



# LA SIMULACION PARCIAL EN EL MATRIMONIO CANONICO

VICTOR REINA

## SUMARIO

- I. La llamada simulación parcial: Exclusión de los elementos esenciales del matrimonio.
- II. Existencia y contenido de la intención excluyente.
  1. El «acto positivo de voluntad» en la simulación parcial.
  2. Intención de no obligarse e intención de no cumplir.
- III. Los tres tipos de simulación parcial.
- IV. Exclusión de la prole.
  1. Derecho a la prole y derecho a los actos conyugales.  
Relación entre los cc. 1013, 1 y 1086, 2.
  2. La terminología del Código y su interpretación.
  3. La perpetuidad del derecho a los actos conyugales.
  4. Las exclusiones temporales de la prole. Interpretación del término legal «*todo* derecho» («*omne ius*»).
- V. Exclusión de la unidad.
- VI. Exclusión de la indisolubilidad.
  1. Exclusión de la indisolubilidad del vínculo.
  2. Error acerca de la indisolubilidad y exclusión de la misma.
  3. Exclusión de la perpetuidad de la comunidad de vida.
  4. Referencia jurisprudencial al divorcio civil.

**I. LA LLAMADA SIMULACION PARCIAL:  
EXCLUSION DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL MATRIMONIO.**

Es sabido que cuando se oculta, bajo la apariencia de un negocio jurídico normal, un propósito negocial propio de otro tipo de negocio, estamos en presencia de la simulación relativa o *parcial*. Extremando la analogía, este término viene siendo utilizado para caracterizar unitariamente las segundas hipótesis del can. 1086, 2, o sea, aquellas en que uno u otro contrayente excluya positivamente uno de estos tres elementos: la prole, la unidad o la indisolubilidad; o dicho de manera agustiniana y tradicional, alguno de los «bienes» del matrimonio canónico.

Es claro que esta posibilidad de nulidad matrimonial, para la que tampoco es necesario el acuerdo simulatorio y que tanto se asemeja a la «reserva mental», nos introduce de lleno en algo sumamente característico del matrimonio canónico. Una explicación de su razón de ser como causa de nulidad podría bascular sobre los siguientes aspectos. *Primero*, que el matrimonio canónico es una institución muy neta y delineada, imposible de modificar en lo sustancial a gusto de los contrayentes, que cuando lo intentan ponen

por eso mismo ya fuera de su alcance al mencionado matrimonio. *Segundo*, que un consentimiento matrimonial de esta naturaleza no surge gratuita y espontáneamente, sino que se basa en hechos ciertos y en representaciones intelectuales concretas, teniendo así un proceso de formación psicológico e interno, en el que siempre es posible investigar su adecuación *sustancial* con el esquema legal. *Tercero*, que precisamente por tratarse del matrimonio cristiano, lo internamente y de verdad querido (aunque no sea «cristiano») prevalece sobre lo externamente manifestado a la hora de contraer.

Precisamente este elemento *intelectual*, en cuanto que da lugar a una precisa *voluntad* matrimonial (porque si se quedara sólo en el terreno intelectual o de los principios no alcanzaría el nivel de la simulación), ha servido a Giacchi para una explicación central de la simulación parcial, que ha hecho fortuna. Según dicho autor, los elementos *comunes* de las tres hipótesis que integran la simulación parcial (de las tres «intenciones contra los bienes del matrimonio») se reconducen a esto: el sujeto quiere el matrimonio, pero al mismo tiempo quiere excluir uno de estos tres elementos o «bienes», es decir, quiere ce-

lebrar un matrimonio reduciéndolo a un esquema diverso al que propone la Iglesia. En consecuencia, el ordenamiento jurídico no puede reconocer en esa voluntad ninguna correspondencia con la voluntad normativa propia del ordenamiento, y de ahí que no pueda conceder el efecto de producir un vínculo matrimonial a una voluntad tan diversa a la requerida por él mismo.

La anterior es una explicación sagaz y coherente, que por eso mismo debe ser entendida en su verdadero alcance. En primer lugar, se trata obviamente de una explicación «a posteriori», es decir, un intento válido de afrontar explicativamente el tema de la simulación parcial tal como se recoge en el Código. Huelga decir que dicha normativa, como todas, es también un producto «histórico», el resultado de una evolución legislativa en la que entran por igual unos determinados datos doctrinales (los fundamentos *éticos* o *morales* del matrimonio cristiano, lo que se considera como sustancia del matrimonio, etc.) y la aplicación que de ellos se ha hecho a lo largo de la historia en función de voluntades matrimoniales que *fingen* aceptar lo que, en realidad, excluyen.

En segundo lugar, no debe pensarse que la presencia de un *elemento intelectual* tenga que darse en todos los supuestos reales de simulación parcial, que en todo caso son hipótesis que se oponen al consentimiento no por insuficiencia de intelección (no «ex parte intellectus»), sino por insuficiencia de voluntad («ex parte voluntatis»). Ese elemento intelectual se dará, y será importante incluso como «causa simulandi», en quien efectivamente tenga una idea del matrimonio, traducida en una voluntad de contraer, que sea

incompatible con la que *sustancialmente* ofrece el ordenamiento canónico. Pero, en otros muchos casos, no es que el contrayente tenga una *idea* distinta del matrimonio que le lleve a querer celebrar un negocio reducido a un esquema diverso al que propone la Iglesia, sino simplemente —como decían los clásicos, Gasparri entre ellos— que mientras tiene intención de contraer matrimonio, no está dispuesto a aceptar las obligaciones que se derivan de sus «bienes» o elementos esenciales. A eso es, si no nos equivocamos, a lo que Giacchi llama «querer celebrar un matrimonio reduciéndolo a un esquema diverso al que propone la Iglesia».

En otras palabras, los supuestos de simulación parcial denotan en el contrayente una pretensión *contradictoria* o *imposible*. Por eso, se comprende que Gasparri explicara estas hipótesis poniéndolas en relación con el consentimiento, y diciendo que si —a tenor del can. 1081, 2— el consentimiento es un *acto de voluntad* con un determinado *contenido*, cuando en un caso concreto el contrayente afirma que quiere el matrimonio, mientras que por otra parte excluye este *acto de voluntad* al excluir su contenido, en realidad está excluyendo el consentimiento, vale decir, está vaciando de contenido el consentimiento que presta.

## II. EXISTENCIA Y CONTENIDO DE LA INTENCION EXCLUYENTE.

### 1. El «acto positivo de voluntad» en la simulación parcial.

En el difícil terreno de las intenciones o reservas mentales, en que generalmente se

mueven las hipótesis de simulación parcial, es comprensible que haya preocupado a la doctrina y a la jurisprudencia tanto la *existencia real* de esa intención contraria a alguno de los elementos esenciales del matrimonio canónico, como el *contenido preciso* de esa intención.

El primer problema —existencia— enlaza con cuanto se pueda decir a propósito del *acto positivo de voluntad*, mencionado por el can. 1086, 2 no sólo para la simulación total sino también para la parcial. El segundo —contenido— aborda el tema de la distinción entre intención o propósito de *no obligarse* e intención de *no cumplir*, que no infrecuentemente se ha confundido con que la exclusión, para que invalide el matrimonio, ha de referirse a esos *derechos* fundamentales que se derivan del pacto conyugal, pero no al *uso* o *ejercicio* posterior de esos derechos.

Con respecto al «acto positivo de voluntad» en relación con la simulación parcial, debe darse aquí por reproducido cuanto la mejor doctrina ha dicho a propósito del mismo en la simulación total. Su presencia en el can. 1086, 2 —que algún autor ha entendido como sustitutiva del término «simulación»—, denota la necesidad de que la intención contraria a alguno de los «bienes» del matrimonio no quede en un vago y simple propósito («intentio simplex»), o en una voluntad interpretativa, como consecuencia no querida, por ejemplo, de un simple error o distinta concepción acerca de la naturaleza de alguno de esos elementos esenciales. En este sentido, el «acto positivo de voluntad» indica que esa *intención contraria* de verdad influyó en el consentimiento prestado, porque no se puede olvidar que al acto de volun-

tad se le califica en el Código de *positivo* no sólo para contraponerlo al meramente negativo, que sería la falta de tendencia o de inclinación hacia un determinado objeto, sino para indicar su concreción y eficacia, pues *positivo*, como observara acertadamente Graziani, equivale a que *se pone*.

