión del *bonum prolis*, cuando la norma canónica sólo se refiere a la exclusión del matrimonio mismo o de todo derecho al acto conyugal? La sentencia que comentamos responde de la siguiente manera: primero, invocando el concepto de negocio jurídico, en segundo lugar, ampliando el concepto de exclusión de la prole, y en tercer lugar haciendo derivar el tema, aunque no explícitamente, hacia la simulación total. El matrimonio como negocio jurídico, en efecto, está integrado por una serie de elementos esenciales: el consentimiento (c. 1081 § 1), el objeto o *jus in corpus* (c. 1081 § 2) y la causa o fin (c. 1013). El esposo en cuestión excluye este último elemento, por lo que no realiza ningún

tipo de negocio jurídico *matrimonial*. Se advierte con claridad que el Tribunal de la Rota española ha tomado postura decididamente por la tesis de la «causa en los negocios jurídicos». Si esta vía de interpretación fuera tan clara, como a primera vista pudiera parecer, tendríamos expedito el camino para la solución de problemas similares, y estarían de más otros intentos interpretativos. Más adelante veremos cómo no es éste un caso aislado, sino que ya se ocupó del tema la doctrina canónica y tuvo su resonancia en otros supuestos jurisprudenciales. Nos interesa ahora seguir explorando el iter jurídico interpretativo que sigue la sentencia comentada. Aparte de la visión del matrimonio como negocio jurídico, o para explicar esa tesis, los jueces estiman que el c. 1086 § 2 debe ponerse en relación con el c. 1081 y 1013. El primero de los cánones regula un modo concreto de excluir la prole, pero no el único: en él no se agota todo el contenido del c. 1013. Es a este canon al que afecta principalmente el problema de la exclusión de la prole, cabiendo la nulidad de un matrimonio, bien por la exclusión de la causa del negocio o de los fines (c. 1013) o porque «los esposos pretendieron una unión distinta a la que el Autor de la naturaleza configuró como matrimonio; había habido un amor de amistad, pero no un amor conyugal como lo entiende la Iglesia». Es posible que esta última idea, expresada escuetamente, no sea otra cosa que una consecuencia más de la tesis central en torno a la que gira el pensamiento del Tribunal de la Rota Española. Se podía considerar, no obstante, como próxima a esas otras tesis que justifican estas causas de nulidad, o en virtud de simulación total (carencia de una voluntad interna verdaderamente *conyugal*) o en virtud de la *intentio —conditio* contra *matrimonii substantiam* del c. 1092, 2.º.

De la exposición resumida de los esquemas jurídicos por los que ha discurrido la sentencia, una cosa parece clara: que, pese a la aparente sencillez, técnicamente resulta ardua la tarea de los jueces a la hora de decidir la nulidad de un

matrimonio por el capítulo de la exclusión del *bonum prolis*, cuando la exclusión no atañe directamente a los actos conyugales ordenados por su propia naturaleza a la prole.

Es nuestro propósito advertir sobre las deficiencias técnicas del ordenamiento vigente que, a nuestro juicio, acarrear deficiencias y dificultades para los planteamientos doctrinales. La labor jurisprudencial recibe, sin duda, una inestimable ayuda de la doctrina canónica, pero su específica misión tiene sus propios límites, los límites de la norma que aplica y a la que están sometidos los jueces. Cuando estos cauces legales son estrechos o técnicamente deficientes, se puede producir un influjo inverso, el de la jurisprudencia sobre los planteamientos doctrinales de los autores. Sobre el tema que nos ocupa, los Tribunales eclesiásticos pueden haber decidido correctamente en el sentido de que sus decisiones han reflejado, en suma, el pensamiento cristiano sobre el matrimonio. Pero, ¿se procede siempre de forma coherente en relación con el ordenamiento vigente? Esta es la pregunta a la que intenta responder este trabajo. Sobre ella ya han incidido otros muchos comentarios jurisprudenciales a partir, sobre todo, del giro notable que se observó en la jurisprudencia de los años 1964 y siguientes, en el planteamiento y resolución del problema. Esta abundancia de literatura al respecto nos ahorra tiempo y espacio, al limitar nuestra investigación de manera especial a los intentos más recientes tanto en el ámbito de la jurisprudencia, como en el de la doctrina.

La justificación de este trabajo viene también determinada por otro dato que podemos formular de la siguiente manera: ¿la proyectada revisión del derecho matrimonial, en los términos en que está planteada, responde satisfactoriamente a los problemas que plantea la legislación vigente? ¿Facilitará al juez eclesiástico que sus decisiones se produzcan de forma coherente, no sólo con los principios doctrinales que informan el matrimonio, sino también con las normas positivas que regulan su estructura jurídica? Como es sabido, el

proyecto mencionado está sometido en estos momentos a las correspondientes consultas en orden a su posible perfeccionamiento, doctrinal y técnico. Por ello estimamos inmejorable la oportunidad de hacer un balance de los principales problemas jurisprudenciales, de mostrar los criterios contrapuestos y contradictorios que la jurisprudencia ha seguido, y de confrontar las soluciones propuestas por la doctrina con el proyecto de ley que ha elaborado la Comisión de reforma del Código.

I. *Tratamiento jurisprudencial clásico de la «intentio contra bonum prolis».*

Dentro de los límites que hemos marcado a este comentario, no cabe un análisis detallado de la abundantísima jurisprudencia producida en torno a este capítulo de nulidad. Lo que nos proponemos, por tanto, es resaltar el momento en que la jurisprudencia decididamente da un giro considerable en el tratamiento del tema y los modos concretos en que el cambio se realiza. Es bien sabido la reacción en cadena de comentarios que la nueva orientación jurisprudencial ha originado y, por ello, creemos justificada nuestra atención prevalente a la misma. Además, es a partir de ese cambio jurisprudencial, cuando se hace más manifiesta y urgente la necesidad de perfeccionar las normas canónicas, a fin de evitar esas profundas diferencias en su interpretación.

Debemos apresurarnos a decir que, en la mayoría de los casos, el cambio y las divergencias que comporta, afectan más a la forma que al fondo de la cuestión. Al haber un acuerdo sustancial sobre la naturaleza del matrimonio, en concreto, sobre su intrínseca ordenación al fin de la procreación, es natural que las decisiones jurisprudenciales sean uniformes, en la mayoría de los casos, a favor de la nulidad, cuando se dan los supuestos de hecho que contradicen esa ordenación esencial. Es en el modo de llegar a esa conclusión donde comienzan, generalmente, las diver-

gencias. Claro es que no faltan otras posturas más radicales —más en el ámbito doctrinal que jurisprudencial— según las cuales, siguiendo una férrea lógica, han de decidirse a favor de la validez, cuando no hay exclusión del *omne jus ad conjugales actus*, puesto que todo lo que se salga del marco del objeto formal —a tenor del Codex, el *jus in corpus*— carece de relevancia jurídica y se relega al ámbito exclusivamente moral¹.

Es precisamente sobre este punto sobre el que van a girar las principales cuestiones, si no se quiere convertir la ordenación al fin de la procreación en algo puramente nominal o quimérico; o lo que es lo mismo, si no se quiere convertir el acto conyugal en el principio informador y ordenador del contenido jurídico de la relación matrimonial, cosa que, a nuestro juicio, ocurriría si la ordenación a la prole únicamente tuviera relevancia jurídica, vista sólo desde el acto conyugal, puesto que entonces el matrimonio estaría ordenado directamente al acto conyugal y sólo indirectamente a la prole. Pensamos, por el contrario, que es esa ordenación intrínseca a la prole el pilar sobre el que se sustenta de manera principal toda la estructura jurídica del matrimonio, incluido el derecho al acto conyugal.

Atendido este planteamiento, nada hay de extraño en que la jurisprudencia se haya hecho, en los últimos años, estas o parecidas preguntas: ¿la intención contra el bien de la prole se agota en la exclusión del derecho a los actos conyugales?; ¿podrá ser válido un matrimonio cuando los contrayentes se dan mutuamente el derecho al acto

(1) Es sobradamente conocida al respecto la postura doctrinal del Prof. O. GIACCHI, *Il Consenso nel matrimonio canonico* (Milano, 1968). Cfr. también P. FEDELE, *L'ordinatio ad prolem nel matrimonio in diritto canonico* (Milano 1962); Id., *In tema di esclusione della prole nel matrimonio canonico*, en «Ephemerides Iuris Canonici», 23 (1967), pp. 311 y ss.; Id., *Prospettive de jure condendo circa l'esclusione dell'essenza del matrimonio*, en «L'année canonique» (1971), pp. 187 ss.

(2) No faltan sentencias en las que la postura es

conyugal, pero abrigando intenciones contrarias a la prole? ¿Cómo apoyar una posible nulidad desde la legislación vigente?

Durante años, la jurisprudencia ha salvado alguno de los obstáculos, que una atención exclusiva al c. 1086 § 2 hubiera ocasionado, apelando a la naturaleza del acto conyugal descrita por el canon 1081 § 1 2. Atendida esta aptitud y ordenación del acto a la prole, se resuelven, efectivamente, algunos problemas, porque se amplía el ámbito de la exclusión del *omne jus* del c. 1086. Pero la jurisprudencia ha tenido que enfrentarse a otros problemas difícilmente encuadrables en esos supuestos.

Aunque el problema de los anticonceptivos y abortivos, en su más amplia acepción, se ha agudizado en los últimos tiempos, ya desde hace años la jurisprudencia se viene ocupando del mismo, cuando analiza en los *in jure* la exclusión del bien de la prole. Casi unánimemente² y en el plano teórico, las sentencias llegan a la conclusión de nulidad a pesar de que los supuestos que se contemplan no rechazan explícitamente el *omne jus ad conjugales actus*. Los argumentos, no obstante, en que se basan, difícilmente se salen del marco legal de los cc. 1086 y 1081. A la exclusión del objeto formal del contrato se reconduce toda la problemática, no sin forzar ciertamente la interpretación de dichos cánones. Para ello acuden explícita o implícitamente al c. 1013, forzando el salto del fin primario al objeto formal del contrato.

Recordemos, a modo de ejemplo, alguna de estas sentencias: En una c. Fideicicchi del 12-VII-1949³, se afirma la nulidad del matrimonio cuando

más radical. Por ejemplo, en una c. Pecorari del 12-XI-1941 (SRRD., 33, p. 816) se lee: «Tunc tantum matrimonium nullum declarari potest ob exclusam prolem, quando invicte probetur exclusum fuisse omne jus ad conjugalem actum».

(3) Sentencia del 12-VII-1949, en SRRD, 41, p. 381: «Notum est exclusionem boni prolis matrimonium invalidare eo tantummodo in casu, quo a nupturiente exclusum sit jus ad prolem».

se ha denegado el *ius ad prolem* en base a que la «procreatio et educatio prolis sit de essentia matrimonii».

En una c. Lamas, se aclara que el objeto del matrimonio no es libremente decidido por la autonomía de la voluntad, sino que viene determinado por el derecho natural y divino. Entre esas prescripciones naturales y divino positivas está el *fin primario* y las propiedades esenciales⁴.

En estos términos inequívocos se expresa una c. Bonet: «Cum finis primarius matrimonii sit prolis procreatio atque educatio, quidem jure naturae, lex positiva Ecclesiae principium juris naturalis proclamat cum statuit quod si contrahens positivo voluntatis actu excludet jus ad prolem a consensu, invalide contrahit»⁵.

No entregar el derecho sino para actos onanísticos, dice otra sentencia c. Lamas, «idem est ac excludere finem primarium matrimonii quo excluso sacrum foedus corrui totum»⁶.

II. Precedentes del cambio jurisprudencial

Suele situarse el cambio jurisprudencial hacia el año 1964, especialmente por la decidida y clara posición de algunas sentencias c. De Jorio. Existen, no obstante, algunos precedentes que conviene destacar, con el fin de advertir con mayor claridad esa línea evolutiva que no surge bruscamente, sino tras de azarosas dificultades para justificar lo que

(4) Sentencia del 17-II-1955, en SRRD, 47, p. 149 ss.

(5) Sentencia del 12-IV-1957, en SRRD, 49, p. 335.

(6) Sentencias del 6-II-1960 y del 16-II-1960, citadas por la Sent. c. Bejan 29-X-1966, SRRD, 58, p. 767. Sentencia del 6-IV-1960, en SRRD, 52, p. 212: «Consensus matrimonialis, ut efficax sit, ferri debet in objectum contractus, sic ut jure divino fuit constitutum, quod essentialiter conflatur tribus bonis prolis, fidei et sacramenti (c. 1013)». A continuación identifica el *bonum prolis* con el *ius ad actus* del c. 1086.

(7) Cfr. DE LA HERA, *Relevancia jurídico-canónica de la cohabitación conyugal* (Pamplona 1966), pp. 73-80. Id.,

era perfectamente justificable desde la concepción cristiana del matrimonio, pero más difícil de justificar desde una interpretación tradicional de las normas codiciales.

Entre esos precedentes cabe señalar una sentencia a la que los comentaristas dieron un significativo realce, destacando sus puntos más innovadores⁷. Nos referimos a la sentencia c. Wynen del 27-II-1947⁸. En ella se lee literalmente que «ad validitatem consensus non sufficit proprium corpus tradere vitae sexuali ad explendam libidinem, sed omnino requiritur ut mulier viro tradat jus ad actus vere conjugales et ut ipsa suscipiat obligationem ad eosdem actus cum naturalibus suis consecrariis». Son estas últimas palabras de las que se sirven los comentaristas para advertir de la ampliación del contenido del *bonum prolis* en la línea agustiniana de la *procreatio, receptio et educatio prolis*⁹.

Es cierto que si nos atenemos al tenor literal de la expresión «cum naturalibus suis consecrariis», encontramos fundadas razones en pro de una interpretación amplia del contenido del *bonum prolis* en el sentido del Prof. De la Hera¹⁰. Hay, sin embargo, en la Sentencia c. Wynen, otros criterios que apuntan hacia un planteamiento del problema sobre el que no resulta fácil precisar la postura del Tribunal. Parece afirmarse con toda claridad que la exclusión del fin primario tiene autonomía suficiente para basar en ella un *caput nullitatis*: «Iamvero qui finem primarium matrimonii scil.

Intentio contra bonum prolis, en «Ius Canonicum» 7 (1967), p. 218.

(8) SRRD., 39, p. 121 ss.

(9) Cfr. SAN AGUSTÍN, *De Genesi ad litteram*, IX, cap. 7, n. 12, en PL, 34, col. 397. SAN ISIDORO DE SEVILLA, *De Ecclesiasticis officiis*, lib. II, cap. XX, 10-11 en PL, 83, col. 812: «Nuptialia autem bona tria sunt: proles, fides, sacramentum. In fide attenditur ne praeter vinculum conjugale cum altero vel altera concumbatur: in prole ut amanter suscipiatur, pudice nutriatur».

(10) *Ob. cit.*, pp. 73-80.

procreationem filiorum (c. 1013) positive detrahit de suo consensu matrimoniali non jam ponit consensum qui matrimonium constituere valeat (canon 1086 § 2)». Más adelante añade: «Siquidem hic non agitur de mero abuso matrimonii, sed de consensu essentialiter vitiato; quod vitium eruitur et probatur ex totali et radicali exclusione primarii finis matrimonii».

La claridad de esas palabras viene oscurecida por otras según las cuales, una voluntad contraria al fin, más que un *caput nullitatis* autónomo, es un instrumento probatorio, un signo fehaciente de que el contrayente que accede al matrimonio con tal intención rechaza el *jus ad actus vere conjugales*, esto es, excluye el objeto formal del contrato en virtud de lo cual es nulo el matrimonio. Estos son los términos inequívocos en que se expresa: «Quamvis aliud est finis, aliud est objectum contractus matrimonialis, tamen absoluta voluntas, fini primario contraria communiter est *signum et argumentum* voluntatis etiam in objecto voluntatis contrariae, quo consensus matrimonialis essentialiter vitiatur»¹¹.