Hay que sostener, por tanto, matizando cuanto ha escrito Hervada a propósito del mismo tema en la simulación total, que *existe* intención contraria a uno de esos elementos sustanciales cuando la misma se encuentra realmente incorporada en la formación de la voluntad matrimonial, que precisamente por eso, al manifestarse o emitirse, resulta *excluyente* de uno de los mencionados elementos o «bienes». Y hay que advertir que la exageración aquí ha procedido del equívoco casuístico y escolástico —explicable en las fuentes históricas, que convertían en *frases* los supuestos de intenciones retenidas mentalmente— de creer que, cuando se presta el consentimiento, se verifica una operación perfectamente controlada y sistemática, en virtud de la cual el contrayente tuviera que decir con toda claridad, aunque sea internamente: «esto sí (el matrimonio), pero esto otro no (el «bien» en cuestión)». Ese será, sin duda, el resultado o *interpretación* procesal de una determinada voluntad matrimonial para estimarla *excluyente* de uno de los mencionados elementos. Pero, para eso, no es preciso que, en el momento de contraer, deba *formularse internamente* un *acto paralelo* al consentimiento excluyendo algo esencial al matrimonio, sino que basta, repetimos, la efectiva integración, en la «voluntas contrahendi», de una *intención contraria* a alguno de los citados «bienes».

## 2. Intención de no obligarse e intención de no cumplir.

¿Cuál debe ser el *contenido* de esa intención contraria para que haga nulo el matrimonio? Era el segundo problema que apuntábamos al principio de este epígrafe, y que tradicionalmente se viene resolviendo distinguiendo entre la intención de *no obligarse* (invalidante) y la intención de *no cumplir* las obligaciones asumidas (irrelevante). Esa distinción servía en el Derecho matrimonial clásico, entre otras cosas, para coordinar con la validez del matrimonio los posibles propósitos fornicarios, adulterinos, abortivos, etc., de alguno de los contrayentes. Se entendía que la *intención* de contraer y de obligarse a lo que comporta el matrimonio podía compaginarse *jurídicamente* —en virtud de la distinción entre *moral* y *derecho*— con el firme propósito de violar en el futuro las obligaciones asumidas, ya que la intención de obligarse es la que constituye el consentimiento, y ella basta para la validez del contrato.

Sobre estas bases, que en principio siguen considerándose válidas, surgía la complicación de que la intención de *no cumplir* afectase verdaderamente al *pacto conyugal*, entrase en el mismo contrato. Y cuando la doctrina debería haber explicado y matizado esta posibilidad —cosa que hicieron algunos—, he aquí que cundió, como solución infalible en tema tan delicado, la distinción entre el *derecho* y su *ejercicio* (o el *derecho radical* y el *derecho expedito*, según otra terminología). En efecto, partiendo de que una cosa es el derecho y otra su ejercicio —evidente—, se extendió la idea de que solamente invalidaba el matrimonio la exclusión del

*primero* (*derecho* a la prole, *derecho* a la unidad o a la fidelidad), pero no la *exclusión* del *ejercicio* de esos derechos. Y únicamente, por razones obvias, se continuó sustrayendo de este esquema la *exclusión de la indisolubilidad*, puesto que, como ya había expresado Tomás de Aquino, respecto a la indisolubilidad no sabe distinguir entre intención de no obligarse o de no cumplir (ni de derecho y ejercicio), ya que quien, al contraer, abriga el propósito de una futura disolución del vínculo (divorcio), por eso mismo está ya negando a la otra parte el derecho al vínculo *perpetuo* o indisolubilidad del matrimonio.

En vista de lo cual, y aun cuando la polémica en torno a la inutilidad de la distinción entre el derecho y su ejercicio —de la que en años atrás hiciera abundante uso la jurisprudencia rotal— quedó ya sustanciada en lo fundamental, no estará de más resumir aquí sus principales conclusiones: 1) Por supuesto, una cosa es el derecho a la prole o a la fidelidad y otra el ejercicio de esos derechos; 2) Pero esta distinción no tiene cabida en el pacto conyugal ni, por tanto, en el consentimiento. Y la razón es que, como viene siendo doctrina común desde Tomás de Aquino, la prole y la fidelidad no pueden estar en el consentimiento más que radical y fundamentalmente («in suis principiis»), y por eso en vez de la prole lo que se requiere en el consentimiento es la *intención* de la prole, y en vez de la fidelidad la *intención* de guardarla, ya que uno y otro «bien» concreto se causan en el matrimonio precisamente en virtud del pacto, de modo que si se expresara en el consentimiento algo contrario a esos «bienes», no habría matrimonio; 3) Cuando en el consentimiento se excluye o

limita el *ejercicio* de uno de esos derechos, lo que se está excluyendo o limitando es el derecho mismo. Y la razón es que no tiene sentido decir que, mediante el pacto conyugal, se concede un derecho, al que corresponde una obligación, cuando al mismo tiempo se deniega la *facultad* de ejercitarlo.

Queda en pie, por consiguiente, que el simple propósito de no cumplir las obligaciones *realmente* asumidas cae fuera de la simulación parcial. Pero incluso eso ha de entenderse con sumo cuidado, pues según señalara Graziani, no es fácil explicar cómo puede operarse en el momento genético de la obligación, y sin consecuencias destructivas para el negocio, esa disociación entre la obligación y su objeto (la prestación), entre el objeto de la obligación y sus dos notas esenciales. Y es que la mencionada distinción, convertida en un verdadero dogma cuando en realidad supone una línea de cobertura pragmática de origen claramente procesal, aunque pueda encontrar alguna correlación en la formación de la voluntad matrimonial, no traduce ni mucho menos la generalidad de los casos, y más bien tendría que cambiar de signo: cuando aparece en el pacto conyugal, la presunción debería estar por la exclusión del elemento esencial, de la obligación.

De ahí que, en cada caso concreto, se haga preciso interpretar el contenido de la voluntad matrimonial, y su proceso formativo, para discernir si estamos en presencia de la intención de no obligarse o de la de no cumplir. Al respecto cabe decir que la jurisprudencia rotal, ante la innegable dificultad procesal del tema, y aparte de exigir siempre una «causa simulandi», viene utilizando criterios presuntivos de muy distinto valor, cuyo

principal riesgo radica en que se tomen apodícticamente, porque algunos de ellos pueden ser tremendamente ambivalentes y equívocos.

Entre esas *presunciones procesales* cabe citar la confesión del simulante, el pacto o acuerdo simulatorio, la actitud matrimonial constante de los cónyuges, etc. Se podría decir, en términos generales, que cuando esté presente en el consentimiento el *firme propósito* de no atenerse a las obligaciones conyugales, ello es sin duda un *indicio* de que dicho propósito ha entrado en el pacto conyugal, que es precisamente el origen de esos derechos y obligaciones.

### III. LOS TRES TIPOS DE SIMULACION PARCIAL.

Como ya sabemos, bajo la denominación unitaria de simulación parcial se encuadran tres hipótesis diferentes, de las cuales hemos expuesto ya sus características comunes. Corresponde ahora un tratamiento singular de cada una de esas tres hipótesis, que constituyen otros tantos *tipos* de simulación parcial, y que en el can. 1086 vienen clasificadas conforme al objeto específico de la exclusión, siempre según el esquema agustiniano y clásico de los «bienes» del matrimonio.

En concreto, he aquí los *tres tipos* indicados: 1) Exclusión de «todo derecho al acto conyugal», expresión legal con la que se alude a la exclusión del llamado «bien de la prole» («intentio contra bonum prolis»); 2) Exclusión de la fidelidad («intentio contra bonum fidei»); 3) Exclusión de la indisolubilidad («intentio contra bonum sacramenti»).

Cabría preguntarse —y suele hacerse— por qué no se acoge aquí la intención contra la *dignidad* sacramental. La razón que suele darse es que, según el can. 1012, 1, la *dignidad* o *carácter* sacramental no es un elemento del matrimonio, de modo que el sujeto no puede separarla (aunque quiera) del contrato o pacto natural, como ocurre con las propiedades enunciadas. De ahí —se añade— que la *dignidad* sacramental sea recordada en el can. 1084 —en tema de error, es decir, de intelección— para declarar dicho error irrelevante, mientras que la simulación —exclusión de elemento esencial— se mueve no en el terreno del intelecto, sino de la voluntad.

#### IV. EXCLUSIÓN DE LA PROLE.

Según el can. 1086, 2, este primer tipo de simulación parcial tiene lugar cuando, de la manera que dijimos, se excluye «todo derecho al acto conyugal». Pero esta expresión legal, sobre cuyo mayor o menor acierto disputan los autores, encierra en su aparente sencillez un sinnúmero de problemas prácticos, que hacen de su interpretación un asunto complicado y controvertido. Tanto, que uno no sabe qué admirar más, si la ambigüedad de la expresión, apta para encuadrar desde el punto de vista del consentimiento una problemática tan amplia como la relativa al llamado fin primario del matrimonio, o la simplificación legal que supondría ante la magnitud del problema y la posible interferencia de planos éticos y jurídicos, haber reducido toda la ordenación a la prole, desde el punto de vista jurídico, a unas prestaciones insustituibles mecánicamente consideradas.

En esquema, los serios y controvertidos problemas de interpretación que plantea la mencionada fórmula legal se centran en torno a las siguientes preguntas: 1) Desde el punto de vista de su exclusión, ¿todo el contenido del «bien de la prole» —fin primario— se agota en la expresión «todo derecho al acto conyugal»? 2) ¿Son sinónimas las expresiones legales «derecho al cuerpo perpetuo y exclusivo» y «todo derecho al acto conyugal»? 3) ¿Con el término *todo* («omne») se indican solamente las exclusiones *perpetuas* o también las temporales? El *primer* problema no es otro que el de las relaciones entre los cc. 1013, 1 y 1086, 2; el *segundo*, el de las relaciones entre los cc. 1081, 2 y 1086, 2; y el *tercero*, el de la interpretación del término *todo* («omne»).

La cuestión es cualquier cosa menos teórica, pues de la postura que se adopte ante estos problemas puede depender la validez del matrimonio en cualquiera de los siguientes casos: 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.

**1. Derecho a la prole y derecho a los actos conyugales. Relación entre los cc. 1013, 1 y 1086, 3.**

No hay posibilidad de eludir este tema, al que le han dedicado densas páginas los me-

jores tratadistas contemporáneos, y al que también ha aludido con alguna frecuencia la jurisprudencia rotal. Ante la imposibilidad —y acaso la inutilidad— de una exposición pormenorizada y exhaustiva, permítase recoger tres posturas doctrinales que pueden servir para reflejar la dispersión de posiciones y, al mismo tiempo, ayuden a centrar el problema. Porque el tema —si se permite adelantarlo— gira en torno a si este primer tipo de simulación parcial tiene por objeto la *exclusión de la prole* (más exactamente, la exclusión de la *ordenación a la prole del matrimonio*), o sólo la *exclusión de los actos conyugales aptos para la generación* (es decir, la exclusión a la prole de los *actos conyugales*).

Para Giacchi, y naturalmente en esquema, todo el contenido teológico y axiológico del can. 1013, 1 sólo tiene relevancia jurídica a través de la fórmula del can. 1086, 2. En consecuencia, la intención contra el «bien de la prole» se da solamente cuando se excluye «todo derecho al acto conyugal», considerando esta última expresión en su sentido más literal y neto. Todo lo que no sea eso, son problemas morales, no jurídicos.

A cualquier jurista habituado a relacionar preceptos positivos, la postura de Giacchi ha de parecerle tremendamente lógica, si es que las expresiones codiciales «acto conyugal» y «acto *per se* apto para la generación» quieren decir algo de modo inmediato. Las reservas aquí proceden de la tremenda amputación que dicha postura opera en la naturaleza *jurídica* del matrimonio como institución delineada en el Código. En otras palabras, ¿cómo se puede pensar que, para el legislador canónico, sólo excluya el fin primario del matrimonio quien excluye el *acto conyugal*,

o lo hace en sí mismo *inidóneo* para la generación? Si así fuera, es evidente que el legislador canónico habría proporcionado aquí un ejemplo típico y máximo de *formalismo* jurídico, cosa que en principio se debe suponer extraña a este ordenamiento, cualesquiera que hayan sido las deficiencias de la Codificación, e incluso aunque estuviésemos en presencia de una de ellas.

Quizá para superar lo anterior, Fedele ha intentado una profundización en el sentido de las indicadas expresiones legales. Para él, mientras la capacidad sexual se agota en un *hacer* («*facere*»), la voluntad matrimonial exige también un *no hacer* («*non facere*»), en el sentido que el débito conyugal comporta, además de una obligación positiva «en orden a los actos de suyo generativos», una obligación negativa cuyo objeto consiste en *non facere*, es decir, en abstenerse de impedir que aquellos actos sean idóneos para la generación. De esa manera, desde el punto de vista de su exclusión, además de la relativa a los actos conyugales propiamente dichos, tendrá relevancia jurídica también y sólo la exclusión que se refiere al *proceso generativo* (la llamada «*actio naturae*»). Por eso, quien tenga esta voluntad de impedir que la «*actio naturae*» cumpla su ciclo, en realidad no «entrega y acepta el derecho al cuerpo en orden a los actos de suyo generativos», porque no se puede decir que asuma la obligación de *hacer* quien no asuma a un tiempo la obligación de *no hacer* respecto a los mismos actos, es decir, de abstenerse de convertirlos en no idóneos para la generación.

El esfuerzo de interpretación es notable, y el argumento sin duda sugestivo. Sin prurito crítico alguno, con dos objeciones im-

portantes tropieza el razonamiento. *Una*, que si las palabras significan algo, parece difícil demostrar que el acto conyugal deje de ser *idóneo, de suyo* apto para la generación, cuando se interrumpe voluntariamente el proceso generativo. *Otra*, que no se ve por qué esa *obligación negativa* («non facere») haya de reducirse al *proceso generativo* y concluir con él. ¿Es que acaso, una vez concluido éste, no vale el mismo razonamiento para la exclusión de la prole mediante actividades contrarias una vez nacida ésta?

De este orden de ideas se ha destacado netamente Hervada, dándole un vuelco a la cuestión que indudablemente enlaza con la mejor tradición teológica del matrimonio canónico. En su opinión, si el fin de la generación ordena toda la realidad social del matrimonio, ordena asimismo toda la realidad jurídica. De ahí que no sólo el «derecho al cuerpo» («*ius in corpus*») esté ordenado a la generación, sino también todos los restantes derechos y obligaciones conyugales. El matrimonio no es exclusivamente una sociedad para realizar la cópula conyugal («*societas ad coeundum*»). Desde el punto de vista jurídico, el matrimonio no puede concebirse ni como una «obligación para la procreación *eficaz*» ni como una mera «*societas ad coeundum*», sino como una «sociedad para la cópula en función de la generación». Al mismo tiempo, la generación efectiva, por especificar a la institución en último grado, tiene razón de primer principio y, por ello, informa toda la estructura matrimonial, tanto al «*ius in corpus*» como a los restantes derechos conyugales.

A mi modo de ver, la anterior explicación tiene el mérito de atreverse a integrar, sin

dicotomías ni fáciles subterfugios «juridicistas», la entera concepción del matrimonio canónico, tantas veces minimizada por los mismos autores que afirman apoyarse en la doctrina católica tradicional. No se le puede negar a Hervada el haberse tomado muy en serio dicha doctrina, llegando así a conclusiones que incluso pueden parecer «exageradas» si se comparan con aquellas otras, a veces refrendadas por la jurisprudencia rotal, cuya máxima preocupación es la custodia de la «estabilidad de vínculo aparente». Es decir, no se puede afirmar dogmática y magisterialmente que el matrimonio canónico es *básicamente* una cosa, y después considerar que, desde el punto de vista jurídico, es irrelevante la exclusión de eso que se considera básico.

En resumen, mientras para unos el tipo de simulación parcial de que venimos hablando tiene por objeto sólo la exclusión de los *actos conyugales aptos* para la generación, para Hervada se trataría —si interpreto bien su concepción de los fines del matrimonio— de una *exclusión de la ordenación del matrimonio a la prole*, de una exclusión del fin primario en suma.

En realidad, esta última conclusión está en la línea más tradicional, y no en vano con rara y quizá no advertida unanimidad la doctrina y la jurisprudencia vienen refiriéndose a este tipo de simulación con la expresión «exclusión del *bonum prolis*» o exclusión de la prole, ya de por sí suficientemente amplia, y que comprende no sólo la que se lleva a cabo excluyendo o desvirtuando los actos conyugales o el proceso generativo, sino también impidiendo de antemano que esos actos puedan llegar a ser generativos (esterilización

precedente), o excluyendo las consecuencias reales de esos actos (no recepción de la prole). Y todo ello, entiéndase bien, en cuanto *presente* en el consentimiento, pues ya se dijo —y es afirmación del más alto valor doctrinal para el Derecho matrimonial canónico— que la «intencio prolis» es *esencialísima* en el matrimonio, hasta el punto que si se expresa en el consentimiento *algo* contrario a la prole efectiva, algo que *no cause* el derecho a que *todo* se ordene a la prole, no hay verdadero matrimonio.