De ahí que a la sentencia le sirva el argumento de la intención contra el fin primario para el caso concreto que se ventila, si bien deja pendiente la consideración abstracta del problema; es decir, parece no tomar postura doctrinal al respecto: «si res in *abstracto* et superficialiter consideretur apparere posset pravum illud propositum frustrandi effectum copulae conciliari posse cum traditione juris in proprium corpus quoad actos per se aptos ad proles generationem; nam talis mulier non vult impedire quominus vir peragat copulam per se perfectam, eiusque prava intentio respicit tantummodo fructum seu effectum copulae, non ipsam copulam. Si tamen res *in concreto* et attente perpendatur, eiusmodi mulier dicenda est substantialiter vitiare

suum consensum matrimonialem si hunc una cum descripta prava intentione eliciat».

Unos meses más tarde, el 18-XII-1947¹², una nueva sentencia c. Wynen sentaba el principio tradicional: «Ea tantum prava proles exclusio secumfert nullitatem matrimonio quae compartem, in contrahendo, ipso privat jure ad copulam perfectam, ex qua procreatio filiorum fieri potest, seu quae denegat tradere jus ad actus perficiendos per se aptos ad proles generationem».

No obstante, en la del 17 de febrero se había insinuado la distinción entre el *jus in corpus*, objeto formal del contrato, y el *jus ad prolem* como contenido del fin primario. Que sólo era una insinuación y no una decidida postura en favor de la distinción que originara una duplicidad de fuentes legales para la *exclusio boni prolis*, lo demuestra bien a las claras una sentencia del mismo ponente, que tiene lugar unos años más tarde, concretamente el 17-XII-1956¹³. En ella se intenta salvar la distinción apelando a la tesis de P. Hurth¹⁴ propiciadora, no de la distinción de fuentes, sino de la integración en la fuente tradicional de la exclusión del objeto formal, tanto de los aspectos positivos, como de los negativos del *jus in corpus*. En efecto, este derecho, en cuanto objeto formal del contrato, está integrado tanto por el derecho a poner el acto conyugal, como por el derecho —el *jus negativum*— a exigir la omisión de cualquier acto destructivo de los efectos a los que se ordena naturalmente el matrimonio.

De estas consideraciones se desprende con claridad que, no obstante los intentos nuevos, afectados por las dificultades fácticas que ponen en evidente peligro la misma concepción cristiana del matrimonio, si no son resueltas a favor de la nulidad, no parece cederse en lo que se ha presentado siempre como un principio intangible; esto es, que la única dimensión jurídica del *bonum prolis*

(11) SRRD, 39 (1947), pp. 122-123.

(12) SRRD, 39 (1947), p. 590.

(13) *Sentencia* citada en la c. Bejan de 29-X-1966, SRRD, 58, p. 768.

(14) En «Periodica», 38 (1949), p. 212.

—en cuanto a nulidad por exclusión se refiere— es la exclusión del objeto formal del consentimiento.

Nada de extraño aparece en este planteamiento si a la par que a las resoluciones jurisprudenciales, el lector se acerca a la doctrina científica sobre la esencia del matrimonio. Un pensamiento científico que, como bien se sabe, es deudor en buena medida de la escuela exegetica que cifra su método en el análisis y sistematización de las normas. Lógicamente al ser idéntico el método seguido por la jurisprudencia y por la doctrina, aunque en niveles distintos, las conclusiones tenían que ser las mismas. Lo único que podía ocurrir —y ocurrió— es que autores, propensos a un mayor rigor científico y a una mayor pureza metódica, extrajeran de las normas conclusiones más radicales, pero científicamente más coherentes con todo el sistema normativo. Tal es el caso de los que afirman, sin ambages, que hay ámbitos en el aspecto finalístico del matrimonio que se escapan a la consideración jurídica, sin menoscabo de su incidencia moral. Por lo mismo, sólo la exclusión, o la *intentio-conditio*, de los actos *vere conjugatum* cae dentro del ámbito jurídico; sólo la cópula perfecta es el dato a tener en cuenta en orden a establecer o determinar sobre la nulidad de un matrimonio. Nada de lo que acontezca después, cae en el ámbito jurídico sino sólo moral, puesto que lo que viene después —llámese aborto, por ejemplo— no entra en el marco del contrato. Si el matrimonio es un contrato o un vínculo contractual identificado con el *ius in corpus*, lógicamente este derecho se erige en criterio y medida única para determinar el alcance de la exclusión del *bonum prolis*.

Al calificar de coherente a esta última postura, no pretendemos de ningún modo sumarnos a ella. Sólo queremos decir que la conclusión a la que llegan está en la línea de las premisas que se

sientan como base, premisas avaladas en buena parte por el propio sistema normativo. Claro está que las conclusiones han de ser diferentes, si se fundamentan en premisas distintas; y es distinto el planteamiento cuando el *in fieri* del matrimonio se ve y analiza desde el *in facto esse*, que cuando el proceso es inverso. Empeñarse en descubrir el contenido del «contrato» matrimonial, sin asomarse al rico contenido del matrimonio *in facto esse*, o del matrimonio sin más calificativos, nos ha parecido siempre un empeño fallido e ineficaz para resolver los problemas con que, cada vez con más frecuencia, se enfrenta la jurisprudencia, en relación con los casos en que evidentemente se excluye, por acto positivo de la voluntad, el contenido del *bonum prolis*, en cuanto expresión integral del fin primario del matrimonio o de su ordenación intrínseca a la procreación y educación de la prole.

No faltan precedentes jurisprudenciales según los cuales se van diferenciando con más nitidez los contornos entre la exclusión directa de la prole y la exclusión del derecho al acto conyugal, en virtud de lo cual se facilita el camino, dentro de esa línea evolutiva, a la tesis, que terminará por irrumpir en la jurisprudencia, de la doble fuente legal de la *exclusio boni prolis* o de la autonomía del *caput nullitatis* por exclusión directa y perpetua de la prole, independientemente de que se haya admitido consensualmente un pleno y efectivo *ius in corpus*.

Precedentes, en este sentido, son, entre otras, algunas sentencias c. Canestri¹⁵ y una, a nuestro juicio muy clara, sentencia c. Pinna de 31-X-1956¹⁶. En esta última sentencia, se da al *ius in corpus*, indudablemente, un contenido más amplio que el que pudiera desprenderse de su tenor literal, puesto que de ningún modo se contrae matrimonio válido, cuando, pese a darse el derecho al acto conyugal completo, se intenta, a la vez, procurar

(15) Cfr. en concreto las sentencias del 8-VII-1941, SRRD, 33, pp. 603-4; 26-I-1950, SRRD, 42, p. 46.

(16) SRRD, 48 (1956), p. 854.

el aborto o matar a la prole¹⁷. Pero a esta conclusión ya se había llegado por otros caminos. Por ello, donde más explícitamente responde a esa denominación de precedente directo del cambio jurisprudencial es a la hora de justificar la postura de los patronos del interesado en relación con la sentencia apelada. No conocemos el *in jure* de las primeras instancias, sólo indirectamente a través de la breve referencia de la c. Pinna que comentamos. Según ésta, no parece haber duda en que se ha distinguido entre el objeto formal y el fin del matrimonio, como argumento en pro de la nulidad de un matrimonio contraído con la intención de abortar o matar la prole. Según parece, la no distinción entre objeto formal y fin es el motivo por el que la causa en cuestión no fue resuelta convenientemente: «merito proinde patroni arguunt sententiam appellatam, quae non distinxit inter objectum formale et finem matrimonii».

A continuación la sentencia sale al paso de una posible objeción consistente en considerar el fin primario como algo extrínseco al matrimonio, razón por la cual la esterilidad ha carecido siempre de relevancia jurídica. Para responder a esta objeción, la sentencia invoca la distinción del Cardinal Staffa entre consecución del fin y ordenación al mismo: el logro de los hijos es, ciertamente, algo extrínseco al matrimonio, pero su ordenación al fin primario es algo intrínseco y esencial, de modo que si «haec ordinatio per actum positivum voluntatis a contrahentibus excludatur, matrimonium vitiat in sua substantia»¹⁸.

El 9 de noviembre de 1961, una sentencia c. Bejan, uno de los ponentes que con más decidido empeño propiciará el cambio jurisprudencial, marca un importante hito en la evolución que comentamos, al afirmar literalmente: «Patres DD. non negant solido niti fundamento doctrinam pe-

nes quam matrimonium est nullum quando mulier praenuptiale et firmum gerit propositum vitandi prolem in perpetuum et idem executioni mandat impediendo transitum veri seminis virilis ex vagina in uterum mediante quodam artificiali diaphragmate. At censent in hypotesi haud invocari posse praescriptum Can 1086 § 2.

Por esta razón, dice más adelante, en el supuesto mencionado «nullitas contractus matrimonialis... *aliunde est petenda*». Y a propósito se invoca ya una idea que será una constante en todas las posteriores sentencias c. Beján: «in casu, mulier non excludit omne jus ad conjugalem actum, sed *contractus matrimonialis causam*, sine qua is consistere nequit»¹⁹.

III. *Autonomía de la «exclusio directa boni prolis»*

Las dificultades prácticas, puestas al descubrimiento en este breve elenco de sentencias reseñadas, fueron creciendo en el correr de los años, a la par que se generalizaba la mentalidad anti-concepción y aumentaban y se perfeccionaban los métodos de control de la natalidad. Nada digamos, si, a estos datos, añadimos las tristemente célebres legalizaciones del aborto en ciertos países en donde aún son muy numerosos los matrimonios canónicos. Aquellas dificultades y estas nuevas circunstancias pueden ser la causa por la que estamos asistiendo en la última década a un cambio en el planteamiento jurisprudencial de la cuestión, a falta, por el momento, de una modificación de las normas canónicas.

En esas nuevas circunstancias trata alguna sentencia reciente de justificar el amplio y desacomunado desarrollo del *in jure*: «quia praxis,

(18) Ibid., p. 854.

(19) SRRD, 53 (1961), p. 496. El subrayado es nuestro.

(17) «Si quis tradere quidem velit ius ad conjugales actos completos simul vero intendat abortus procurare, natosve interficere, ita ut ius alteri parti hac in re de tractis valide conjugium minime contrahit». Ibid., p. 854.

hodiernis temporibus, exigit solutionem casuum, in dies frequentiorum, in quibus usus fit methodi evitandi prolem, quae intactos relinquit actus conjugales modo naturali peragendos»²⁰.

Está por ver si es suficiente este cambio jurisprudencial o es preciso que se modifiquen también las normas substantivas, e incluso los planteamientos *científicos* sobre la esencia o naturaleza jurídica del matrimonio.

Veamos a continuación el momento y los términos en que se produce ese nuevo enfoque. Determinar con precisión lo primero, no es tarea fácil ni tiene demasiada importancia. Nuestro punto de referencia será el momento aproximativo que suelen señalar los comentaristas de sentencias; en concreto, algunas sentencias c. De Jorio de 1964. Más precisos son los términos en que parece concebirse la nueva perspectiva desde la que examina el problema la jurisprudencia rotal. En síntesis, el cambio consiste en añadir un nuevo *caput nullitatis*, autónomo en relación con el tradicional y único del objeto formal o de la exclusión del *omne jus ad actus conjugales*^{20bis}.

Es el año 1964 el momento en que se observa con mayor claridad el cambio de rumbo en el tratamiento jurídico de nuestra cuestión. Al menos de forma explícita y decidida varias sentencias toman postura en favor del deslinde de dos capítulos de nulidad, íntimamente ligados pero distin-

tos, hasta el punto de que podría verificarse el uno sin el otro y a la inversa.

Sobresale, en este sentido, la reiterada postura manifestada en diversas sentencias c. De Jorio. Los hechos que se someten a examen muestran bien a las claras la posibilidad de una intención rectamente ordenada a la realización de la cópula perfecta, y una intención contra el bien de la prole. De donde se concluye, con machacona insistencia y con parecidas palabras, que la nulidad *ob exclusum bonum prolis* no surge legalmente del c. 1086 § 2, sino del fin primario del matrimonio según el tenor del c. 1013²¹.

En el mismo año, una sentencia c. Beján ratificará también inequívocamente esta distinción. Explícitamente el Tribunal se opone a la opinión de los que tratan de fundamentar siempre la nulidad por la vía de la exclusión del objeto formal, aun entendido éste en un sentido más amplio que el tradicional, esto es, aunque se entienda también incluido en el objeto formal la obligación de omitir los actos impeditivos de la *actio naturae* o destructivos de la prole. La solución no está en esa ampliación del objeto formal, sino en la distinción entre la *exclusio actuum* y la *exclusio prolis*: ambas pueden destruir el consentimiento, pero la primera en virtud del c. 1086 § 2, mientras que la exclusión de la prole se fundamenta en la falta de causa del contrato: «in casu, mulier non excludit omne jus ad conjugale actum, sed

(20) *Sentencia coram Bejan*, 29-X-1966, SRRD, 58 (1966), p. 772.

(20-bis) Con el fin de advertir más fácilmente los detalles de la doctrina jurisprudencial y los fundamentos legales, o simplemente jurídicos, en que se apoya una u otra sentencia, preferimos el análisis preferentemente cronológico sin menoscabo de que, dentro de un mismo año o período, agrupemos seguidamente las sentencias que tienen un mismo ponente. No significa esto que nuestro estudio pretenda ser exhaustivo. Antes bien, pretendemos subrayar sólo aquellas sentencias que protagonizan más directamente el cambio, con referencias a algunas otras que sirvan, en cierto modo, de contraste. Tampoco nos

interesa, o no lo intentamos, un análisis pormenorizado de cada sentencia, lo que desbordaría los límites materiales de este trabajo.

(21) «Cum finis primarius matrimonii sit procreatio atque educatio prolis (c. 1013 § 1), qui eam excludit invalide contrahit... Pluries monuimus atque ostendimus... nullitatem matrimonii ob exclusum ab utraque vel alterutra parte bonum prolis, non cogi ex praescripto ac ditione c. 1086 § 2, sed ex eo quod procreatio atque educatio prolis est finis primarius matrimonii». *Coram De Jorio*, 17-VI-1964, SRRD, 56 (1964), p. 494. Cfr. también las sentencias del mismo Ponente de 15-I-1964 en SRRD, 56, p. 30; 22-VII-1964, *ibid.*, p. 643.

contractus matrimonialis causam, sine qua is nequit consistere»²². Obsérvese que explícitamente no se acude al c. 1013, sino a la tesis jurídica de la causa en los contratos, como requisito esencial de los mismos, al igual que ha hecho la sentencia del Tribunal de la Rota Española que encabeza este comentario. En sentencias posteriores se volverá sobre el tema de la causa en que se sitúa la sentencia c. Beján sin ninguna duda, según el tenor de sus propias palabras:

«Matrimonium est contractus, qui generationis causa iniri debet, cum eidem Deus hunc finem praestituerit. Ergo qui prolis generationem, praerordinata et firma intentione, excludit in perpetuum, cum constitutiva istius contractus respuat et contractum ipsum necessario respuat, et ideo invalide contrahit»²³.

Estas son las principales sentencias que, apelando al c. 1013 como fuente legal independiente de la del c. 1086, o apelando a la causa de los contratos, se manifiestan partidarias de la autonomía de la *exclusio boni prolis* frente a la *exclusio actus conjugalis*.