Establecida, pues, la *autonomía* entre ambos supuestos —«*ius ad prolem*» y «*ius in corpus*»—, se debe advertir a renglón seguido que no hay acuerdo doctrinal sobre la misma, como se puso de relieve a propósito de una célebre y discutida sentencia rotal Wynen de 27.II.1947. Dicha sentencia es una muestra palpable de las contradicciones que venimos apuntando, resueltas sin embargo aquí con eficacia. Por una parte, es consciente de que la intención contra la prole, *antecedente* y *definitiva*, actuada después del matrimonio mediante ciertas operaciones antifecundativas que frustran sistemáticamente los efectos de la cópula, vicia sustancialmente el consentimiento matrimonial. En cambio, no queriendo apartarse de la fórmula literal del can. 1086, 2, se ve obligada a argumentar la nulidad sosteniendo que, bien miradas las cosas, tal intención y tales maquinaciones suponen que el sujeto no quiso entregar ni entregó el «derecho al cuerpo», es decir, apoyando la llamada *inmediatez* entre «*ius ad prolem*» y «*ius in corpus*».

En resumen, ¿hay posibilidad de encontrar en los preceptos del Código argumentos para obviar la simplificación y amputación

que supondría decir que, desde el punto de vista de la *intención contraria*, la *prole* sólo se puede excluir rehusando o desvirtuando los *actos conyugales generativos*? Porque, reducido a términos de exégesis legal, el problema no es otro que el de una interpretación *sistemática* e *histórica* —no meramente *literal*— de la expresión «todo derecho al acto conyugal» del can. 1086, 2.

## 2. La terminología del Código y su interpretación.

El derecho de las Decretales, más casuístico y menos abstracto que el de la Codificación, recogía esta materia en torno a la cláusula «con tal que evitemos los hijos» («*dummodo vitemus filios*»), que junto con las cláusulas «mientras encuentre otra más noble y más rica» (contra la indisolubilidad) y «con tal que consientas en el adulterio» (contra la fidelidad), constituían las tres versiones *indicativas* clásicas de lo que hoy conocemos como *tres tipos* de simulación parcial (can. 1086, 2) y como *condiciones* contra la sustancia del matrimonio (can. 1092, 2.º). Consiguientemente, el contenido de dichas cláusulas tanto podía valer para la «intencio» como para la «conditio», una predominantemente *interna* y otra *externa*, una más bien encuadrada en lo que hoy llamaríamos *reserva mental* y la otra en un figura a veces equidistante entre la *condición* y el *modo*, constituyendo el juego entre intención y condición, no siembre nítido, buena parte de las elucubraciones y del casuismo de los decretalistas.

Puesto a reordenar esta compleja materia, el Código lo hizo en tres preceptos fundamentales, de corte evidentemente abstracto. El primero de ellos —el can. 1081, 2—, de

carácter general e introductorio, que siempre ha de recordarse en esta sede por cuanto describe el *contenido* del consentimiento. A él siguieron otros dos preceptos específicos, *uno* el que aquí consideramos ahora —can. 1086, 2—, y *otro* el can. 1092, 2.º, que incluyó la «conditio» contra la prole —junto a las condiciones contra los otros dos «bienes»— en la terminología más amplia de las condiciones «contra la sustancia del matrimonio». Pero mientras para las *condiciones* empleó esta última expresión, que abarca a los tres «bienes», para las *intenciones* utilizó los términos *propiedades esenciales* (unidad e indisolubilidad) y *todo derecho al acto conyugal* (prole).

Lo anterior era bien sabido por Gasparri, como lo demostró en la edición post-codicial de su «tratado». Para él, *intención* y *condición* se referían prácticamente a los mismos supuestos, a las mismas cláusulas decretalísticas, unas *interna* y otras *externamente* puestas. En las hipótesis de *intenciones* contra la prole (abusar del matrimonio, aborto, etc.) se pronunciaba ciertamente por la validez del matrimonio, pero era porque previamente incluía estos supuestos dentro de la *intención de no cumplir*, no porque carecieran de entidad para oponerse al «bonum prolis», ni porque no pudieran incluirse estos supuestos de hecho en el *primer tipo* de intención contraria de que habla el can. 1086, 2. Dudaba, en cambio, siempre en un terreno práctico, a propósito de la *esterilización precedente*, acogiéndose por eso en tales casos al «favor matrimonii», porque de lo contrario el culpable de la esterilización ya irreversible *nunca* podría prestar consentimiento, lo cual le parecía absurdo. Pero también admitía en dicha conducta un *grave indicio* contra la debida *inten-*

*ción* matrimonial en el sujeto culpable. Así que, en la práctica, aconsejaba que en tales casos se recurriese a la Santa Sede, fórmula habitual que habla por sí misma.

Respecto a esos mismos supuestos convertidos en condiciones (la «conditio contra substantiam»), Gasparri los estudia agrupados en dos categorías: los que abarcan una materia *torpe* (aborto, onanismo, esterilización, etc.) y los que tienen por objeto una materia *honestas* (pacto de castidad). Trasluciendo una indudable preocupación por la «estabilidad del vínculo», va resolviendo «ad casum» las primeras con desigual fortuna, ya sea acudiendo a la distinción entre *condición* y *modo*, ya estableciendo *presunciones* más o menos discutibles. Para salvar la validez del negocio en las segundas, acude a la moderna distinción entre *derecho* y *ejercicio* —de la que no se había servido hasta ahora—, que es lo único que en su mente puede servir para seguir considerando como verdaderos matrimonios ciertos ejemplos históricos y piadosos.

En síntesis, para Gasparri, perfecto conocedor de cuanto intentara el Código, la *materia* o supuestos contrarios a los «bienes» matrimoniales a que se refiere el can. 1086, 2 es la misma a que alude el can. 1092, 2.º, en el primer caso entendida como *intenciones* y en el segundo como *condiciones*, en el primer caso con las expresiones «todo derecho al acto conyugal» y «propiedades esenciales», en el segundo con la locución «contra la sustancia del matrimonio».

Por lo que se refiere a la prole, buena parte de la doctrina moderna, y no sólo la exegética, prescindiendo de cuestiones histó-

ricas, cuando en realidad son criterios de interpretación (can. 6), se fijó en la expresión *literal* del can. 1086, 2, y difundió la conclusión de que sólo excluyendo *todo derecho al acto conyugal* se podía excluir la prole, mientras que la jurisprudencia, aunque a veces entendiera la misma cosa, continuó hablando de exclusión del «*bonum prolis*».

Así las cosas, parece que la disyuntiva es clara: o la expresión «todo derecho al acto conyugal» alude a los mismos supuestos contra la prole incluidos en la terminología más amplia del can. 1092, 2.º —«contra la sustancia del matrimonio»—, y por tanto se trata sólo de una divergencia literal, o no hay razón alguna que justifique que el Código haya considerado sólo unas hipótesis a nivel *intención* (can. 1086, 2) y otras mucho más amplias a nivel *condición* (can. 1092, 2.º). La segunda interpretación, aparte otras consideraciones de fondo, supondría una innovación del Derecho *histórico*, que no puede admitirse conociendo la naturaleza de la Codificación.

Ante semejante evidencia, y después de múltiples equívocos y contradicciones terminológicas, la razón aducida «*in extremis*» por algunos (Giacchi, Mans) para justificar que la *intención* contra la prole deba tener por objeto una materia más reducida que la *condición*, sería en definitiva ésta: que en la *intentio* sólo está formalmente lo que en la *conditio* se toma *materialmente*. Pero confieso no entender el alcance del argumento, pues a lo sumo alude a la distinta manera de integrarse *intentio* y *conditio* en el consentimiento, pero no a que un mismo *hecho* (contrario a la ordenación del matrimonio a la prole) pueda ser considerado de manera distinta según se configure como *intentio* o co-

mo *conditio*, ya que en cuanto *contrario a la prole* no hay diferencia alguna. Piénsese además que, en el caso de la *conditio*, ese hecho contrario a la prole, una vez *puesto* y no *revocado*, hace ya nulo el matrimonio, sin necesidad de que tenga que verificarse *materialmente* el hecho objeto de la condición, pues lo que quiere decir el can. 1092, 2.º es que *ese* consentimiento condicionado no es *el* consentimiento matrimonial.

En resumen, de lo dicho se deduce que no quedan más que estas tres posibilidades: 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 «*iure 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 can. 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 (sentencias De Jorio de 22.VII.1964, 18.XII.1964; 19.II.1966); 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.