Existen, evidentemente, otras muchas sentencias que no se plantean directamente el problema, o lo resuelven por la vía tradicional de la exclusión del objeto formal. Como ejemplo significativo sirva una c. Ewers del 28-XI-1964²⁴. En ella manifiestamente se distingue el fin (o causa del contrato) del objeto del mismo, pese a lo cual el punto de referencia para la nulidad es el objeto formal, si bien la intención contraria al fin es prueba de que también la voluntad se opone al objeto. Estas son sus palabras: «Finis (seu causa contractus) autem bene distinguendus est ob objecto matrimonialis contractus... Quamvis ergo aliud sit finis, aliud sit objectum contractus matrimo-

nialis, tamen absoluta voluntas fini primario adversa, se praebet etiam contractus objecto contrariam, praesertim cum finis objecto respondere debeat»²⁵.

En 1965 las sentencias c. De Jorio insisten en la misma idea, expresándose en términos muy similares: la nulidad del matrimonio *ob exclusum bonum prolis* no proviene del c. 1086 § 2, sino del *derecho divino* que asigna al matrimonio como fin primario la procreación y educación de la prole (c. 1013). O, en otras palabras, «nos contendimus eum qui positivo voluntatis actu excludat generationem et educationem prolis excludere finem contractus et ideo invalide contrahere. Dum qui positivo voluntatis actu excludat omne jus ad conjugalem actum invalide contrahit quia consensum matrimoniale... non praestat»²⁶.

En favor de una clara distinción de los dos aspectos se manifiesta también una c. Pinna del 30-V-1965²⁷ al decir literalmente: «qui per positivum voluntatis actum respuunt vel *objectum formale* vel *finem primarium* seu intrinsecam ordinationem ad finem, valide non contrahunt». Contrasta esta afirmación con la polémica que al año siguiente mantendría con De Jorio.

Por el contrario, y en la misma línea que la recordada más arriba, otras sentencias c. Ewers se ciñen al único *caput nullitatis* de la exclusión del objeto del consentimiento. Dice una de ellas: «Exclusio boni prolis, quippe quae adversatur fini primario matrimonii (c. 1013), *ipsius consensus objectum tangit* (c. 1081 § 2) atque ideo connubii nullitatem inducit dummodo absolutam voluntatem afficiat: quod fieri potest sive actu positivo simpliciter (c. 1086 § 2), sive per veri nominis conditionem (c. 1092, 2.º) aut per pactum inter nupturientes»²⁸. Digno de destacar es la fundamentación legal en la conditio *contra substantiam matri-*

(22) C. Bejan, 18-V-1964, SRRD, 56, p. 384.

(23) Ibid.

(24) En SRRD, 56, p. 892.

(25) En el mismo sentido se expresan otras sentencias coram Ewers. Cfr. una del 17-VII-1965 en SRRD, 57,

p. 575 y otra del 27-I-1965 en SRRD, 57, p. 75.

(26) Sentencia del 13-II-1965, en SRRD, 57, p. 147. Cfr. sentencia del 28-IV-1965, en SRRD, 57, p. 378.

(27) En SRRD, 57, p. 445.

(28) Sentencia del 17-VII-1965, en SRRD, 57, p. 575.

monii, por las claras resonancias doctrinales que esta tesis ha tenido, como lo demuestra el simple hecho de que con harta frecuencia la *intentio vel conditio* vayan emparejadas como si de sinónimos se tratara²⁹.

En una c. Filipiak del 15-V-1965 observamos un matiz que nos parece conveniente subrayar. La conclusión doctrinal a la que llega se parece mucho a las tesis de las c. De Jorio. En efecto, afirma el tribunal, no sólo el que excluye todo el derecho al acto conyugal a tenor del c. 1086, sino el que rechaza el fin primario del matrimonio a tenor del c. 1013, contrae inválidamente, puesto que en uno u otro caso se rechaza el *bonum prolis*.

Pero qué sea el *bonum prolis* y cuál su contenido es una pregunta clave en el tema que nos ocupa, que puede recibir diferentes respuestas según la óptica desde la que se contemple el matrimonio. Un contenido restrictivo será la respuesta de los que observen el matrimonio desde el *in fieri*, tal y como está configurado legalmente hoy. Más amplio será el contenido, por el contrario, para quienes el *in fieri* se define, explica y determina por lo que es el matrimonio *in facto esse*, esto es, el matrimonio como comunidad o sociedad estructurada jurídicamente mediante un vínculo permanente, cuya naturaleza y contenido no provienen del consentimiento o pacto conyugal, aunque éste sea la causa de su existencia concreta, sino del Derecho natural.

Volviendo a la sentencia c. Filipiak, no dudamos en situarla en esta última posición, por la forma en que define el contenido del *bonum prolis*: «Sub nomine boni prolis venit in Foro nostro summa illa iurium et officiorum, quibus erga prolem parentes tenentur, quaeque de essentia matrimonii sunt, i. e. jus et officium non impediendi, modo illegitimo, prolis conceptionem; et conceptam edendi, equidem debite; et editam alendi atque

educandi. Quodcirca attendendum est quod non modo is qui excludit omne jus ad conjugalem actum invalide contrahit (c. 1086 § 2) sed et is qui primum matrimonii finem respicit atque detrectat (c. 1013 § 1), praecise quia, per reiectionem eiusmodi, bonum prolis a conjugio vult exclusum et ablatum»³⁰. Que tiene a la vista el *in facto esse* más que el *in fieri*, aunque sea en este último donde se decida la nulidad, lo demuestra el hecho de que aparezcan los padres, y no los contrayentes, como titulares de unos concretos derechos y deberes, constitutivos de la esencia del matrimonio.

La enumeración detallada de esos derechos-deberes conyugales refleja, por lo demás, una comprensión integral de la esencia del matrimonio, no en cuanto contrato, sino en cuanto sociedad ordenada intrínsecamente a la prole. Concebido así el matrimonio, se determina más fácilmente el contenido jurídico del *bonum prolis*. Y desde aquí juzgamos que no resulta tan arduo establecer normativamente —o decidir jurisprudencialmente— cuál sea el cometido propio del acto de voluntad en que consiste el *consensus matrimonialis*, y cuáles sean los factores voluntarios que excepcionalmente desvirtúan ese cometido y destruyen la *conyugalidad* del consentimiento.

IV. *Polémica jurisprudencial en 1966*

Esa nueva orientación jurisprudencial que adquiere en 1964 sus perfiles más claros, al admitir sin equívocos la existencia de dos capítulos autónomos de nulidad por exclusión del bien de la prole, y de dos fuentes legales en que apoyarlos, llega en 1966 a su punto más álgido por la resistencia que a esa corriente innovadora van a presentar otros turnos rotales del Alto Tribunal. No se trata sólo de que aún perviven dos ópticas

(29) Cfr. A. DE LA HERA, *Intentio contra bonum prolis*, en «Jus Canonicum», 7 (1967), p. 227.

(30) En SRRD, 57, p. 405.

distintas, la tradicional y la innovadora, cada una de las cuales marca sus propios argumentos, sino que nos encontramos con un abierto enfrentamiento jurisprudencial con objeciones y réplicas como si de un debate se tratara. Explícitamente, esto sólo tiene lugar, que nosotros sepamos, en las sentencias c. Pinna del 15-XII-1966³¹ y c. De Jorio del 14-XII-1966³².

Dada la finalidad de nuestro trabajo que no es otra que la de mostrar las dificultades y contradicciones internas con que se enfrenta la jurisprudencia a la hora de interpretar las normas codiciales respecto al *bonum prolis*, estimamos de especial interés resaltar aquellos puntos que son objeto directo de la polémica referida, síntesis, por otra parte, y expresión del enfrentamiento velado, implícito, de las posiciones tradicional e innovadora. Permítasenos, por ello, antes de describir los términos de esa polémica, hacer mención de dos sentencias cada una de las cuales mantiene una postura diferente, sin que explícitamente polemicien entre sí.

A favor de la postura tradicional se encuentra un asentencia c. Mattioli, del 27-VI-1966³³.

En un primer momento, la sentencia manifiesta la constante fidelidad al Magisterio de la Iglesia por parte de la Jurisprudencia Rotal cuando enseñó y enseña que el matrimonio «in Nova lege nativam contractus naturam non amissise», y que ese contrato natural fue elevado por Cristo a la dignidad de sacramento³⁴. Igualmente se ha afirmado siempre con el Magisterio que el fin prima-

rio es la procreación y educación de la prole a tenor del c. 1013.

Sentados estos principios, el turno rotal pasa a explicarnos el modo concreto cómo la exclusión del fin primario puede hacer nulo el contrato matrimonial. Primero afirma algo que nos parece de todo punto indiscutible e indiscutido: «non quamlibet prolis reiectionem cum finis primarii exclusione necessario coincidere». La postura nueva diría que, en efecto, una exclusión de la prole *ad tempus*, no necesariamente es exclusión del fin primario ni, por ello, *caput nullitatis*. Ahora bien, si no toda exclusión de la prole es causa de nulidad, ¿cuál es, en concreto, la que sí es causa de nulidad? La respuesta a esta pregunta es la que determina que no hayamos dudado en situarla al lado de la postura tradicional. No cualquier exclusión, dice la sentencia, «sed eam tantummodo, ex qua tuto inferri possit animus non sese obligandi ad *actus requirendos et redendos* qui per se apti sunt ad generationem prolis. Siquidem, est praecise animus non sese obligandi qui consensum vitiat et ideo contractum ad nihilum redigit; non vero animus non implendi obligationem assumptam».

De aquí se infiere que uno de los puntos polémicos de la nueva postura jurisprudencial va a ser la no aplicación a la exclusión directa y perpetua de la prole de las categorías tradicionales del «*animus non se obligandi*» y «*animus non adimplendi*». En su lugar se emplearán las de exclusión perpetua y exclusión temporal.

Manifiestamente a favor de la nueva corriente

(31) En SRRD, 58, pp. 927-30.

(32) En SRRD, 58, pp. 913-919.

(33) En SRRD, 58, p. 448.

(34) Estimo que esas afirmaciones deben ser matizadas distinguiendo con claridad lo que ha sido enseñado permanentemente por el Magisterio de la Iglesia respecto a la naturaleza del matrimonio, de aquello otro que pertenece más bien a una concepción científico-jurídica del mismo. La necesidad de un consentimiento creador del

vínculo conyugal pertenece a esa *doctrina* permanente. Ahora bien, que eso se configure como un *contrato*, tal como se entiende en la ciencia jurídica, no nos parece que pertenezca al ámbito de la doctrina magisterial. Nunca es bueno elevar a dogma o verdad permanente, lo que no pasa de ser una expresión científica más o menos acertada, entre otras razones, porque entraña el riesgo de que la reacción contra la forma científica arrastre consigo indiscriminadamente la verdad permanente. En el ejemplo del consentimiento y contrato tenemos la prueba.

jurisprudencial se encuentra una sentencia c. Bejan de 29-X-1966³⁵.

Es significativa y desacostumbrada —así se da a entender en la propia sentencia— la extensión y minuciosidad con que el *in jure* va a intentar demostrar la nueva tesis. Se hace, en efecto, un detenido estudio doctrinal y jurisprudencial de la cuestión debatida que no vamos a reproducir aquí. Sólo nos interesa recoger su tesis y los fundamentos en que pretende sustentarla.

Su tesis es clara: no hay que confundir, son dos cosas diferentes, la exclusión del bien de la prole y la exclusión del objeto formal del contrato, no importa que la intención del bien de la prole esté implícita en el *jus in corpus*. Precisamente porque son diferentes supuestos, cabe no tener intención de la prole, dejando intacto el derecho a la cópula perfecta. Como a la inversa, cabe tener intención de excluir el objeto formal, sin rechazarse el fin primario, como hipotéticamente pudiera ocurrir con la fecundación artificial. Ambos supuestos constituyen dos capítulos autónomos de nulidad.

Por lo que al fundamento jurídico se refiere, prevalece un principio general que se intenta justificar o demostrar, si no entendemos mal, por una doble vía, por la vía de la causa de los contratos y por la vía de la exclusión de uno de los elementos constitutivos del matrimonio.

El principio general es que cuando hay una voluntad absoluta contraria a la ordenación al fin, ya por ello mismo existe defecto de un verdadero consentimiento matrimonial. En primer lugar, porque se excluye la causa del contrato:

«In casu, mulier non excludit omne jus ad conjugalem actum, sed contractus matrimonialis causam sine qua is consistere nequit. Matrimonium est contractus qui generationis causa iniri debet, cum eidem Deus hunc finem praestituerit».

En segundo lugar, porque a tenor del c. 1013

§§ 1 y 2, la indisolubilidad, la unidad y la ordenación a la procreación, son constitutivos esenciales del matrimonio. Luego el que «unum ex his constitutivis contractus respueere intendit et contractum ipsum necessario respuit, et ideo invalide contrahit».

Al distinguir esta doble argumentación soy consciente de que este segundo modo quizá sea reconducible al primero, pero hay un matiz que merece ser destacado. Al enumerar los constitutivos esenciales del matrimonio, claramente se alude a los tres bienes agustinianos, por lo que la pregunta en boca de los que sostienen la doctrina tradicional podía ser la siguiente: ¿Por qué los otros dos bienes, el *bonum fidei* y el *bonum sacramenti*, en cuanto propiedades esenciales, son recogidas por el legislador en el c. 1086 § 2, y no lo es el *bonum prolis*, sino únicamente en el aspecto de exclusión del *omne jus ad actum*? Al hacernos esta pregunta damos a entender que si en principio puede parecer válido el argumento cifrado en la causa de los contratos, este nuevo argumento o explicación del primero, como se quiera, aclara en teoría la cuestión, pero queda latente el problema práctico que se debate, consistente en justificar legalmente, con el sistema normativo vigente, la nulidad de un matrimonio contraído con intención contraria a la prole y no a los actos por sí aptos para la generación. Se dirá que antes, o además, que la ley positiva está el Derecho natural y divino positivo, lo que resulta obvio, pero esto mismo exige que la norma positiva sea más coherente con las normas supremas de nuestro ordenamiento. En el caso al que se refiere la sentencia y otros semejantes, estimamos legítimo afirmar que falta un verdadero consentimiento matrimonial; este juicio afirmativo, sin embargo, tropieza siempre con el obstáculo del c. 1086 § 2, que no parece agotar todas las posibilidades de nulidad por el capítulo del *bonum prolis*. Pero es esto preci-

(35) En SRRD, 58 (1966), pp. 765 ss.

samente lo que debe ser explicitado por el legislador, pues de lo contrario la polémica llevaría trazas de nunca acabarse y de hacerse cada vez más virulenta, aun en la misma sede de los distintos turnos rotales.

Una prueba fehaciente de esto último es la polémica a que hacíamos referencia al comienzo de este apartado, polémica que vamos a tratar de reproducir en sus principales puntos.

Estos puntos son los que reiteradamente han venido recogiendo las distintas sentencias c. De Jorio y que se reproducen en la sentencia del 19-II-1966 ante el mismo Ponente.

En síntesis los puntos conflictivos son los siguientes:

1.º La existencia de dos hipótesis distintas de nulidad, la del c. 1086 § 2, por exclusión del objeto formal del consentimiento, y la del c. 1013 por una voluntad contraria al fin primario del matrimonio.

2.º La exclusión del derecho al acto conyugal causa la *inexistencia jurídica* del contrato matrimonial, mientras que la exclusión directa de la prole lo hace *inválido*.

3.º La exclusión del derecho al acto conyugal ha ido siempre acompañada de la distinción entre la exclusión del derecho y la exclusión del ejercicio del derecho. La exclusión directa de la prole no parece necesitar de estas categorías; basta que la exclusión sea *perpetua*. De lo contrario casi nunca los jueces podrían declarar la nulidad de un matrimonio.

4.º En la sentencia del 19-II-1966 se establece que también el matrimonio es nulo «ob exclusum omne jus ad conjugalem actum et non tantum ob exclusam generationem prolis, si uterque vel alteruter de conjugibus *ea conditione* nuptias ineat, ut copula carnalis perverso more perficiatur, v. gr. a

viro, cuius penes capsula indutus sit, vel a muliere, quae ingressum seminis in uterum pessario occlusivo praepediverit»³⁶.

La sentencia c. Pinna, del 15-XII-1966, intenta refutar cada una de estas afirmaciones, siguiendo la doctrina tradicional. Esto no significa que las conclusiones sean necesariamente divergentes, pues sobre un mismo supuesto ambas posturas van a decidir *pro nullitate*; sólo son divergentes las premisas o los criterios de interpretación.

Se rechaza, en primer lugar, la tesis del doble *caput nullitatis* y de la consiguiente doble fuente legal en que fundarlo:

«Qui prolem ita excludit per positivum antenuptialem actum voluntatis, vim habentem conditionis, non respuit tantum finem primarium, veluti is qui sibi proponat filios necare vel non educare, sed vere denegat *jus ad actum conjugalem* per se aptum ad prolem generandam. Mulier enim quae praenuptiali proposito intendat expellere illico semen, naturali modo inmissum in suam vaginam, actum conjugalem omni vi naturali destituere satagens, *ius tradit vacuum, illisiorium* eodem modo ac illa quae, licet actus conjugales intendat, eodem, positiva et firmissima voluntate, ponere decernit effectum suo naturali destituendos, per impediendam conceptionem vel per procuracionem abortus»³⁷.

Respecto a la exclusión de la prole y del fin primario, se matiza diciendo:

a) no cualquier exclusión de la prole invalida siempre el matrimonio.

b) Más que del fin primario en general, debe hablarse de la ordenación al fin y de la consecución del fin. Lo primero atañe al *ipsam jus*; lo segundo al *exercitium juris*.

c) En consecuencia, hay que seguir manteniendo la distinción tradicional, de modo que sólo el que excluya *radicalmente* toda prole, i. e. el

(36) En SRRD, 58 (1966), p. 98.

(37) En SRRD, 58 (1966), pp. 927-930.

derecho mismo, celebra inválidamente; no así el que sólo intenta un mero abuso, i. e. excluir el mero ejercicio del derecho.

A la objeción, contra esa distinción tradicional, de que casi nunca los jueces podrían declarar la nulidad, se contesta apelando, en primer lugar, a las numerosas sentencias que, basadas en dicha distinción, han decidido *pro nullitate*. Además, porque, en caso de que se suprimiera, casi todas las causas por exclusión de la prole deberían resolverse a favor de la nulidad, abriéndose, en consecuencia, una amplia vía al divorcio en sentido estricto, i. e. a la disolución de matrimonios celebrados válidamente. Es verdad que para paliar esas graves consecuencias, la tesis innovadora propugna la distinción entre exclusión perpetua y exclusión temporal, por lo que implícitamente parece admitir la distinción tradicional. No obstante, la nueva distinción no parece del todo convincente, puesto que también la exclusión *temporal* del derecho perpetuo y exclusivo puede irritar el matrimonio.

La sentencia c. Pinna hace mención expresa de la sutil distinción entre *inexistencia e invalidez* del contrato: «qui subtiles carpebant distinctiones, subtilius distinguunt». No se ve, sin embargo, el motivo de esa distinción, no aparece claro por qué en el caso de exclusión del objeto formal, el contrato es *inexistente* y en otro caso *inválido*, dado que en ambos casos falta un verdadero consentimiento matrimonial y, en consecuencia, se impide la realización del contrato.

En relación a la sentencia del 19-II-1966, estiman los jueces de la c. Pinna que existen indicios de que se han corregido algunos extremos de las sentencias anteriores; incluso que parece admitirse de nuevo la tradicional distinción entre el derecho y el ejercicio del derecho. Si esto

es así o no, nos lo dirá una nueva sentencia c. De Jorio del 14-XII-1966³⁸ en la que se replica a las objeciones que acabamos de exponer.

Omitimos todos los argumentos doctrinales y jurisprudenciales que el ponente De Jorio emplea para la defensa de su tesis, y nos fijamos sólo en aquellos pasajes en que explícitamente replica a las objeciones que le han hecho. Lo hacemos de forma sintética con el único fin de mostrar que el ponente De Jorio sigue firme en su nueva postura.

En una sentencia c. Bejan de 9-XII-1961 se había afirmado que ni siquiera en la hipótesis de que una mujer tenga el propósito de evitar la prole impidiendo el paso del semen a la vagina, cabe declarar la nulidad *ex praescripto ac ditione* c. 1086 § 2. A lo cual replica De Jorio diciendo que, en tal supuesto, el matrimonio es nulo «ob exclusum omne jus ad conjugalem actum et non tantum ob exclusam generationem prolis». Pero esta respuesta de ningún modo supone una vuelta a la distinción tradicional entre el derecho y el ejercicio del derecho, pues se trata de un supuesto de exclusión de la cópula *perfecta*: «inmerito quaedam recentissima sententia rotalis, diei 15 decembris a. 1966, post nostram lata, sed iam edita, in his verbis videt reditum ad traditionalem distinctionem inter jus et exercitium juris»³⁹.

Respecto a la distinción entre *inexistencia e invalidez* del contrato matrimonial, según que proceda de la exclusión del objeto formal o de la exclusión directa de la prole, había sido calificada de demasiado sutil e inexplicable. A lo primero responde: «At sententiarum subtilitas, necesaria ad verum tribuendum nomen quibusdam actibus juridicis et ad praefiniendam eorum naturam ac vim, non est cavillatio: prima est virtus, altera vitium; prima studiosae quaerenda, altera vitanda»⁴⁰.

(38) Puede parecer extraño que se replique en una sentencia del día 14 a otra del día 15 del mismo mes y año. La misma sentencia lo explica cuando dice: «immerito quaedam recentissima sententia rotalis, diei 15 decem-

bris a. 1966, post nostram lata, sed iam edita...» Cfr. SRRD, 58 (1966), p. 917.

(39) Ibid.

(40) Ibid.

A lo segundo, trata de explicar la razón de la distinción con estas palabras: «In casu exclusionis directae prolis sed non juris in corpus in ordine ad actus..., contractus matrimonialis est invalidus quidem, sed nequit haberi iuridice inexistens, quia consensus praestitus est in eius objectum formale; quod cum auctoribus primae notae praefinivimus»⁴¹.

En relación con la acusación de que se abra el camino a un divorcio simulado, en el caso de prosperar la tesis de la no distinción entre derecho y ejercicio del derecho, De Jorio responde sólo indirectamente, dejando claro, en primer lugar, que nunca ha admitido que cualquier exclusión de la prole invalida el matrimonio, sino sólo la que es absoluta y perpetua. Por otra parte, si bien son numerosos los cónyuges que piden la nulidad por este capítulo, constituyen un porcentaje ínfimo respecto a los cónyuges que desean procrear al menos un hijo.

Adviértase que, a nuestro juicio, el ponente da un cierto rodeo a la cuestión del divorcio, pues, si es cierto que, en términos generales, es abrumadora la mayoría de los que desean tener al menos un hijo, no es menos cierto que queda en pie el problema de que se instrumentalice ese *caput nullitatis* como salida hacia un divorcio camuflado. Nos parece que la objeción del ponente Pinna, situada en el contexto doctrinal y jurisprudencial del momento presente, es digna de tenerse en cuenta y es una prueba más en favor de ese empeño por clarificar normativamente la cuestión que venimos sustentando implícitamente, al dar cuenta de las contradicciones internas de la propia jurisprudencia. Prueba clara de esto último son estas palabras con que termina De Jorio su réplica a Pinna.

«Ceteras exprobatones, criminationes, animadversiones, quae leguntur in memorata sententia, non persequemur, quia satis superque ostendimus quibus argumentis et utatur ut, per speciem tutan-

di indissolubilitatem vinculi matrimonialis atque comprobandi firmitatem jurisprudentiae, a pluribus sententiis rotalibus inductae, infrascriptos Patres vellicare posset»⁴².

V. Datos Jurisprudenciales de los últimos años

Como es sabido, para el período que iniciamos no disponemos de los textos oficiales de sentencias rotales; pero un buen número de ellas han sido publicadas en diversas revistas de Derecho Canónico. Como dato significativo diremos que, en la selección de las Revistas, ocupan un lugar importante las sentencias que se refieren a nuestro tema.

Nuestra pretensión en este apartado, no es recoger, cronológica y detalladamente, cada una de las sentencias de que tenemos noticia. Creemos más útil, para evitar reiteraciones y acortar en todo lo posible esta exposición, agrupar sistemáticamente distintos bloques de sentencias, siguiendo el criterio de afinidad en los planteamientos, y destacar sólo aquellos aspectos o matices que puedan significar alguna novedad o aportar algún criterio nuevo.

A. Sentencias favorables a la tesis tradicional

Entendemos por tesis tradicional, no sólo la que considera jurídicamente irrelevante la exclusión voluntaria de los efectos naturales de la cópula perfecta, esto es, la procreación, recepción y educación de la prole, sino también aquella que, aun dando relieve jurídico a esos factores, los reconduce al *caput nullitatis* de la exclusión del objeto formal o del c. 1086 § 2. A nuestro juicio, aquella primera tesis radical va perdiendo paulatinamente terreno, al menos en el ámbito jurisprudencial, debido, sin duda, a la cada vez mayor atención al

(41) Ibid., p. 918.

(42) Ibid.

matrimonio *in facto esse* y a su intrínseca y esencial ordenación al fin que lo caracteriza, a pesar de las dificultades originadas por la inercia de la teoría contractualista, predominante durante largo tiempo en amplios sectores, y por el justificado respeto a la letra —y creo también al espíritu⁴³— de la ley escrita.

Fagiolo es uno de los ponentes rotales que con más claridad milita entre los defensores de la teoría tradicional, entendida en el sentido expresado en líneas anteriores. Así lo manifiestan dos sentencias de 1968, separadas por muy escaso espacio de tiempo (1-VI y 2-VII de 1968). En la primera se afirma que la única intención contra el bien de la prole que hace nulo el matrimonio es la que conlleva exclusión de todo derecho a la cópula apta para la procreación, porque éste es el único derecho que las partes pueden y deben entregar y aceptar en el contrato. El derecho a la prole, dependiente de la naturaleza, se configura sólo como un derecho derivado del *jus ad copulam*⁴⁴. A continuación la sentencia se extiende en la defensa de la que llama ciertísima distinción entre el derecho y el ejercicio del derecho⁴⁵.

Estas afirmaciones son matizadas en la segunda sentencia, pero sin salirse de la misma línea de pensamiento. En efecto, se admite que la exclusión de la prole en el pacto conyugal, al ir

contra la naturaleza del matrimonio, lo convierte en nulo. Más aún «errat qui dicit non esse nullum conjugium illius qui voluit contrahere tradendo atque aceptando jus in corpus sed cum intentione positiva *semper abutendi* huiusmodi juris vel cum intentione interficiendi prolem forte nascituram».

Es al explicar el fundamento de esta nulidad, cuando la sentencia torna a la vieja teoría de la definición e identificación del matrimonio con el *jus in corpus*, pues no de otra manera pueden interpretarse las siguientes palabras: «Est enim matrimonium quaedam associatio viri et uxoris in ordinem ad carnalem copulam, quae, sua vice, ad prolem est naturaliter ordinatam. Ideo cum consentire in matrimonium sit consentire saltem implicite in carnalem copulam, ita excludere in hoc consensu vel cum hoc consensu prolem, est contra ipsam conjugalem pactionem, quae matrimonium facit»⁴⁶.

Las sentencias c. Parisella, se distinguen por la invocación explícita de la doctrina del Vaticano II respecto a la ordenación del matrimonio a la prole, y por la defensa de la distinción tradicional entre el *jus* y el *exercitium juris*: se la denomina distinción *lucidissima* y su negación aparece como algo *abnorme et periculosum*⁴⁷. En la sentencia de 27-V-1971, tras de invocar a la *Gaudium et Spes*, n. 50 y la sentencia c. Bejan de 29-II-1968,

in corpus *quasi primum esset jus derivatum* ab altero. Utrumque jus unum et idem significat, unum et idem objectum habet, nam jus in corpus, quod matrimonialis consensus objectum constituat, non est abstractum, absolutum et indeterminatum, sed ius qualificatum et bene determinatum, id est «jus in corpus perpetuum... (c. 1081 § 2)». De aquí se sigue que si alguno «trahit jus in corpus... sed non tradit jus ad prolem, nullitas matrimonii est primaria et directa, non tantum derivata».

(43) Sentencia del 1-IV-1968, en «Eph. Juris Can.», 1968, p. 169.

(44) Sentencia del 2-VII-1968, en «Eph. Juris Can.», 1968, p. 176.

(45) Sentencia del 12-XII-1968, en «Eph. Juris Can.», 1969, p. 349.

(43) Con esto queremos significar que el Código, promulgado en una época determinada, acoge en sus formulaciones la teoría científico-jurídica predominante, salvando siempre los contenidos doctrinales permanentes. Lo que ocurre es que los exégetas en ocasiones confunden estos contenidos con las formas científicas de expresarlos.

(44) Una sentencia c. Ochoa del 27-XI-1970, habida en el «Vicariatus Urbis Tribunal Appellationis» (Cfr. Eph. Juris Can., 1971, p. 414), parece tener presente dicha sentencia, pues matiza lo del *jus derivatum* referido al *jus ad prolem* en estos términos:

«Exclusio *solius prolis* non invalidat matrimonium, sed exclusio *omnis juris ad prolem*, seu, quod idem est, exclusio *juris perpetui et exclusivi in corpus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem*. Nulla igitur distinctio interponenda est inter *jus ad prolem* et *jus*

se concluye que la obligación misma de *recibir a la prole* es algo esencial al contrato conyugal, por lo que excluirla, o por pacto o por condición (c. 1092, 2.^o) o por acto positivo de voluntad (c. 1086 § 2) hace nulo el matrimonio. Claro es que la exclusión por pacto, dice la sentencia, no siempre implica nulidad. Y para apreciar uno u otro supuesto es necesario echar mano de la distinción entre el derecho y su ejercicio, distinción que aparece como «constanter et firmiter a probatis auctoribus tradita atque jure naturali innixa, perpetua N. F. jurisprudentia recepta est»⁴⁸.

Varias sentencias c. Di Felice se mueven también en el ámbito de la distinción entre derecho y uso del derecho. La exclusión directa de la prole, cuando es absoluta y perpetua, juega como presunción de la negación del derecho, y en su virtud se dice que hace nulo el matrimonio. Esta es la idea que predomina en las tres sentencias que recogemos.

En la del 29-III-1969 se afirma:

«Si nupturiens prolem arceat in suis principiis, seu intendat matrimonium in perpetuum prole destitutum, ipsum denegavisse jus ad prolem tenendum est, cum *praesumendum* sit dare non posse jus absque ulla facultate illud exercendi»⁴⁹.

En la del 13-V-1969 se ratifica que la exclusión absoluta de la prole afecta y corrompe el consentimiento matrimonial, «nam contradictorium esset velle contractum perpetuae vitae consuetudinis ad procreandam et educandam prolem, quod est matrimonium, et absolute nolle ipsum objectum contractus seu prolem. Prolis generationem absolutae in perpetuum negans ipsum jus ad prolem excludit, cum tradere jus ad usum absque jure utendi impossibile omnino est»⁵⁰.

Con mayor claridad aún se expresa en la sentencia del 22-VII-1970: «Jurisprudentia H.S.T.

tenuit et tenet constare de intentione exclusionis juris ad conjugalem actum seu exclusionis boni prolis, cum constet de exclusione prolis a matrimonio *absolute et in perpetuum*. E contra, exclusio prolis tantum ad tempus, non absolute statuta, gignit *praesumptionem* pro exclusione solius exercitii juris»⁵¹.

Concluimos este apartado con la referencia a dos recientes sentencias c. Pinto del 22-I y 12-XI de 1973, a las que con más exactitud deberíamos situar en una posición intermedia entre la doctrina que hemos denominado tradicional y la postura innovadora. Buena prueba de ello es la propuesta, que en una de ellas se hace, de modificación del c. 1081 § 2, por estimar que la conclusión doctrinalmente correcta a la que se llega, contrasta con la literalidad de las normas vigentes.