### 3. La perpetuidad del derecho a los actos conyugales. Relación entre los cc. 1081, 2 y 1086, 2.

Dejamos también apuntado que otro de los grandes problemas de sistematización e

interpretación que plantea la redacción del can. 1086, 2 es el de su coordinación con el can. 1081, 2. Ello equivale a estudiar la relación que pueda existir entre la perpetuidad que el can. 1081, 2 asigna como nota esencial al «*ius in corpus*» y ese «todo derecho al acto conyugal» de que habla el can. 1086. En otras palabras, ¿es efectivamente el «derecho al acto conyugal» un derecho ilimitado, en el sentido de *ininterrumpido*?, ¿pertenece la *ininterrupción* a la perpetuidad?, ¿qué relación tiene con el tema de la *limitación* del «*ius in corpus*» la exclusión de que habla en can. 1086, 2?

La doctrina tradicional venía entendiendo que excluye *todo derecho* al acto conyugal quien excluya la *perpetuidad* de ese derecho. Así, Mans sostiene que la perpetuidad no puede conciliarse con la supresión, interrupción o resolución del derecho que se dice *perpetuo*. La sentencia rotal Wynen de 1947 afirmaba que el consentimiento matrimonial consiste en la mutua entrega no de *cualquier derecho* sobre el propio cuerpo, sino de *todo derecho*. Y, en fin, una sentencia del Vicariato de Roma de 9.II.1949 afirmaba que *todo derecho* se entiende en el sentido de *perpetuo*, no limitado a un cierto o incierto tiempo.

Pero era evidente que en las anteriores posturas latía una inadvertida asimilación de la temática presente en el «todo derecho» («*omne ius*») con la típica de la *indisolubilidad* («*bonum sacramenti*»). Además, si *ilimitación* y «todo derecho» fueran expresiones idénticas, entonces habría que decir que la exclusión de «todo derecho» equivalía a la exclusión de la *perpetuidad*, con lo que sobraba la referencia explícita que el can. 1086, 2

hace de esa propiedad llamada *indisolubilidad* del *vínculo*, que aquí parece asimilarse a la perpetuidad del *derecho a los actos conyugales*.

Sin duda por eso, la doctrina italiana (Fedele, Graziani) propuso posteriormente reservar el término *perpetuidad* para la temática del «*bonum sacramenti*» (*indisolubilidad*), y rechazar la *ilimitación* del «derecho al cuerpo» en base a la locución «*todo derecho*» del can. 1086. Según eso, el derecho a los actos generativos tendría a un tiempo estas tres notas, cada una con una referencia a uno de los «bienes» matrimoniales: a) *perpetuo* («*bonum sacramenti*», *indisolubilidad*); b) *exclusivo* («*bonum fidei*», *fidelidad*); c) *ordenado a la prole* («*bonum prolis*»). A las dos primeras notas se referiría el can. 1086, 2 cuando habla de excluir las *propiedades esenciales*; a la tercera se referiría dicho canon cuando habla de excluir *todo derecho*.

Este esquema representaba, sin duda, un paso adelante en la clarificación y sistematización de esta materia. Pero aún quedaban cabos por atar. En nuestra opinión, estos se reducían a dos: 1) La persistencia de un equívoco usual en Derecho matrimonial canónico —salvo honrosas excepciones—, según el cual se ha confundido frecuentemente el «*ius in corpus*» con el *vínculo*, pues parece evidente que *indisoluble* es el *vínculo* y *perpetuo* el «*ius*». 2) El olvido, ya tratado en estas páginas, de que existen formas de excluir la prole que no pueden reconducirse a una exclusión de «todo derecho al acto conyugal». Por eso nos atrevimos a proponer, en el primer trabajo que publicamos, una tercera interpretación, que ahora resumimos.

Para comenzar, la interdependencia entre los elementos constitutivos del «*ius in corpus*» —de que hablara ya Graziani—, en virtud de la cual no se da derecho *exclusivo* que no sea *perpetuo*, ni derecho al acto conyugal que no sea al mismo tiempo *perpetuo* y *exclusivo*, puede hacer difícil distinguir perfectamente la exclusión del derecho al acto conyugal y la limitación temporal de éste. Pero debe advertirse que el término *perpetuidad* tiene dos acepciones: a) permanencia ininterrumpida; b) permanencia no intermitente. La primera ha de predicarse del *vínculo*, y corresponde a la temática del «*bonum sacramenti*» (indisolubilidad); la segunda es una característica del «*ius coniugale*», y forma parte de la temática del «*bonum prolis*».

De esa manera, ha de entenderse que cuando el can. 1086, 2 habla de excluir la propiedad esencial aquí conexas, se refiere a la exclusión de la insolubilidad —*vínculo*—, incluso si para ello se utilizan aquellas limitaciones del *ius* que indique una voluntad eficaz de intentar la disolución futura del *vínculo*. En cambio, hay que incluir también dentro del «*omne ius*» aquellos aspectos de la *perpetuidad* que tienden a evitar la ordenación a la prole de los actos conyugales.

A este planteamiento podría objetársele que no hay razón alguna para no extenderlo a la «*exclusivitas*» del «*ius*», con lo que tendríamos que también algunas exclusiones de la *unidad* —la otra propiedad esencial— serían abarcadas por el «*omne ius*». En efecto, pensamos que con el término «*exclusivum*» el can. 1081, 2 hace referencia a la *unidad* y por tanto también a esta propiedad en cuanto dificulta la ordenación a la prole de los actos conyugales (que es, por cierto, el funda-

mento de la misma según doctrina común). Pero negamos su relación con el «*omne ius*». Y la razón es que mientras hay supuestos de exclusión de la *perpetuidad* que nada tienen que ver con la disolución del *vínculo*, sino únicamente con la ordenación del matrimonio a la prole, aquellos otros, en cambio, que se oponen a la *unidad*, por eso mismo lesionan siempre la «*ordinatio ad prolem*». De donde no hay razón para que estos últimos sean considerados aparte. Y sí, en cambio, los primeros.

#### 4. Las exclusiones temporales. Interpretación del término «*todo*» («*omne ius*»).

Al emplear el Código la expresión «*todo derecho*», era natural que la interpretación doctrinal del precepto reparase en la singularidad del término «*omne*» (*todo*). Así que en torno al mismo se ha centrado el problema de si tienen aquí cabida solamente las exclusiones *perpetuas* del «*ius*», o también las *temporales*.

Buena parte de la doctrina (Fedele, Staffa, etc.) ha entendido que el Código sólo contempla como invalidantes las exclusiones *perpetuas*. Y razona su postura en base a los siguientes argumentos: 1) Que las exclusiones temporales pertenecen al tema de la insolubilidad («*bonum sacramenti*»); 2) Que el origen de la expresión codicial «*omne ius*» se encuentra en la causa «*Ulyssiponense*», que hablaba de que los cónyuges excluyeron «*todo derecho*» («*ogni diritto*») precisamente en un supuesto de exclusión *perpetua*; 3) Que es la única manera de evitar la redundancia del can. 1086, 2, que ya prevé las exclusiones temporales cuando habla de excluir la insolubilidad.

De esta interpretación se destacó parcialmente Bender, quien ciertamente estimaba que «todo derecho» se refería a las exclusiones perpetuas, pero añadiendo al mismo tiempo que, ante el silencio del canon respecto a las temporales, había que suplir tal laguna legislativa acudiendo a los criterios del Derecho natural, el cual postula la *ilimitación* del «ius».

Aparte que las fuentes históricas consideraban invalidantes las exclusiones temporales del «ius» —por ejemplo, las que tuvieran lugar en las «ferias sextas» o en el «tiempo de Cuaresma»—, nosotros creemos que el término «omne» es apto para cobijar no sólo las exclusiones perpetuas, sino también las temporales. Nos parece, en primer término, que en la interpretación del «omne» no hay que poner el acento sobre el *tiempo*, sino sobre *derecho*. En tal sentido, es claro que el término «omne» no debe ser equiparado a la *perpetuidad*. Entendemos, más bien, que la *exclusión de todo derecho* puede tener lugar de una de estas dos maneras: 1) Excluyendo *todo derecho* en *todo* tiempo (*exclusión perpetua*); 2) Excluyendo todo derecho *durante algún* tiempo (*exclusión temporal*). Y lo afirmamos, entre otras cosas, porque obviamente «omne» es un término *absoluto*, que no hace referencia al tiempo sino al derecho (facultad). De ahí que la expresión *todo derecho* alude a que la exclusión del «ius», para que sea invalidante, ha de ser *absoluta*, cualquiera que sea el tiempo sobre el que se proyecte.