Esta idea queda ya insinuada en la primera sentencia, al señalar dos modos de excluir la intrínseca ordenación del matrimonio a la procreación y educación de la prole (c. 1013); un modo explicitado en el c. 1086 § 2 y otro no explicado: «quatenus vel non traditur jus ad actus per se aptos ad prolis generationem (c. 1086 § 2), vel non assumitur obligatio non effectum (sic) ad quem praedicti actus intrinsece ordinantur»⁵².

Pero es en la sentencia de noviembre de 1973 donde el turno rotal expone con toda claridad su pensamiento actual y la propuesta *de jure condendo*. El canon básico, como en la sentencia anterior, es el 1013. De esta intrínseca ordenación al fin primario de la procreación y educación es de donde deriva la naturaleza y contenido del objeto formal del consentimiento; objeto formal que, a tenor del c. 1081 § 2, *explicitamente* está integrado por el «jus-officium perpetuum et exclusivum ad copulam per se aptam ad prolis generationem». Sólo implícitamente, según la doctrina

(48) Cfr. «Eph. Juris Can.», 1971, p. 411.

(49) Cfr. «Monitor Ecclesiasticus», 1970, pp. 63 ss.

(50) Loc. cit., p. 434.

(51) Cfr. «Monitor Ecclesiasticus», 1971, p. 361.

(52) Cfr. «Monitor Ecclesiasticus», 1974, p. 67.

común, en dicho *jus-officium* se contiene el derecho-deber de no impedir la generación, e incluso de proveer al bien físico de la prole, que es en lo que consiste el fin de la *educación*.

Ahora bien, este contenido implícito debe el legislador explicitarlo añadiendo al c. 1081 § 2 las palabras «cum obligatione non impediendi procreationem et prolem educandi», según la fórmula propuesta por el Card. Staffa y sin que obsten las objeciones de P. Fedele⁵³.

B. *Sentencias favorables a la tesis innovadora*

A tenor de las sentencias que nos es posible conocer hasta el momento actual, los turnos rotales de los que han sido Ponentes De Jorio y Bejan han continuado siendo los más directos defensores de esta tesis, en consonancia casi literal con las sentencias dictadas anteriormente por ellos mismos, a las que constantemente se remiten.

Concuerdan ambos ponentes en lo fundamental de la tesis, esto es, en la admisión de dos hipótesis de nulidad, provenientes de la exclusión del *bonum prolis*, y en la negación de la distinción entre el derecho y el ejercicio del derecho para la hipótesis de nulidad por exclusión directa de la prole, entendiendo por tal únicamente la exclusión absoluta y perpetua, no la exclusión *ad tempus*, la cual no necesariamente comporta una voluntad contraria al fin primario, si bien puede afectar a la validez cuando se excluye *ad tempus* el objeto formal del contrato⁵⁴.

Pese a esta concordancia fundamental, se han venido advirtiendo diferencias de matiz, por lo que se refiere a la fundamentación jurídica de la hipótesis de nulidad por exclusión directa de la

prole. Concuerdan las sentencias de ambos ponentes en que la hipótesis de nulidad tradicional es debida a la exclusión del objeto formal a tenor del c. 1086 § 2; concuerdan también en que el fin primario del c. 1013 tiene un contenido mayor que el restrictivo del c. 1086, por eso invocan una nueva hipótesis de nulidad; pero, ¿cómo explica cada uno este nuevo supuesto?

Repetidamente las sentencias c. Bejan han acudido a la teoría de la causa del contrato. La sentencia del 30 de marzo de 1968 cifra buena parte de su argumentación, precisamente, en esta teoría. Basta citar alguno de sus párrafos: «Proles enim in suis principiis est causa finalis conjugii ad quem ordinantur sive matrimonium, sive actus conjugalis...». «Quare, nullitas matrimonii ob exclusum bonum prolis, duplici fonte cogi potest: vel ob exclusionem objecti formalis consensus, vel ex defectu consensus vere matrimoniabis, ob firmam voluntatem, ordinationi ad finem contrariam, quatenus qui prolem, in consensu praestando, positive excludit, ipsam contractus causam finalem excludit...». «Nullitas consensus hoc in casu... directe et principaliter cogitur ex defectu consensus vere matrimonialis, ob positivam exclusionem causae finalis contractus, seu ordinationis ad finem intrinsecum et essentialem matrimonii...»⁵⁵.

Como ya señalábamos al comienzo de este comentario, es ésta la tesis a la que se adhiere la sentencia del Tribunal de la Rota Española, transcrita en estas mismas páginas. Más aún, en esta sentencia se desarrolla lo que en la c. Bejan solamente se enuncia. En efecto, el turno rotal español expresamente manifiesta que la causa o fin —y cita la doctrina civilista— es uno de los elementos integrantes de todo negocio jurídico —y también del

(53) Cfr. «Periodica», 64, 1975, pp. 504 ss.

(54) Cfr. entre otras las siguientes sentencias:

c. De Jorio, 14-VI-1967, en «Il Dirit. Eccl.», II, 1967, p. 270.

c. De Jorio, 31-V-1967, en «Eph. Juris Can.», 1970, p. 187.

c. De Jorio, 5-VII-1967, en «Eph. Juris Can.», 1970, p. 190.

c. Bejan, 19-IV-1967, en «Revue de Droit canonique», 1970, p. 65.

c. Bejan, 10-V-1967, en «Eph. Juris Can.», 1970, p. 191.

(55) Cfr. «Monitor Ecclesiasticus», 1968, pp. 482 ss.

matrimonio— junto con el consentimiento y el objeto. Parece dar a entender, asimismo, que el legislador eclesiástico ha plasmado, al menos implícitamente, estos tres elementos del negocio jurídico en los cánones 1081 (consentimiento) 1086 (objeto) y 1013 (causa o fin).

Recientes sentencias c. De Jorio han criticado esta fundamentación jurídica de la causa de los contratos, e incluso los intentos de buscar un apoyo legal en algunos de los cánones vigentes. «*Infra scripti Patres, se lee en una de ellas, hoc argumentum non utuntur, quia conceptus causae contractus apud legisperitos non est certus ac definitivus, canonistis vero fere ignotus*»⁵⁶. Idea que vuelve a recoger tres años más tarde cuando afirma: «*Exclusionem directam prolis habent nullitatis caput distinctum, etsi eiusdem generis, ab exclusione actuum conjugalium, sed ad id contendendum non provocant ad contractus matrimonialis causam, uti praestiterunt Em. mus Staffa... et R.P.D. Bejan in una Melbournensi 29-X-1966, cum conceptus causae contractus penes legisperitos non sit certus ac definitivus, canonistis vero fere ignotus...*»⁵⁷.

Respecto al otro problema de la fundamentación legal, critica el excesivo positivismo (jurídico, no filosófico) en virtud del cual muchos se esfuerzan por determinar el canon en que apoyar la nulidad por exclusión directa de la prole. Los Padres de la mencionada sentencia de 28-III-1968, advierten que no todos los capítulos de nulidad han de estar recogidos en el Código; un código, por lo demás, que está sustentado en el Derecho natural y divino. Por ejemplo, nadie puede dudar de la nulidad de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo, a pesar de que el Código «*nec diversitatem sexus contrahentium ex professo accenset conditionibus essentialibus matrimonii*»⁵⁸.

C. *Síntesis conclusiva de la doctrina jurisprudencial*

Nos facilita la tarea de síntesis una «*Rassegna di Giurisprudenza Rotale*» elaborada por la Cancillería del Tribunal de la Rota Romana y referida al período comprendido entre el 10 de octubre de 1971 y el 30 de septiembre de 1972⁵⁹. No obstante esta limitación temporal, estimamos que sus conclusiones son válidas en buena medida para el más amplio período que hemos abarcado, o, al menos, reflejan la situación en que actualmente se encuentra esa evolución jurisprudencial que hemos tratado de describir. Extractamos, por ello, los principales problemas que se afrontan y los distintos modos como se afrontan.

El primer problema planteado es el siguiente: ¿La exclusión del bien de la prole representa una sola causa de nulidad enteramente basada en el c. 1086 § 2, o dos causas distintas: una, la exclusión de los actos basada en dicho canon y otra la exclusión directa de la prole, basada o sobre el fin primario (c. 1013) o sobre el c. 1092, 2.º, o sobre el matrimonio en sí mismo, instituido *liberorum procreandorum causa*?

Ante esta pregunta, muchas sentencias se inclinan por la tesis de la duplicidad de hipótesis, ya que cabe, en realidad, exclusión de la prole y no de los actos, y exclusión de los actos y no de la prole.

Existen, no obstante, algunas sentencias favorables a la teoría unitaria, bien porque dudan de que, de tal distinción, puedan deducirse dos capítulos distintos de nulidad, bien porque rechazan netamente dicha distinción, apoyándose en la autoridad de S. Agustín o en el propio Código que excluye el fin primario del matrimonio del número de las causas de nulidad, o considerando que la

(56) Sentencia del 20-III-1968, en «*Jus Canonicum*», 1969, pp. 541 ss.

(57) Sentencia del 23-VI-1971, en «*Il Dirit. Eccles.*»,

II, 1971, p. 200.

(58) En «*Jus Canonicum*», 1968, p. 544.

(59) Cfr. «*Il Dirit. Eccles.*», 1973, II, p. 235.

obligación de un acto intrínsecamente comporta siempre un componente negativo, el de no frustrar el efecto natural del acto.

El segundo gran problema abordado, cuya solución va a depender de la postura que se adopte frente al primero, es conocer si tiene razón de ser o no la distinción entre el derecho y el ejercicio del derecho.

Para cierta jurisprudencia la distinción aparece como inconcebible e inaplicable a los profanos del derecho y carente de toda utilidad. La distinción es negada cuando está en cuestión la exclusión directa de la prole. Los que admiten la autonomía de esta figura son los que consecuentemente rechazan la distinción por faltar la materia misma sobre la que versa. Lo que también se niega enérgicamente es que en el plano psicológico —no meramente conceptual— y en el momento genético del consentimiento, el contrayente pueda válidamente conceder el derecho y asumir la correspondiente obligación en toda su integridad, y, a la vez, recusar para siempre y absolutamente el ejercicio de dicho derecho, o el cumplimiento de la misma obligación asumida. Si así fuera, el derecho y la obligación no serían otra cosa que un *nomen sine re* o *flatus vocis*.

Pese a tales precisiones, comúnmente la reacción frente a esta tesis perdura muy viva. Es verdad, se dice, que la mayor parte de los contrayentes no entienden o ignoran tal distinción, pero ello no impide que la distinción tradicional sea operativa en la voluntad de los contrayentes y pueda aparecer con claridad tras el análisis judicial.

Finalmente el otro problema debatido versa sobre la relevancia o no de la exclusión temporal del *bonum prolis*. Como es obvio, es un problema ligado también al primero y su solución viene determinada en gran parte por la postura inicial que se adopte. Los que admiten la figura autónoma de la exclusión directa del *bonum prolis*, sólo considerarán relevante la exclusión perpetua cuando de tal causa de nulidad se trate, sin menoscabo

de que la exclusión *ad tempus* pueda ser relevante respecto a la otra figura o capítulo de nulidad.

VI. Sugerencias para la reforma de la legislación vigente

En sede jurisprudencial, pese a las graves dificultades con que tropieza la labor de los jueces, son poco frecuentes las voces explícitas que se alzan en pro de una posible reforma. La misión de los jueces es dictaminar y resolver hechos concretos, mediante la interpretación y aplicación del *jus conditum*, tarea que han de cumplir siempre, no importa que existan lagunas o imperfecciones en el sistema normativo, pues siempre es posible el recurso a otras vías interpretativas por las que llenar esas lagunas o suplir esas imperfecciones. De ahí que esas grandes líneas jurisprudenciales, trascritas en páginas anteriores, no proclamen explícitamente la necesidad o conveniencia de una reforma, salvo alguna excepción aislada. Es, no obstante, esa misma jurisprudencia, vista en su conjunto, la que propicia a un observador atento la pregunta de si esas formas de resolver los problemas fácticos son coherentes con el ordenamiento vigente, o, por el contrario, fuerzan o violentan dicho ordenamiento con vistas a salvar algo que, por otra parte, resulta ser sustancial al matrimonio, sirviéndose de criterios de interpretación legítimos.

Nuestra respuesta se inclina a favor de lo segundo. De ahí que advirtamos en dicha jurisprudencia como un clamor tácito en pro de la reforma de aquellos cánones que más problemas de interpretación causan.

Mostramos a continuación una prueba de esta nuestra impresión, tal y como la hemos recibido al filo de las más importantes líneas jurisprudenciales descritas más arriba.

1. De la primera postura que podríamos calificar de radical por plegarse a la letra del código

y más en concreto al c. 1086 § 2, fácil es extraer la consecuencia de la necesidad de una reforma. ¿Cómo, si no, declarar la nulidad de un matrimonio contraído con el propósito de abortar siempre o de rechazar de plano la prole, pese a que en el contrato se acepte el *jus in corpus*? La otra alternativa, la de declararlo válido, nos parece de todo punto inaceptable, atendida la naturaleza del matrimonio y no sólo la letra de la ley.

2. La segunda postura constituye una suavización de la anterior al tomar más en cuenta toda la realidad del fin primario. Parte también del principio de que la única causa de nulidad al respecto es la exclusión del objeto formal, pero se amplía el contenido de dicho objeto, forzando el salto del c. 1086 § 2 a los cc. 1081, 1013 y, en ocasiones, también al c. 1092, 2.º.

Dentro de esta misma postura, advertimos dos maneras diferentes de interpretar la norma canónica. Están, por un lado, los que tratan de extender la operatividad del consentimiento, no sólo a los actos *per se aptos ad prolis generationem*, sino también a los efectos, a las consecuencias naturales de esos actos, cuyo logro efectivo depende, evidentemente, de la *actio naturae*. Es el fin primario, en suma, tomado en su totalidad el que sirve de criterio de interpretación y de medida del contenido del c. 1086 § 2.

Siguiendo esta misma línea, otros ven junto al contenido positivo del objeto formal, un aspecto implícito de carácter negativo. Aparece así esa corriente jurisprudencial que, junto al *derecho-deber* al acto ordenado a la prole, trata de ver implícito un *derecho-deber* de no impedir la procreación efectiva de manera voluntaria, incluso de no impedir la educación, factor también del fin primario.

A nuestro juicio, este es un laudable intento de la jurisprudencia, pero que tropieza con la difi-

cultad que la literalidad del c. 1086 § 2 conlleva. Nada de extraño, por eso, que sea en este momento cuando alguna sentencia (c. Pinto, 12-XI de 1973) llame la atención del legislador en orden a que convierta en *explicito* el contenido *implícito* del objeto formal; incluso se formule una propuesta de reforma consistente en añadir al c. 1081, § 2 las palabras «cum obligatione non impediendi procreationem et prolem educandi»⁶⁰.

3. Frente a estas corrientes de corte tradicional, en el sentido de que tratan de moverse en la línea marcada por el código con las dificultades y salvedades mencionadas, surge la nueva orientación jurisprudencial que tiene como común denominador la aceptación de dos capítulos autónomos de nulidad dentro del mismo género de la *intentio contra bonum prolis*.

A primera vista puede parecer que son estas posturas las que más ardientemente propugnan —se entiende implícitamente— las modificaciones pertinentes del actual sistema normativo. Pero, a nuestro juicio, ocurre justamente lo contrario. Es la postura tradicional la que se encuentra, en ocasiones, en un callejón sin salida, atendidas las premisas de las que parte. Las nuevas tesis, por el contrario, al considerar los problemas desde otras premisas, encuentran más desbrozado el camino y no están tan afectadas por las actuales normas, ni se percibe, por ello, tan fácilmente la necesidad de las reformas legislativas. De atenernos con todo rigor a sus postulados, la conclusión a la que se podría llegar es esta: déjese la legislación como está, porque para los supuestos en que no proceda la aplicación del c. 1086, § 2 se tiene siempre el recurso legítimo de apelar al c. 1013, bien como expresión del Derecho natural y divino o como exponente de uno de los elementos esenciales de todo negocio jurídico: la causa o fin del mismo.

(60) Vid. nota 53.

No dudamos que para resolver hoy los casos concretos que se presentan ante un tribunal, es legítimo el recurso a esos argumentos. Pero, ¿se allanan por ese medio todas las dificultades? La lectura de las páginas anteriores quizás nos conduzca a una respuesta negativa. Basta recordar las duras críticas a que en ocasiones fueron sometidos la tesis y argumentos renovadores de carácter jurisprudencial. Recordemos, en particular, aquella llamada de atención sobre la camuflada introducción del divorcio vincular a que podría conducir el olvido o la no consideración de las tradicionales categorías del *jus* y *exercitium juris* o sus correlativas *intentio non se obligandi* o *non adimplendi*, cuando se invoca como causa de nulidad la exclusión directa de la prole. ¿La perpetuidad de la exclusión es el único criterio para decidir sobre la nulidad por falta de un verdadero consentimiento conyugal?; ¿no cabe que una *intentio non habendi prolem*, aun perpetua, sea irrelevante jurídicamente?; o lo que es lo mismo, ¿se identifican la intención de no tener prole y la intención contraria a la prole o a la ordenación intrínseca del matrimonio a la prole?; ¿es la perpetuidad el único criterio válido para deducir de la intención subjetiva la voluntad contraria al fin objetivo del matrimonio, en cuya contradicción se basa la nulidad? Estas y otras preguntas ponen de manifiesto la complejidad del problema y la necesidad de que el Derecho positivo venga en ayuda del Derecho natural, para explicitarlo y facilitar su cumplimiento. No creemos que esto adolezca de ningún positivismo. Si así fuera, es decir, sí, cuando un precepto tiene su origen en el Derecho natural, no precisara del ordenamiento positivo, un tanto por ciento muy elevado de cánones sobre el matrimonio y, en concreto, sobre el consentimiento, sobrarían en el Código. Al juez eclesiástico le bastaría con aplicar este Derecho natural o divino positivo no formalizado en unas normas escritas. Pero las inconcreciones y los riesgos, en ese caso, serían considerables. Es de Derecho natural la ordenación del matrimonio al fin de la procreación y educa-

ción. Pertenece al ámbito del derecho natural, primero la necesidad de consentimiento, sea cual fuera la opción histórica que la Iglesia adopte para su manifestación; segundo, es también de derecho natural que el acto de voluntad en que consiste el consentimiento, se adecúe a los postulados jurídicos tal y como aperecen impresos en la naturaleza misma del matrimonio. Consecuentemente, se destruye en su raíz la naturaleza conyugal de la unión, cuando ese acto de voluntad contradice o excluye lo inherente a esa conyugalidad; esto es, la ordenación a ese fin objetivo que no crea la voluntad sino que le viene dado en el proyecto creador de Dios.

Nadie, en sede canónica, se atrevería a negar estos postulados de Derecho natural. Pero, ¿resultan suficientes, en su generalidad y abstracción, en orden a evaluar cada vez con mayor verdad, más seguridad y más justicia los posibles y multiformes casos de nulidad? De no existir normas o ser éstas imperfectas, es indudable la legitimidad y hasta necesidad de apelar en las sentencias a los principios de Derecho natural. Pero esto mismo debe ser un acicate para que la legislación se perfeccione y cumpla mejor su finalidad de hacer más fácil el camino a los encargados de aplicar lo que, en gran medida, es consecuencia del Derecho natural, especialmente cuando se trata de causas de nulidad.

A esto se puede objetar —y de hecho se ha objetado— que no todos los supuestos de nulidad deben ni pueden estar expresados en una norma canónica. Así es, en efecto. Existen principios tan meridiana y concretamente formulados por el Derecho natural que basta con demostrar que el supuesto *de hecho* no se corresponde con aquel postulado natural, para que la inexistencia del matrimonio aparezca con toda evidencia. Piénsese en aquel ejemplo al que se refería una Sentencia Rotal: ninguna norma positiva expresamente menciona la nulidad de un matrimonio celebrado entre dos personas del mismo sexo, y ningún juez eclesiástico dudaría un momento en declarar inexis-

tente un matrimonio en que se hubiese dado ese hipotético supuesto, apelando al Derecho natural que exige la diferenciación sexual. También aquí, evidentemente, pueden surgir dificultades acerca de los límites que marcan esa diferenciación, pero su resolución pertenece más al campo médico que al jurídico; los problemas se sitúan más en el *in facto* que en el *in jure*, pues en éste es diáfana la norma aplicable, no importa las aberrantes teorías que puedan sostenerse en ámbitos no cristianos.

¿Acontece lo mismo con los problemas del consentimiento? Creemos sinceramente que no, pese a que en la esfera del derecho natural, teóricamente la doctrina aparezca clara. El examen preciso de las pruebas en el *in facto*, viene determinado por una percepción clara y distinta de los posibles fenómenos jurídicos desarrollados en el *in jure*. Los problemas del consentimiento dada la subjetividad en que se sitúa el acto de voluntad, ofrecen perfiles jurídicos bien distintos al hecho *objetivo* de ser o no ser varón, ser o no mujer. Aquí lo jurídico está claramente delimitado, allí conviene que normas concretas desarrollen y especifiquen el contenido abstracto del Derecho Natural. Naturalmente, si el ordenamiento no lo hace, deberá hacerlo el juez eclesiástico al decidir sobre un caso concreto y estimamos legítimo su proceder. Pero estimamos preferible, asimismo, que sea el propio legislador el que, en la medida de lo posible, determine, concrete y explane en normas positivas el contenido jurídico de la relación matrimonial a partir del fin primario del matrimonio, verdadero principio ordenador de su estructura jurídica.

Las anteriores reflexiones, hechas a propósito del fundamento natural en que se basa el capítulo autónomo de nulidad por exclusión directa de la prole, a falta de normas concretas y positivas, son en gran parte aplicables o referibles al otro argumento invocado por la jurisprudencia: el de la causa de los negocios jurídicos. Aparte de que,

como en otras sentencias se ha puesto de relieve, la mencionada teoría no goza aún de unanimidad entre los juristas seculares y tiene aún pocos cultivadores en la ciencia canónica, no estamos seguros de su aplicabilidad al Derecho matrimonial. Y no lo decimos tanto por la teoría en sí, cuanto por el modo como hoy se pretende aplicar al matrimonio. Supongamos que, en efecto, la causa o fin es uno de los elementos esenciales de todo negocio jurídico; supongamos que lo es también del «contrato» matrimonial. ¿Cómo se explica que el objeto de ese «contrato» —elemento también esencial— tenga un contenido jurídico considerablemente más limitado que el que parece desprenderse del elemento causal o teológico, siendo así que en el matrimonio la naturaleza de ese objeto formal viene determinada por la ordenación al fin de la procreación y educación? Quizás la respuesta a este interrogante se encuentre en la teoría contractualista, predominante en amplios sectores de la ciencia canónica y reflejada en la codificación de 1917.

Hoy la ciencia jurídica no confunde, afortunadamente, el negocio jurídico con el contrato: éste es un especie de aquél, lo que equivale a decir que no todo negocio jurídico se configura como contrato. Ambos fenómenos jurídicos tienen como común denominador la llamada autonomía de la voluntad; pero mientras que en el negocio-contrato esta autonomía abarca incluso los contenidos jurídicos de la relación que se crea, en otros negocios jurídicos la voluntad es autónoma y libre para dar existencia a la relación, pero no para determinar sus contenidos jurídicos que le vienen dados desde otras instancias; en el caso del matrimonio, desde el propio Derecho natural, expresado de manera relevante en los fines. «Al contraer matrimonio libremente, decía hace poco el Papa, los esposos no hacen más que entrar en un orden objetivo, en una institución que les supera y que no depende de ellos, ni en su ser ni en sus leyes. El matrimonio no ha sido creado por la libre voluntad de los hombres, sino que ha sido instituido por

Dios, el cual lo ha dotado de leyes propias»⁶¹.

Es cierto que, cuando se aplica al matrimonio la teoría contractualista, se matiza siempre diciendo que es un contrato singular, *sui generis*, entre otras razones, porque la voluntad del contrayente no determina ni los contenidos ni las cualidades del vínculo matrimonial. Pero es precisamente esta singularidad la que hace muy difícil su calificación como contrato. No obstante, así se ha configurado y esa fue la perspectiva que se advierte en el Código. En teoría, el fin primario, o mejor, la ordenación esencial del matrimonio al fin, hubiera debido ser la medida del objeto formal del contrato, pero la visión contractualista o *in fieri* aleja al canonista de la consideración del matrimonio en sí mismo, es decir, del matrimonio *in facto esse*, lo cual origina que incluso el vínculo sea una realidad contractual identificada con el *jus in corpus* perpetuo y exclusivo. Por pura lógica, los otros factores jurídicos contenidos en el fin primario, pero no en el *jus in corpus*, son desplazados del tratamiento jurídico, o son resueltos por la vía de una interpretación jurisprudencial más o menos progresiva.

Si, por el contrario, el matrimonio se realiza por medio de un negocio jurídico en virtud del cual los esposos «no hacen más que entrar en un orden objetivo», preciso es conocer ese orden objetivo, es decir, la naturaleza jurídica del matrimonio, determinada por su causa final. Conocida dicha naturaleza, es más fácil establecer el contenido del *in fieri*, esto es, el contenido jurídico que una voluntad verdaderamente conyugal debe asumir en el momento de contraer.

Consideradas así las cosas, el elemento «causa» y el elemento «objeto formal» coincidirían sustancialmente, por lo que no tendría razón de ser el emplearlos como argumentos distintos y autónomos, sino como fundamentos complementarios. Se evitaría, asimismo, el riesgo de imprecisión que

contiene la simple exclusión de la causa o fin esencial del matrimonio en la esfera operativa del consentimiento o del pacto conyugal, habida cuenta de que lo esencial y relevante jurídicamente no son los hijos ni la procreación, sino la ordenación del matrimonio a ese fin y, consecuentemente, que la exclusión de esa causa o fin sólo origina la nulidad del negocio cuando incide en dicha ordenación; incidencia, por lo demás, difícil de determinar siempre y más aún, si se pretende hacerlo aislada e independientemente de sus contenidos jurídicos radicados en el vínculo.

En conclusión, opinamos que la invocación de este argumento es válido y legítimo en las circunstancias actuales, puesto que el juez carece de otros cauces legales para justificar ciertos supuestos de nulidad por exclusión del bien de la prole. Pero, por otra parte, estimamos que la fuerza del argumento no debe hacer creer que están resueltos, técnicamente, todos los problemas. Por el contrario, creemos que, si no se modifica el c. 1086, § 2, no será fácil obviar la incongruencia que entraña el que, por un lado, el matrimonio esté ordenado o tenga por causa final la procreación y educación de la prole y que, por otro, los contrayentes sólo se comprometan o asuman como objeto formal del contrato el derecho-deber a los actos conyugales. ¿Por qué esta reducción del objeto formal, siendo así que su naturaleza esá determinada por la ordenación al fin primario? ¿No equivaldría esto a admitir que el matrimonio a lo que está ordenado más bien es al acto conyugal?

Estas dificultades interpretativas, surgidas en el ámbito jurisprudencial, no pasan desapercibidas para los canonistas como lo prueba esa profusión de sentencias que las Revistas canónicas sacan a la luz pública en los últimos años con los comentarios correspondientes. Por una u otra razón, se advierte un especial interés en poner de relieve aquellas sentencias que marcan la nueva orienta-

(61) Cit. en Revista «Palabra» n.º 127, Marzo 1976, p. 6.

ción jurisprudencial. La reacción frente a la misma va a depender, naturalmente, del punto de mira previo en que está situado el comentarista. Nos referimos, como es obvio, a la actitud científica, puesto que se presupone que hay unanimidad en la aceptación de los principios doctrinales, ratificados de modo inequívoco por el concilio Vaticano II, respecto a la ordenación intrínseca del matrimonio y del amor conyugal a la procreación y educación de la prole.

Ahora bien, sea cual fuere la óptica desde la que se contemple el tema, una cosa parece clara y es el clamor bastante unánime en favor de una modificación de aquellas normas canónicas sobre las que hoy gira toda la labor interpretativa de los jueces.

Desbordaría nuestro propósito y alargaría en exceso el trabajo un detallado análisis de toda la reciente literatura canónica al respecto. Hagamos sólo un breve bosquejo de las principales propuestas *de jure condendo* con el fin de que el lector pueda cotejarlas con el proyecto de ley actualmente en estudio.

El tema de la *intentio contra bonum prolis* es, obviamente, un tema clásico de la ciencia canónica que ha recibido un especial impulso justamente con la aparición de nuevos problemas prácticos necesitados de respuesta doctrinal. Es natural este interés de la ciencia canónica, puesto que en las soluciones que se adopten están imbricadas serias cuestiones de índole práctico. Como ha puesto de relieve el Prof. De Reina, «la cuestión es cualquier cosa menos teórica, pues de la postura que se adopte ante estos problemas puede depender la validez del matrimonio en los casos siguientes: matrimonio con esterilización precedente; exclusión de la prole con medios anticonceptivos, o de eliminación de la gravidez, o con la voluntad deliberada de matar la prole, o de no recibirla

(abandonarla) o incluso de no educarla cristianamente; exclusión de la prole hasta que cambien determinadas circunstancias, o después del segundo hijo, etc.»⁶².

Como reflejan estas palabras, paralela a esa gama multiforme de soluciones prácticas, es la gama de actitudes científicas y de propuestas reformistas. Veamos alguna de ellas.

1. Aparte de las posturas clásicas, defensoras a ultranza de la literalidad del c. 1086, § 2, matizado a lo sumo por el c. 1081, últimamente han surgido algunas voces discrepantes con esa nueva orientación jurisprudencial y han propuesto, no la modificación de la legislación, sino de los pronunciamientos jurisprudenciales progresivos, e, incluso, de la forma general de ser tratado tradicionalmente este tipo de simulación parcial.

Como ejemplo cabe reseñar a dos autores que escriben, precisamente, para salir al paso de ese «desenfoco» de la jurisprudencia reciente.

La conclusión y la propuesta formulada por J. F. Castaño⁶³ es la siguiente:

«La fórmula "exclusio boni prolis" nos parece inexacta como cláusula de nulidad. Decimos la "fórmula" porque la doctrina contenida en las Decisiones Rotaes bajo esta expresión se refieren más bien a la exclusión del derecho al verdadero acto conyugal... Nuestra opinión, por consiguiente, es que la nulidad no proviene de la exclusión de la prole sino del objeto del negocio matrimonial o *ius ad copulam*. Proponemos, por tanto, que esas causas no sean tratadas «ex capite exclusionis boni prolis» sino «ex capite exclusionis iuris ad conjugales actus».

Las premisas con las que argumenta el autor son en cierto modo verdaderas, vistas desde lo que realmente acontece en la forma de proceder de la jurisprudencia. Ya hemos insistido más arriba en cómo los jueces con alguna frecuencia han de

(62) *La simulación parcial en el matrimonio canónico*, en «Jus Canonicum», 14, n.º 27, 1974, p. 41.