A esta interpretación no se opone la causa «Ullyssiponense», origen histórico de la expresión, porque la verdadera cuestión es si la fórmula tomada de esa fuente no es

también apta para abarcar supuestos distintos a los que dieron origen a aquel proceso, pero no contradictorios con la expresión «omne ius». Ciertamente, allí la exclusión fue perpetua, ya que se trataba de un matrimonio celebrado para reparar el honor de la mujer y con el firme propósito por parte de ésta de ingresar inmediatamente en religión. Pero cuando, contra lo pactado, la mujer exigió el débito conyugal, la otra parte se negó, no porque el derecho hubiera sido excluido *a perpetuidad*, sino porque la parte que lo exigía no tenía ningún derecho (carecía de *todo* derecho) a él, que es cosa bien distinta.

## V. EXCLUSIÓN DE LA UNIDAD.

El segundo tipo de simulación parcial consagrado en el can. 1086, 2 lo constituye la exclusión de la propiedad esencial del matrimonio que se conoce con el nombre de *unidad*, recogida a su vez como tal propiedad esencial en el can. 1013, 2. Según eso, contrae inválidamente quien, de la forma que ya sabemos, excluya esa propiedad esencial que condensa el carácter *monógamo* del matrimonio. Y también, dado que a la *unidad* corresponde como obligación correlativa el *deber de fidelidad* entre los esposos, quien excluye dicha obligación, de modo que entregue un *derecho* no *exclusivo*, que es lógicamente una característica fundamental del «derecho conyugal» recogida en el can. 1081, 2, es decir, en la descripción del contenido del consentimiento.

El primer aspecto —exclusión de la propiedad en sí misma o *unidad*— reviste menos importancia práctica que el segundo—

exclusión del *correlato obligacional* o *fideli-  
dad*—. Y la razón es evidente, ya que es me-  
nos frecuente, al menos en sociedades «civili-  
zadas», contraer matrimonio con voluntad  
de incidir en *bigamia* —temática relativa a la  
unidad— que con voluntad de *adulterio* —te-  
mática específica de la fidelidad—. Pero qui-  
zá no sea supérflua la aclaración ya que, con  
frecuencia, no se distinguen bien ambos su-  
puestos y las características de los mismos.

En cuanto al primer supuesto —bigamia,  
poligamia, etc.—, se debe procurar, además,  
no confundirlo con hipótesis de exclusión de  
la *indisolubilidad*, ya que se trata del caso  
—rarísimo y casi escolástico en nuestros am-  
bientes— de quien pretenda contraer un ma-  
trimonio reservándose el derecho de contraer  
en el futuro otro matrimonio permaneciendo  
el primero. Ya se comprende que la hipóte-  
sis es muy rebuscada, pero se consigna por-  
que ni siquiera el que contrajese con el firme  
propósito de incurrir posteriormente en el  
delito civil de *bigamia* es seguro que haya  
querido excluir la *unidad*, sino que más bien  
habría que poner todo eso en relación con  
la posibilidad o menos de poder acudir al  
*divorcio*. De modo que, siempre a resultas  
de la *interpretación* de la voluntad matrimo-  
nial, esos casos más bien corresponderían a  
la exclusión de la *indisolubilidad* que a la de  
la *unidad*.

El segundo supuesto —exclusión del de-  
ber de fidelidad— es con mucho el más co-  
rriente y claro, hasta el punto de agotar él  
sólo el tratamiento usual del tema en la ju-  
risprudencia rotal, la cual suele entender que  
excluye la *unidad* quien, pese a entregar y  
aceptar el «*ius corpus*», se reserva el derecho  
a realizar actos sexuales con otra u otras per-

sonas, rehusando por tanto la *exclusividad* de  
este «*ius*».

Pero por lo mismo que no se trata propia-  
mente de excluir la propiedad esencial en sí  
misma considerada, sino su correlato obliga-  
cional, la doctrina y la jurisprudencia suelen  
entender que, en comparación con la exclu-  
sión de la prole, es más fácil que en estos su-  
puestos la voluntad del sujeto se dirija a ex-  
cluir el cumplimiento de la obligación que la  
obligación misma, es decir, es más fácil que  
estemos en presencia de una intención de no  
cumplir (irrelevante).

Entramos con ello, de nuevo, en un terre-  
no de interpretación de la voluntad matrimo-  
nial, con respecto a la cual nunca se insisti-  
rá bastante en que hay que guardarse de las  
simplificaciones apriorísticas con que a ve-  
ces se entienden las mismas *presunciones* ju-  
risprudenciales en este punto. Por eso parece  
muy oportuno observar, como ha hecho Gia-  
cchi, que también en este tipo de simulación  
es más fácil que se dé el caso opuesto, es de-  
cir, la exclusión de la obligación de fide-  
lidad (y no sólo de su *cumplimiento*) debido a  
que el sujeto crea que el matrimonio no pue-  
de comportar la exclusividad, dada la debili-  
dad de la naturaleza humana, la tendencia po-  
ligámica del hombre, etc.

A estas hipótesis pueden añadirse otras  
parecidas, de las que se ha ocupado la juris-  
prudencia rotal, como aquellas en que exis-  
ta una convicción de que no se podrá guar-  
dar fidelidad, u otras en que dicha convicción  
pueda venir insinuada por ciertas caracte-  
rísticas sexuales del individuo (o incluso ciertas  
desviaciones sexuales), en todas las cuales el  
*elemento intelectual*, cualquiera que sea su

base, actúa como «causa simulandi», y puede dar lugar a una *voluntad contraria* a la fidelidad, que en todo caso ha de interpretarse conforme a los indicios señalados.

En cambio, ha de rechazarse por incoherente el criterio jurisprudencial que considera fuera del tema de la fidelidad el caso en que la reserva contraria a la exclusividad del «derecho conyugal» se llevara a efecto mediante relaciones y actos homosexuales. En efecto, la jurisprudencia ha solido rechazar tal hipótesis sosteniendo que esa intención no atenta contra el «*ius in corpus*», que sólo tiene por objeto los actos de suyo generativos. Pero aparte de otras consideraciones obvias, ya señalaba Oesterle —dentro del mismo ordenamiento canónico— la incoherencia que supone admitir como adulterio, a efectos de separación conyugal, los actos «contra naturam», y rechazarlos como constitutivos de la violación de la fidelidad. Aunque la cuestión descubre a las claras, precisamente por afectar al adulterio, tema tan importante y polémico a lo largo de la historia, que no se puede marcar una línea de *principio* para después vaciarla de contenido *práctico*. Y, en general, eso es lo que viene ocurriendo con la «*voluntas adulterandi*» en relación con la exclusión de la fidelidad.

Parecidos razonamientos valen, «*mutatis mutandis*», para otras hipótesis comúnmente relacionadas con la presente figura de simulación, que al parecer no han encontrado todavía una jurisprudencia constante. Nos referimos a los supuestos en que, con posterioridad al matrimonio, uno de los cónyuges haya conservado unas relaciones íntimas duraderas con tercera persona, existentes ya con anterioridad al matrimonio. A veces, esta si-

tuación ha sido considerada como prueba suficiente de la exclusión de la fidelidad, cosa que a nadie puede extrañar, aunque algunos estiman que tal conducta puede muy bien compaginarse con la asunción de la obligación de fidelidad. Sólo que no es fácil saber entonces de qué fidelidad estamos hablando, ni quizá tampoco qué entendemos por asumir una obligación.

En cambio, más fácil sin duda parece a algunos (Giacchi, p. e.) el caso contrario: excluir la fidelidad con respecto al cónyuge impuesto por circunstancias familiares, económicas, etc., precisamente porque se quiere permanecer fiel a la persona a la que verdaderamente se ama. Aquí, y siempre que esas circunstancias no se reconduzcan al miedo vicio, ellas actuarían como «causa simulandi», haciendo que se quiera el matrimonio como *medio* para conseguir ciertas ventajas familiares o sociales, pero sin renunciar a la fidelidad hacia la tercera persona, lo cual se traduce en una exclusión de la fidelidad matrimonial.

Finalmente, dos observaciones de carácter general. *Una*, que aunque nunca en supuestos de simulación es necesario el *pacto*, es claro que todo lo anterior ofrece muchas menos dificultades *procesales* cuando existe pacto, es decir, cuando los contrayentes estuviesen de acuerdo en dispensarse mutuamente de la fidelidad, cualesquiera que fuesen los motivos o causas. *Otra*, que dada la *exclusividad* del «*ius coniugale*», aquí tiene poca importancia que la exclusión de la fidelidad se haga con carácter perpetuo o «*ad tempus*». Aunque esta segunda hipótesis tenga muy poco margen real, es claro que quien se reserva un digamos «derecho de adulte-

rio» por un cierto tiempo, ha excluído ya la *exclusividad* del «derecho conyugal».