(63) J. F. CASTAÑO, *¿La «exclusio boni prolis» causa*

de nulidad del matrimonio?, en «Revista Española de Derecho Canónico», 1969, pp. 161-173.

dar un salto del *fin* del matrimonio al *objeto* para salvar la nulidad, desde nuestro punto de vista incuestionable, de ciertos matrimonios. Castaño se pregunta si no es ilógico este tránsito, siendo así que la cuestión discutida versa sobre el fin y no sobre el objeto, y supuesto también que no hay ningún canon que hable de la exclusión del fin como causa de nulidad.

También a nosotros nos parece ilógico ese tránsito; de ahí que propugnemos una modificación legislativa, para que lo que nos parece, desde la normativa vigente, incoherente pero legítimo, pueda ser un día legítimo, por responder a la naturaleza esencial del matrimonio, y, además, coherente con el ordenamiento positivo. Es en este punto donde no compartimos la opinión del mencionado autor, de ahí que no compartamos tampoco su propuesta de que estas causas sean tratadas sólo «ex capite exclusionis juris ad actus conyugales», que es tanto como decir que lo que tiene que modificarse no es el c. 1086, § 2, sino el trato jurisprudencial a que ha sido sometido.

El fondo de esta discrepancia nuestra con el autor reside en los fundamentos y distinciones en que sustenta su tesis. De acuerdo en que los «órdenes moral y jurídico se relacionan entre sí pero no se confunden. También aceptamos de buen grado la distinción entre fin y objeto del matrimonio, pese a sus íntimas conexiones. No nos parece, sin embargo, concluyente deducir que el fin se sitúa exclusivamente en el ámbito moral y el objeto en el orden jurídico. Así parece desprenderse de esa curiosa distinción que el autor hace entre *objeto moral* y *objeto jurídico* del negocio matrimonial: el fin, en su acepción común, es el fin último y ético-social del negocio, esto es, el objeto moral; mientras que el objeto, es decir, el *ius ad actus*

conyugales, es el fin inmediato y jurídico, el *objeto jurídico* del negocio.

A partir de aquí, las consecuencias son evidentes: cualquier factor que no esté comprendido o no atañe al objeto jurídico, ninguna relevancia tiene en orden a la validez del negocio. Y como resulta que ese objeto jurídico o fin inmediato sólo abarca el *jus in corpus*, un propósito decidido de abortar ninguna influencia tendría sobre la validez del contrato matrimonial.

Huelga decir que nuestra opinión es decididamente contraria a este planteamiento. Entre otras razones, porque estimamos que la ordenación al fin primario, al ser un elemento esencial, es decir, perteneciente al *ser* del matrimonio, no puede ser desposeída de dimensión jurídica, so pena de que esta dimensión sólo sea atribuible al matrimonio *in fieri*; y aún en este caso hipotético, todo el contenido jurídico vendría originado, no por la voluntad de las partes, sino por la naturaleza misma del matrimonio, en cuanto realidad ontológicamente ordenada a la procreación, recepción y educación de la prole. De lo contrario, se produciría una incomprensible y arbitraria escisión entre el ser matrimonial ordenado a la prole y la causa que lo crea o consentimiento: éste tendría un fin inmediato y jurídico que no se corresponde con el fin último del matrimonio, por lo que forzosamente habría que concluir que el matrimonio y el amor conyugal no están ordenados a la prole, sino a los actos conyugales. Consecuencias indirectas de este planteamiento serían la superposición y prevalencia de los fines secundarios sobre el fin primario⁶⁴.

Leguerrier⁶⁵ llega a parecidas conclusiones al comentar y criticar las sentencias recientes de signo innovador. Cree el autor que en dichas sentencias

(64) Respecto a la unidad que forman la realidad social y la jurídica, cfr. HERVADA, J., *El matrimonio in facto esse: su estructura jurídica*, «Jus Canonicum», 1 (1961), pp. 158-9; DE LA HERA, A., *Intentio contra bonum*

prolis, «Jus Canonicum», 7 (1967), p. 211; DE REINA, V., *Ob. cit.*, p. 43.

(65) LEGUERRIER, R., *Note sur l'intention contra bonum prolis à propos de certaines sentences récentes de la*

se produce un traslado indebido del orden metafísico (naturaleza y fin del matrimonio *in facto esse*) al orden jurídico (objeto del matrimonio *in fieri*). Antes había indicado que el c. 1013 es una declaración doctrinal que aunque puede tener —y de hecho tiene— consecuencias jurídicas, no es en sí una disposición jurídica; pertenece, más bien, al orden filosófico y metafísico.

En base a estos principios, el autor sintetiza así su pensamiento:

1. La intención de no tener hijos no entraña nulidad del consentimiento ni por el c. 1013 § 1, ni por el 1086 § 2.

2. A lo sumo tal intención entraña una presunción fundada de que no se ha concedido el derecho a los actos ordenados a la prole.

3. En consecuencia, será preciso abandonar la expresión *intentio vel conditio contra bonum prolis* y reemplazarla por *denegatio vel limitatio iuris ad actum conjugalem*.

Pocas cosas añadiremos por nuestra parte, a lo ya dicho. Admitamos que el c. 1013 es una declaración doctrinal, y, en este sentido, más que como norma aplicable por el juez, sirva como criterio interpretativo o, a lo sumo, como norma de derecho natural aplicable en los casos de laguna o imperfección normativa. Pero nada de esto significa que los fines, o más exactamente, la ordenación a los mismos no comporte una profunda dimensión jurídica, traducible en consecuencias jurídicas, como el mismo autor reconoce⁶⁶. De donde se deduce que no es tan indebido el traslado de los contenidos del *in facto esse* —naturaleza y fin— al ámbito del matrimonio *in fieri*. Ocurre todo lo contrario: que éste debe ser un reflejo del *in*

facto esse. De hecho, esto no es así, pues el canon 1086 § 2 refleja sólo una parte de la ordenación al fin primario, el comienzo de la acción procreadora, dejando fuera las otras fases del proceso natural. Quizás por ello, desde la normativa vigente —y sólo desde ella— sea verdad que las sentencias dan un paso indebido, no coherente, del c. 1013 al 1086. Pero esto no significa que deba cambiar la jurisprudencia, sino que es el Código el que debe allanar el camino a la coherencia. Es posible que si el c. 1086 § 2, por ejemplo, reflejara más explícitamente el contenido íntegro del *bonum prolis*, el autor encontraría una respuesta adecuada a la pregunta que se hace, acerca de la validez o nulidad de un matrimonio contraído por un contrayente que, no queriendo tener hijos, buscara deliberadamente una mujer estéril. La objeción va dirigida contra los que propugnan la autonomía del capítulo de nulidad por exclusión directa de la prole y, por ello, consideran irrelevante la distinción entre el derecho y el uso del derecho. Ya pusimos de relieve los inconvenientes que esta teoría entrañaba, pese a que trataba de suplir coyunturalmente la imperfección técnica del c. 1086 párrafo 2; en este sentido, la mencionada objeción manifiesta uno de esos inconvenientes. Pero de ahí no debe concluirse que el objeto del consentimiento sea sólo el derecho a los actos conyugales, ni que las causas de nulidad deban resolverse, únicamente, por el capítulo de la *denegatio vel limitatio iuris ad actum conjugalem*.

2. Frente a estas posturas restrictivas y opuestas, por ello mismo, a las nuevas orientaciones jurisprudenciales, existe una mayoritaria corriente de opinión en el panorama canónico actual, que ha recibido con aplauso, a veces no disimulado⁶⁷, los

es básicamente una cosa, y después considerar que, desde el punto de vista jurídico, es irrelevante la exclusión de eso que se considera básico».

(67) Cfr. GRAZIANI, nota a la sentencia c. De Jorio, 22-VII-1964, en «Il Diritto Ecclesiástico», 1965, fasc. I-II, parte 2.ª, pp. 26-29.

S. Rote Romaine, en «Studia canonica», III, 1969, pp. 139-151.

(66) De lo contrario se produciría esa paradoja que atinadamente pone de manifiesto DE REINA, V., *ob. cit.*, p. 43, en los siguientes términos: «No se puede afirmar dogmática y magisterialmente que el matrimonio canónico

intentos jurisprudenciales por establecer causas de nulidad de exclusión de la prole, al margen del supuesto contemplado en el c. 1086 § 2⁶⁸.

En ocasiones, la doctrina canónica se ha limitado a comentar y desarrollar los fundamentos jurídicos señalados en buena parte por la jurisprudencia. En otras, los autores han propuesto expresamente algunas sugerencias de cara a la reforma que se preconiza y a cuyo último proceso estamos asistiendo.

Respecto al primer bloque de autores y resumiendo la exposición del Prof. De la Hera⁶⁹, únicamente señalamos el paralelismo entre los fundamentos jurídicos que invocan y los propuestos por la jurisprudencia. Hay autores, en efecto, que fundamentan la nulidad o en el derecho natural o en la exclusión del fin primario⁷⁰. Otros desarrollan la teoría de la causa del negocio⁷¹. El Prof. De Luca⁷² ha pretendido integrar el *bonum prolis* dentro de las propiedades esenciales a que se refiere la exclusión del c. 1086 § 2. «A mio avviso, scrive, la rilevanza della *ordinatio ad prolem* dell'istituto matrimoniale e la nullità derivante da

un intentio contraria a tale ordinatio va rintracciata nell'ultima delle ipotesi previste nel c. 1086 § 2, e cioè nella esclusione di una *essentialis aliqua matrimonii proprietatis*»⁷³.

El Prof. Graziani ha razonado la exclusión del bien de la prole apelando a la simulación total, esto es, identificando dicha exclusión con la *exclusio matrimonii ipsius*⁷⁴. Claro es que, como ha advertido De la Hera⁷⁵, admitir la tesis de Graziani sería negar la existencia de la simulación parcial, pues cualquier exclusión se resolvería en exclusión del matrimonio mismo; todo lo cual contrasta con la redacción actual del c. 1086 § 2; por eso la mencionada tesis puede ser aceptable como propuesta *de jure condendo*, pero difícilmente viable desde el *jus conditum*.

En realidad, como dejamos sentado más arriba, esta afirmación última es válida para los restantes razonamientos. Son intentos laudables de adecuar la realidad del matrimonio con la legislación vigente, pero que están en el fondo exigiendo la reforma de la misma. Así se han manifestado explícitamente otros autores.

(68) Cfr. BERNÁRDEZ, A., *Curso de derecho matrimonial canónico* (Madrid 1971); GRAZIANI, E., *Voluntà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico* (Milán 1956); DE LA HERA, A., *Relevancia jurídico-canónica de la cohabitación conyugal* (Pamplona 1966); ID., *Intentio contra bonum prolis*, en «Jus Canonicum», 7 (1967), pp. 211-234; HERVADA, J., *El Matrimonio «in facto esse»*. Su estructura jurídica, en «Jus Canonicum», 1 (1961), pp. 135-176; ID., *Los fines del matrimonio. Su relevancia en la estructura jurídica matrimonial* (Pamplona 1960); HERVADA-LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios, III, Derecho matrimonial* (Pamplona 1973); ID., *La «ordinatio ad fines» en el matrimonio canónico*, en «Rev. Española de D.º Canónico», 18 (1963), pp. 439-499; LÓPEZ ALARCÓN, M., *El «jus radicale» y el «jus expeditum» en la simulación parcial del Matrimonio*, en «Jus Canonicum», 7 (1967), pp. 245-262; MARTÍN SÁNCHEZ, I., *La causa del negocio matrimonial canónico*, en «Jus Canonicum», 13 n.º 25 (1973), pp. 242-272; MIGUÉLEZ, L., *Comentarios al Código de Derecho Canónico, II* (Madrid 1962); REINA, V., *La continencia periódica en el matrimonio «in fieri»*, en «Jus Canonicum», 1 (1961), pp.

415-466; ID., *La simulación parcial en el matrimonio canónico*, en «Jus Canonicum», 14, n.º 27 (1974), pp. 41 y ss.; STAFFA, D., *De conditione contra matrimonii substantiam* (Romae 1955); DE LUCA, *Un singolare caso di esclusione del «bonum prolis»*, en «Ephemerides Juris Canonici» (1962), pp. 462 ss.; SECO CARO, C., *La educación religiosa de los hijos y la exclusión del bonum prolis*, en «Jus Canonicum», 12, n.º 27 (1972), pp. 377-395.

(69) *Intentio contra bonum prolis, cit.*, pp. 221-229.

(70) Cfr. MIGUÉLEZ, *ob. cit.*, pp. 621 ss.; SECO CARO, *ob. cit.*, pp. 377 ss.

(71) Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, I., *ob. cit.* El autor recoge las distintas teorías en torno al concepto de causa del negocio matrimonial y la bibliografía respectiva.

(72) *Ob. cit.*, p. 462.

(73) Ver el paralelismo con lo que dijimos y criticamos más arriba, al comentar la sentencia coram Bejan 29-X-1966. Cfr. nota 35.

(74) GRAZIANI, *nota a la sentencia c. De Jorio*, de 22-VII-1964, *cit.*, p. 28; ID., *Voluntà attuale...*, *cit.*, p. 192.

(75) *Ob. cit.*, p. 226.

El Prof. De Reina, resumiendo las principales tendencias doctrinales y jurisprudenciales reduce a tres las posibilidades de que disponemos en la actualidad:

1. «Considerar la expresión "todo derecho al acto conyugal" equivalente a "todo derecho a la ordenación del matrimonio a la prole", que es lo que entiendo sustancial y sistemáticamente preferible, *sin perjuicio de propuestas terminológicas de jure condendo*.

2. Dejar la citada expresión codicial para referir las exclusiones de la prole que alteren el derecho al acto conyugal, y, poner en el c. 1013 § 1, las restantes posibilidades de exclusión del *bonum prolis* o fin primario, tal por ejemplo como se ha visto obligada a hacer la más reciente jurisprudencia rotal.

3. Ampliar conscientemente el sentido de la expresión "todo derecho al acto conyugal" en términos parecidos a los de la sentencia rotal Wynen de 27-II-1947, es decir, sosteniendo que quien entrega el *ius in corpus* no puede excluir ninguno de los *presupuestos* ni de las consecuencias del mismo»⁷⁶.

El autor está pensando, ciertamente, en las tres posibilidades de que dispone hoy el juez eclesiástico en la resolución de los casos, pero bien pueden ser entendidas como tres posibilidades con que cuenta el legislador a la hora de reformar la normativa vigente; de lo contrario, seguirían en pie los problemas de interpretación actuales, que es lo que debe evitarse. Desde esta perspectiva *de lege ferenda*, también es, a nuestro juicio, preferible la primera posibilidad, puesto que, de no reformarse el c. 1086 § 2, seguirá siendo inexplicable, doctrinalmente y a efectos de interpretación, la desconexión del objeto formal del consenti-

miento de su principio informador y regulador, como lo es de todo el matrimonio la *ordinatio ad prolem*.

Para el Prof. De la Hera, la necesidad de una reforma de los cánones vigentes, en especial del c. 1086, § 2, no ofrece ninguna duda. Dejar en pie su actual redacción incita a una literal sumisión al mismo y abre la posibilidad de «un auténtico fraude a la ley, al aparecer como posible excluir la ordenación efectiva del matrimonio a la prole». El legislador, en efecto, exige el acto conyugal pero no la ordenación de éste a la prole, pese a la matización del c. 1081 de que sea un acto por sí apto *ad prolis generandam*⁷⁷.

Pero esta reforma, ¿debe orientarse, como lo hace la reciente jurisprudencia, hacia la configuración legislativa de dos capítulos distintos de nulidad? La respuesta de De la Hera es claramente negativa: «Teniendo esto en cuenta, parece evidente que la autonomía de la «intencio contra bonum prolis» como capítulo de nulidad, con respecto al c. 1086 no entraña la necesidad de establecer en el futuro dos capítulos de nulidad distintos, uno la «intencio contra bonum prolis» y otro la exclusión «omnis juris ad conjugalem actum»; considerada ésta como una especie o caso de aquélla, la reforma del Codex... podría considerar conjuntamente —y en una fórmula única válida para todas las especies de *intencio contra bonum prolis*— ambos supuestos en una nueva redacción del texto legal relativo a la nulidad del matrimonio «ex capite simulationis»⁷⁸.

En repetidas ocasiones hemos expuesto ya nuestra opinión, coincidente con la anterior, respecto a la conveniencia de unificar *legislativamente* este capítulo de nulidad, aunque consideremos legítima —circunstancialmente— la actuación de la jurisprudencia que invoca dos capítulos autónomos de nulidad. Esto sucede hoy así porque

(76) DE REINA, V., *ob. cit.*, p. 46.

(77) DE LA HERA, A., *Intencio...*, *cit.*, p. 220.

(78) *Ibid.*, p. 221.

en el nivel legislativo no existen cauces para operar de otro modo.

Claro está que es siempre más fácil denunciar unas deficiencias e incluso establecer unos criterios generales de reforma, que proponer una fórmula técnica concreta capaz de unificar y de cubrir todos los posibles supuestos de nulidad por intención contraria al bien de la prole. No está demás, por eso, recordar aquí y ahora, en vísperas de la revisión del derecho sacramental, aquella propuesta concreta formulada por el Prof. De la Hera en 1967 y revaluada, a nuestro juicio, en el transcurso de estos últimos años.

Según dicha propuesta, se trataría «de modificar la redacción del c. 1086 § 2, sustituyendo la enumeración actual de supuestos —que ya sabemos que es incompleta— por una similar a la del c. 1092, 2.º: *intentiones contra matrimonii substantiam*»⁷⁹. No han faltado sentencias rotales que han tratado de justificar la *intentio contra bonum prolis* en base al c. 1092, 2.º, por las analogías existentes entre la *conditio contra substantiam* y la *intentio contra bonum prolis*. La doctrina también parece estar de acuerdo en que entre *intentio* y *conditio* no existen diferencias jurídicamente relevantes; de ahí que consideremos muy conveniente no dejar a la interpretación analógica lo que sea posible modificar por vía legislativa.

Respecto a la condición de futuro contra la sustancia del matrimonio en el tenor actual del c. 1092, 2.º, es de presumir que desaparezca en la proyectada reforma del Codex, al prohibirse absolutamente el matrimonio bajo condición. En cuyo caso ya no tendrá razón de ser la sugerencia del Prof. De la Hera en el sentido de que la *intentio* vel *conditio* contra *matrimonii substantiam* integraran un único canon, sustituyendo a los actuales § 2 del c. 1086 y n. 2.º del c. 1092. Bastaría con sustituir los supuestos de simulación parcial del c. 1086 § 2 por la fórmula *intentio*

contra matrimonii substantiam, comprensiva de las exclusiones de cualquier elemento esencial, llámense bienes, llámense fines y propiedades.

El autor de la propuesta que comentamos hace a continuación unas consideraciones que vienen exigidas, según él, por una dificultad pastoral, no técnica-jurídica, cual es la generalidad de la fórmula propuesta. Con el fin de salvar esta dificultad *pastoral*, cree preferible una «enumeración, siquiera indicativa, de supuestos» que haga más comprensible la materia a cualquier fiel, no sólo al canonista⁸⁰.

Atendidas las dificultades técnico-jurídicas, que hemos advertido en la jurisprudencia, no sólo a la hora de interpretar el c. 1086 § 2, sino también el concepto de exclusión del *bonum prolis* en su más amplio sentido, estimamos también preferible esta propuesta menos abstracta y general, pero no por razones meramente pastorales, sino también jurídicas. Recordemos, a modo de ejemplo, que la oposición al capítulo autónomo de nulidad por exclusión directa de la prole, invocado por un sector de la jurisprudencia, se debía en buena parte a la generalidad e imprecisión de dicha fórmula y no tanto a los supuestos de nulidad contemplados.

Pero sean cuales fueren las razones, pastorales o jurídicas, nuestra opinión es favorable a una mayor y mejor formalización de los contenidos jurídico-naturales en que se resuelve el *bonum prolis*, pese a que estén implícitos en la *intentio contra substantiam*. De eso se trata, precisamente, como apuntaba alguna sentencia, de convertir en explícito lo que indiscutiblemente está implícito en el Derecho natural.

Caben, en este sentido, dos opciones: o enumerar una serie de supuestos de simulación parcial en sustitución del c. 1086 § 2; o precisar en otros cánones los elementos esenciales que integran la estructura jurídica del matrimonio, quedando re-

(79) Ibid., p. 229.

(80) Ibid., p. 230.

ducida la simulación parcial a una fórmula general, como la mencionada *intentio contra substantiam*, con una clara remisión a aquellos otros cánones de carácter propedéutico.

Sistemáticamente, consideramos preferible esta segunda posibilidad, habida cuenta de que el contenido de la simulación parcial viene determinado por los elementos y propiedades esenciales que previamente el legislador haya determinado en su lugar apropiado, esto es en el lugar donde se precisan los elementos estructurales de la relación jurídico-matrimonial. Esta preferencia no es sino una consecuencia de la prevalencia sustancial y metodológica que atribuimos al matrimonio *in facto esse* sobre el *in fieri*: las causas de nulidad, que sólo se operan en el *in fieri*, se explican y determinan desde la comprensión de la esencia de la *societas conjugalis*.

Desde este punto de vista el legislador podría precisar en unos cánones preliminares los siguientes aspectos provenientes del Derecho natural y Divino positivo:

1. Los caracteres esenciales de la comunidad conyugal, subrayando conjuntamente el aspecto de relación interpersonal y la naturaleza *vincular*. El matrimonio no es sólo un vínculo jurídico, es algo más; pero es también un vínculo. Ha de evitarse cualquier equívoco en este sentido por razones obvias.

2. La inseparabilidad entre matrimonio y sacramento con la consecuencia jurídica de que todo matrimonio *válido* entre cristianos implica la sacramentalidad.

3. Las propiedades esenciales de este singular vínculo, no pactables, sino exigidas por el Derecho natural, y rubricadas y robustecidas por la dimensión sacramental.

4. Los fines propios y esenciales —y su jerarquía— de la sociedad conyugal.

5. La ordenación a dichos fines en cuanto factor determinante de la estructura del matrimonio.

6. Los derechos y deberes conyugales en que se resuelven la dimensión de justicia de la relación matrimonial, atendidas su naturaleza y su *ordinatio ad finem*. En esta perspectiva, sería incomprensible una reducción de los *jura et officia* al *jus-officium ad actum conjugalem*.

En un momento posterior, cuando se regulen los problemas del consentimiento y se determine, en concreto, el alcance de la simulación parcial, bastará con indicar la nulidad del matrimonio de aquellos que, aun teniendo el *animus contrahendi*, excluyen por un acto positivo de voluntad alguno de los elementos esenciales a tenor de los cánones correspondientes; o de aquellos que acceden al matrimonio con intención contraria a la substancia del mismo.

VII. *Reflexiones finales en torno al proyecto de ley sobre sacramentos*⁸¹

Estas reflexiones finales tienen por objeto confrontar todo lo anterior con la proyectada reforma del derecho matrimonial. El hilo conductor que nos ha guiado hasta aquí ha sido justamente éste: el de mostrar si las propuestas de reforma, latentes en la propia jurisprudencia y auspiciadas por un gran sector de la doctrina, habían sido acogidas por el mencionado proyecto, sometido ahora a las consultas pertinentes; o si, de cualquier otra manera, se había acometido la tarea de reducir, en la medida de lo posible, las dificultades técnicas con que tropiezan los jueces eclesiásticos a la

(81) El texto íntegro del esquema, pese a ser reservado, ha sido ya ampliamente difundido y comentado en

los medios canónicos. Cfr. el texto y comentarios de U. NAVARRETE, en «Periódica», 63 (1974), pp. 611-657.

hora de interpretar las normas vigentes. Es indudable que la ley nunca podrá evitar que existan zonas oscuras sobre las que ha de poner luz la interpretación jurisprudencial; pero no es menos cierto que es función de la norma positiva reducir al mínimo posible ese ámbito de oscuridad con el fin de dificultar al máximo cualquier «fraude a la ley» y de facilitar el camino hacia una sentencia más conforme con la verdad: una ley imperfecta puede propiciar que se declare *válido* un matrimonio que en sí es *nulo*, y a la inversa, que se declare *nulo* al que en verdad fue válido, con el evidente riesgo, en esta última hipótesis, de que se atente fraudulentamente contra el principio de la indisolubilidad del vínculo.

Las consideraciones del apartado anterior, de modo especial, evidencian cuál es nuestra postura respecto al proyecto de ley en la materia que nos ocupa: pocas son las modificaciones que se propugnan y aquellas pocas dudamos si ayudarán a esclarecer o a oscurecer más el panorama jurisprudencial, una vez que entraran en vigor.

Para confirmar este aserto, expresado con cierta rotundidad, basta analizar sucintamente algunas de las normas del proyecto o esquema referentes a nuestro tema.

1. Por de pronto se suprimen dos cánones frecuentemente invocados por la doctrina y por la jurisprudencia en apoyo de la nulidad de ciertos matrimonios, cuando dicha nulidad no era posible deducirla del c. 1086 § 2. Nos referimos, obviamente, a los cánones 1013 § 1 y 1092, 2.º. Este último se suprime en virtud del principio general de que un matrimonio «sub conditione de futuro valide contrahit nequít». El c. 1013 § 1 se susti-

tuye por una definición del matrimonio, uno de cuyos elementos esenciales es la *ordenación* de la *conjunctio* a la procreación y educación de la prole.

Dejando a un lado el problema de las definiciones en un texto legal, en general, y de la definición propuesta en particular⁸², nuestra duda se centra sobre la oportunidad *hic et nunc* de dicha supresión o sustitución. Es bien sabido que en los momentos actuales, los fines del matrimonio, junto con la indisolubilidad del vínculo, son los aspectos doctrinales más contestados dentro y fuera del ámbito canónico.

2. A esta duda se puede responder diciendo que en el esquema aparece perfectamente determinada la ordenación del matrimonio, *indole sua naturali*, al fin de la procreación y educación de la prole. En efecto, el esquema se refiere explícitamente a esta intrínseca *ordenación*, tanto al definir el matrimonio, como al determinar el objeto del consentimiento.

Siendo así que lo que pertenece intrínsecamente a la estructura del matrimonio no son los hijos (fin término), sino la ordenación a los mismos, en principio nada tenemos que objetar a la propuesta referida. Aplaudimos también de buena gana que el proyecto se decida por fin a dar un contenido más amplio al objeto del consentimiento, a sacar al mismo del estrecho marco del *jus in corpus*.

Pese a todo esto, la duda expresada en el apartado anterior sigue en pie, no sólo por razones doctrinales de oportunidad legislativa, sino por razones técnicas que pasamos a exponer.

Hasta ahora, la jurisprudencia, como se ha demostrado ampliamente, se ha visto obligada a invocar el c. 1013 § 1 —y por analogía en oca-

el punto de vista jurídico, la naturaleza *vincular* del *matrimonio*. Nos referimos como es obvio, a la definición literal que el proyecto recoge, pues la *Gaudium et Spes* tampoco elude en otros momentos la consideración del matrimonio como un vínculo permanente e indestructible.

(82) La definición que se propone tiene como fuente inmediata la Const. *Gaudium et Spes* del Conc. Vaticano II. Sabido es que los textos conciliares acerca del matrimonio tienen una marcada e intencionada orientación pastoral. De ahí que la definición propuesta, válida desde el punto de vista pastoral, deje en la penumbra, desde

siones el c. 1092, 2.º— para resolver los casos no comprendidos en el c. 1086 § 2. Desde ahora, se dirá, no tendrá esta apoyatura legal, enunciativa, por lo demás, del derecho natural, pero tendrá el recurso de invocar los cánones en donde se expresa esa intrínseca ordenación a la prole. Pero es el caso que dichas expresiones, en sí indiscutibles, pierden gran parte de su peso y de su medida en virtud de las limitaciones a las que las someten otras normas del proyecto de ley. Nos referimos en concreto a las dos siguientes:

a) Al definir uno de los cánones del esquema el concepto de *consumación*, se establece literalmente que es al *acto* conyugal al que se ordena por su naturaleza el matrimonio: «ratum et consummatum si conjuges inter se (humano modo) possuerunt conjugalem actum per se aptum ad prolis generationem, *ad quem* natura sua ordinatur matrimonium, et quo conjuges fiunt una caro»⁸³.

¿No significa esto una vuelta a la tesis tradicional del *ius in corpus*? ¿No hay una contradicción, o, al menos, una imprecisión técnica en relación con lo sostenido anteriormente de que el matrimonio está ordenado a la procreación y educación? Que no es lo mismo una cosa que otra, lo demuestran bien a las claras las encontradas posturas jurisprudenciales que hemos relatado a lo largo del trabajo. Justamente ahí es donde aparecía la línea divisoria entre una y otra postura.

b) Algo parecido hemos de concluir en relación con la simulación parcial, tema central de nuestro estudio. Salvo la alusión al *ius ad vitae communionem* y la eliminación del impreciso término «omne», el c. 1086 § 2 permanece inalte-

rado. Con lo cual, el contenido concreto del *bonum prolis* por lo que respecta a la simulación parcial, sigue siendo el *jus ad actum conjugalem*. De donde se deduce que, de entrar en vigor el proyecto así redactado, los jueces eclesiásticos deberán seguir buscando en otros cánones la fundamentación que precisan para declarar nulo un matrimonio por simulación parcial, cuando tal simulación no se resuelve en la exclusión del *ius ad actum conjugalem*. Es decir, seguirán vigentes las dificultades interpretativas y seguirá en pie la polémica en el nivel doctrinal y en el nivel jurisprudencial.

Releyendo el esquema, no parece sino que ha sido elaborado por un grupo de técnicos alineados en una y otra postura, y que el resultado final viene a ser una especie de compromiso pactado: se acepta a favor de unos que el matrimonio es algo más que el *jus in corpus*, y que, consecuentemente, su ordenación intrínseca va más allá del acto conyugal, y se transige, a favor de otros, en que sea el acto conyugal el único determinante del *bonum prolis*. Es esta una impresión subjetiva que posiblemente no responde a la realidad. Pero el tenor literal de los textos no creemos que satisfaga las ansiadas reformas, ni cubra las lagunas que la jurisprudencia y la doctrina habían advertido en la legislación vigente.

No queremos terminar estas reflexiones, sin hacer mención de un canon del proyecto o esquema al que con bastante probabilidad se verían forzados a acudir los jueces eclesiásticos. Nos referimos al párrafo 4.º del canon que regula el impedimento de mixta religión. En él se alude a unos *finis* y propiedades esenciales del matrimo-

(83) Opinamos, asimismo, que la expresión «quo conjuges fiunt una caro» es equívoca, puesto que se hace depender el concepto de «una caro» de la unión física producida por el acto conyugal. Quizás pueda pensarse en una reminiscencia de aquella tesis medieval ya superada, propugnada por la Escuela de Bolonia, según la cual el matrimonio comienza a ser tal desde el primer

acto conyugal, desde la consumación. Todo depende, naturalmente, de qué se entiende por «una caro». Cfr. T. RINCÓN, *El matrimonio Misterio y Signo - siglos IX-XIII* (Pamplona 1971), pp. 176 y ss., 214 y ss.; J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, III, *Derecho matrimonial* (Pamplona 1973), pp. 23-31.

nio «a neutro contrahente *excludendis*». A las propiedades ya se ha referido el proyecto con anterioridad; también se referirá más adelante a la exclusión de dichas propiedades. Pero nada de esto ocurre con los fines. De donde, no sería de extra-

ñar que se diera la curiosa situación de que el juez eclesiástico fundamentara una simulación parcial o exclusión del *bonum prolis* en una norma legal dada para regular el impedimento de mixta religión.