## VI. EXCLUSION DE LA INDISOLUBILIDAD.

### 1. Exclusión de la indisolubilidad del vínculo.

El tercer y último tipo de simulación parcial que recoge el can. 1086, 2 viene constituido por la exclusión de la indisolubilidad, la otra propiedad esencial de que habla el can. 1013, 2. Y para encajar debidamente esta figura, es decir, el *contenido* de la misma, lo primero que se debe aclarar, aunque parezca obvio, es en qué sentido puede ser excluída la indisolubilidad en el momento de contraer.

La cuestión no es baladí, porque así como a la fidelidad se opone en términos generales el *adulterio*, y a la indisolubilidad en principio el *divorcio*, este último —tan desautorizado como el anterior en el ordenamiento canónico—, por lo mismo que supone precisamente la *imposible* ruptura del vínculo, que es en cambio lo que permanece en los casos de adulterio (incluso intencionalmente), da lugar a múltiples equívocos y vacilaciones a la hora de interpretar una voluntad *contraria* a la indisolubilidad.

Para superarlos, se debe comenzar por analizar qué se quiere decir cuando unánimemente se afirma que la indisolubilidad, por ser propiedad *formal* del matrimonio canónico, no admite la distinción entre intención de no obligarse e intención de no cumplir.

En ocasiones, esta afirmación ha llevado a uno de estos dos extremos alternativos y contrapuestos: 1) O a no admitir que la «*intentio divortandi*» —o la intención de contraer «solublemente», en otras formulaciones— tenga que ver con la exclusión de la indisolubilidad, supuesto que *todo* matrimonio es por su misma naturaleza «indisoluble», en cuyo caso la exclusión de la indisolubilidad se sitúa únicamente en la intención de excluir la *perpetuidad* de la convivencia conyugal (es la postura, p. e., de Giacchi); 2) O a no admitir que a la indisolubilidad corresponda, como obligación correlativa, la *perpetuidad* de la vida en común, en cuyo caso se entiende esta última no como parte esencial del matrimonio, sino como un *efecto* del mismo, y se declara irrelevante su exclusión (posición que corresponde a sentencias rotales ya anticuadas). Como de uno y otro planteamiento —ambos igualmente parciales— hay datos suficientes en la doctrina y en la jurisprudencia, junto a otros que por supuesto los contradicen, entendemos que su aclaración es previa a la consideración de toda hipótesis específica en tema de exclusión de la indisolubilidad.

El punto de partida lo constituye un texto de Tomás de Aquino, según el cual la indisolubilidad, a diferencia de la prole y de la fidelidad, que pertenecen a la esencia del matrimonio sólo *radicalmente* («in suis principiis»), pertenece al matrimonio en cuanto tal indisolubilidad («secundum se»). Es decir, que si bien existen verdaderos esposos sin hijos o infieles entre sí, resulta imposible pensar en un verdadero matrimonio que, por lo mismo, no sea indisoluble. De ahí se ha venido concluyendo que, respecto a la indi-

solubilidad, no cabe distinguir entre intención de no obligarse e intención de no cumplir, ya que quien, al contraer, abriga el propósito de una futura e hipotética disolución del vínculo (divorcio), por eso mismo está ya negando a la otra parte el derecho perpetuo o indisolubilidad del matrimonio, por decirlo con palabras de Miguélez.

Esta conclusión es constante en la jurisprudencia y en la doctrina tradicional. Y la razón es que, en tales casos, no se está consintiendo en la *realidad indisoluble* que es el matrimonio canónico, sino en otro esquema negocial distinto al que propone el ordenamiento. Y esto es lo decisivo para considerar que el intento de celebrar un matrimonio «soluble» hace inválido el matrimonio «indisoluble», único al que se puede referir la celebración canónica.

Por consiguiente, a efectos de invalidez por exclusión de la indisolubilidad, tanto da que en el momento de contraer se tenga intención de utilizar un futuro divorcio civil o una futura nulidad obtenida por medios previamente preparados, o incluso fraudulentos, como que el contrayente se proponga, llegado el caso, abandonar (romper) la vida en común con ánimo de recobrar «su libertad». En el primer caso, se está excluyendo la *propiedad esencial* en sí misma, o sea, la *indisolubilidad del vínculo*; en el segundo, se excluye dicha propiedad excluyendo su correlativa obligación, o sea, la *perpetuidad de la vida en común* (se piensa atomizar y disolver lo único que está en manos del contrayente: el matrimonio como «estado»).

En cambio, el problema que plantea la primera hipótesis —exclusión de la indisolubili-

dad del vínculo—, es su relación con la simulación total o exclusión del «mismo matrimonio». Pero, pese a sus innegables puntos de contacto en casos concretos, los supuestos son real y teóricamente distintos y no hay redundancia en el can. 1086, 2 cuando prevé ambos. La exclusión del «mismo matrimonio» supone que, para alcanzar unos fines subjetivos distintos a los matrimoniales, no se quiere (se excluye) la formación del vínculo, de ningún vínculo. En cambio, en la exclusión de la indisolubilidad como *propiedad* se quiere el nacimiento de un vínculo disoluble (se excluye la *indisolubilidad* del vínculo al que se intenta dar nacimiento). Es evidente la diferente posición psicológica y real de uno y otro sujeto en ambos casos; como también lo es que, en la *interpretación* de dichas posiciones reales, deberán pesar extraordinariamente las circunstancias que llevan a una u otra simulación —la «causa simulandi»—, que suelen ser muy distintas en ambos casos, ocupando un lugar relevante en los supuestos de simulación parcial la presencia del *elemento intelectual* de que ya hemos hablado.

## 2. Error acerca de la indisolubilidad y exclusión de la misma.

La presencia de dicho *elemento intelectual* contrario a la indisolubilidad, que con frecuencia será una arraigada convicción completamente divergente de la indisolubilidad del matrimonio canónico, y otras menos veces un simple desconocimiento de la naturaleza indisoluble de dicho matrimonio, por sí sola es claro que no constituye simulación o exclusión. Y la razón es bien sabida: habiéndose interpuesto entre la voluntad y la producción de los efectos esenciales del ma-

rimonio un específico esquema negocial legalmente preconstituído, es lógico que se proclame irrelevante el simple error acerca de las propiedades esenciales del matrimonio, tal como hace el can. 1084. Tanto más cuanto que, en múltiples casos, el objeto de la voluntad matrimonial puede consistir en la pura y simple adhesión al esquema legal, sin que sea necesaria la coexistencia de una exacta representación intelectual de la estructura del negocio matrimonial.

En línea de principio, lo anterior es irreprochable. Sólo que el can. 1084, dando un paso más y queriendo cerrar toda posibilidad en tema de error acerca de las propiedades esenciales, configura la irrelevancia del «simple» error aún en el caso que en dicha falsa representación de la realidad jurídica («error iuris») se agote toda la motivación del contrayente, o sea, aunque el error sea causa del contrato («etsi det causam contractui»). Expresión esta última sumamente tajante, que como tal puede verse contrastada en la realidad por todas aquellas posiciones psicológicas que, partiendo de un error, afectan terminativamente a la voluntad matrimonial, que nunca es una voluntad «en el vacío», ni deja de tener una íntima relación con los procesos mentales del contrayente, cosa con frecuencia olvidada en los esquemas que hacen del *intelecto* y de la *voluntad* dos mundos distintos.

De ahí que, sin entrar ahora en la posibilidad del error que se convierte en una verdadera *condición* o *reserva de hecho pasado o presente* (can. 1092, 4.º), figura con la que tiene evidentes contactos —el «error recidens in conditionem» que en términos generales

recoge el can. 104—, el tema específico aquí considerado ha preocupado a la doctrina y a la jurisprudencia actuales a propósito del caso, no infrecuente, en que al originario error sobre la indisolubilidad se añade una *verdadera intención* del contrayente en el sentido de que, si el matrimonio no fuese «disoluble», él excluiría ciertamente la indisolubilidad. Entiéndase bien, no ya que «a posteriori» el contrayente afirme que «la hubiese excluído» —voluntad interpretativa en sentido estricto—, sino que contemporáneamente a la celebración la posición del sujeto suponga una exclusión real, por vía *negativa*, de la indisolubilidad.

Giacchi ha visto con agudeza el problema. En su opinión, no se puede repetir aquí aquello de que no se excluye lo que se desconoce, porque en este caso el sujeto, pese a tener un falso conocimiento del negocio matrimonial tal como se configura en el ordenamiento canónico, excluye de todas formas la indisolubilidad y por tanto necesariamente la hace objeto de su reflexión, conociéndola de alguna manera. Además de eso, recuerda el autor que estamos en el terreno de la simulación, y ésta existe cada vez que, mientras formalmente se concluye el negocio, en realidad se esté queriendo otro diverso. Y en absoluto es necesario que esta diversidad sea querida con pleno conocimiento de la diferencia que existe entre el negocio aparentemente realizado y el negocio que se simula (que subyace) bajo esa apariencia.

En resumen, debe entenderse con Giacchi que cuando el sujeto contrae no conociendo la indisolubilidad del matrimonio cristiano (error), pero entendiéndolo firmemente estar contrayéndolo como disoluble, estaremos en

presencia de la exclusión de la indisolubilidad.

Por lo demás, de semejante planteamiento se ha hecho eco la Comisión pro reforma del Código, que ha sugerido que la fórmula del can. 1084 «*etsi det causam contractui*» («aunque el error sea causa del contrato») venga sustituida por esta otra: «*dummodo non afficiat voluntatem*» («con tal que no afecte a la voluntad»). Y, en fin, ésta es también la dirección de la jurisprudencia rotal más reciente, que ha profundizado en el tema a propósito del *error pertinaz* acerca de la indisolubilidad, entendiendo que, en tales casos, es más fácil que dicho error *afecte* («entre») a la voluntad y que por tanto es importante investigar en cada caso concreto si dicho error ha provocado o no una intención actual o virtual contraria a la indisolubilidad.

### 3. Exclusión de la perpetuidad de la comunidad de vida.

Apuntábamos que la exclusión de la indisolubilidad puede llevarse a cabo de dos maneras distintas, a las cuales se reconducen todas las hipótesis posibles: excluyendo la *indisolubilidad* en cuanto tal del vínculo y excluyendo la *perpetuidad* de la comunidad de vida, que es su correlato obligacional. Y tenemos ahora que contemplar esta segunda posibilidad, negada por la jurisprudencia rotal menos actual, y admitida en las sentencias de los últimos años.

Naturalmente, tal evolución jurisprudencial ha sido posible como consecuencia de una paralela evolución doctrinal y sin menoscabo de uno de los principios jurisdic-

cionalmente más prodigados en esta materia, a saber, que para admitir la exclusión de la indisolubilidad basta con que se pruebe que uno al menos de los contrayentes quiso positivamente contraer un matrimonio disoluble.

¿Por qué, entonces, la anterior resistencia a admitir como contraria a la indisolubilidad la voluntad de excluir la perpetuidad de la vida en común? Si se permite una esquematización, debido a las siguientes razones: 1) Por una incorrecta interpretación de la indisolubilidad como propiedad «formal» del matrimonio; 2) Por una inadecuada extensión del argumento histórico en virtud del cual a la sacramentalidad («*bonum sacramenti*») en absoluto pertenece no separarse del cónyuge «*quoad thorum, mensae et cohabitationis*», sino solamente que el vínculo sea indisoluble; 3) Por una equívoca aplicación a esta materia de la distinción entre *integridad* y *sustancia* del matrimonio. Aunque, naturalmente, los tres argumentos tienen evidentes puntos de contacto, nos referiremos por separado a cada uno de ellos.

Respecto a la indisolubilidad como propiedad formal del matrimonio, ya dijimos que ello significaba que cuando al contraer se abriga el propósito de una futura disolución del vínculo (divorcio), aunque sea imposible llevarlo a efecto con respecto al matrimonio canónico, por eso mismo se está ya excluyendo la indisolubilidad del vínculo. Agotada ahí la posibilidad de exclusión de la indisolubilidad, y estimándose además que, por eso mismo, no cabe aplicar aquí distinción alguna entre *obligación* y *cumplimiento*, se concluyó más o menos expresamente que a la indisolubilidad no correspondía ninguna *obligación específica*, carecía de correlato

obligacional, ya que de lo contrario a esa obligación —permanecer *indisolublemente* vinculados— tendría que corresponder una posibilidad de *incumplimiento*, y obviamente ese incumplimiento sería un absurdo, sería ni más ni menos que la «disolubilidad».

Se olvidó, en suma, que la indisolubilidad como propiedad esencial y formal comporta la *perpetuidad* del «consortium omnis vitae» («comunidad de vida»), del cual se *derivan*, o mejor, a la cual son *inherentes* los restantes derechos y obligaciones conyugales, puesto que a constituir esa *comunidad* de vida es a lo que tiende *radical y comprensivamente* el acto de voluntad que llamamos consentimiento, y no solamente al «*ius in corpus*», ni siquiera al vínculo. Desde esta perspectiva, pues, hay que concluir que la indisolubilidad se puede también afectar cuando se excluye la *perpetuidad* de la comunidad de vida que es esencialmente el matrimonio.

Había, en segundo término, el argumento histórico, y la realidad correspondiente, cuya formulación más conocida es la de Sánchez, en virtud de la cual la *separación* de los cónyuges no pertenece a la sacramentalidad (indisolubilidad). Ello es evidente en sí mismo y en el ordenamiento canónico. Sólo que no era esa la cuestión, sino más bien ésta otra: ¿puede conseguirse la exclusión de la indisolubilidad del vínculo excluyendo la *perpetuidad* de la vida en común? Evidentemente sí, siempre que en la voluntad matrimonial exista el ánimo de hacer «disoluble» en la práctica, mediante la ruptura de la vida en común, lo que es «indisoluble» en el esquema legal.

De modo que, bajo este punto de vista, dice bien la más reciente jurisprudencia rotal cuando afirma —como en la sentencia Fagiolo de 30.X.1968— que contrae inválidamente quien intenta romper la perpetuidad del «consortium omnis vitae», porque es lo mismo no querer la perpetuidad del vínculo que rechazar la comunidad de vida o quererla solamente de modo temporal, como ocurre por ejemplo en los llamados «matrimonios a prueba». Bien entendido, en todo caso, que el «consortium omnis vitae» es algo mucho más esencial y complejo que el mero deber de convivencia.

Finalmente, la aplicación a esta materia de la distinción entre *integridad* y *sustancia* del matrimonio, hecha con ánimo de salvar la exclusión de la perpetuidad de la comunidad de vida, puesto que se entiende que alguien puede contraer matrimonio con ánimo de obligarse a un vínculo indisoluble, aunque piense abandonar después a la otra parte no cohabitando con ella —aparte de constituir una contradicción en los propios términos si por *cohabitación* se entiende *comunidad de vida*—, no ha hecho otra cosa que introducir subrepticamente en tema de indisolubilidad la distinción entre intención de obligarse e intención de no cumplir, axiomáticamente rechazada por todos.

Como ha visto con claridad Giacchi, la distinción entre «integridad» y «sustancia» se puede aplicar al «bonum prolis» y al «bonum fidei» precisamente porque pertenecen a la «sustancia» del matrimonio el derecho a los actos conyugales y el derecho a la fidelidad, mientras que el ejercicio de tales derechos y el cumplimiento de las obligaciones correspondientes pertenecen a la «integridad» del

matrimonio; pero es una distinción inaplicable a un elemento del todo «formal» como es la indisolubilidad. En él, repetimos, toda voluntad contraria, cualquiera que sea la forma de manifestarse, se reconduce a una y la misma cosa: la exclusión de la *indisolubilidad*.

#### 4. Referencia jurisprudencial al divorcio civil.

El esquema en que hemos encuadrado la exclusión de la indisolubilidad nos exime de entrar con detalle en las múltiples hipótesis —muchas de ellas meramente escolásticas y sin trascendencia real— en que dicha exclusión puede tener lugar, puesto que lo decisivo en cada una de ellas será que puedan ser encajadas en lo que llevamos escrito. Digamos, en términos generales, que lógicamente la voluntad excluyente adoptará unas formas u otras según sea el grado de convicción vital sobre el asunto y las características de la legislación civil correspondiente, supuesto que, valoraciones aparte, en la actualidad no es el matrimonio canónico, como lo fuera en tiempos, el que cubre exclusivamente ese ámbito de vida ciudadana ni siquiera en los católicos.

Precisamente esa nueva situación legislativa, no conocida por los clásicos, pese a lo cual no habían vacilado en considerar relevante la exclusión *intencional* de la indisolubilidad, convierte en *real* lo que la doctrina clásica tenía que ejemplificar como «abandono» o «ruptura» de la vida conyugal. Pero, dada la polémica histórica en que se produjo la secularización moderna del matrimonio, ello ocasionó en la jurisprudencia rotal una desorientación en la manera de interpretar la trascendencia que el divorcio civil tenía en

el tema que nos ocupa, por fortuna hoy superada. Dicha desorientación, que en síntesis constituye un buen ejemplo de lo que ocurre siempre que se desconoce sistemáticamente una realidad o se intenta tomar de la realidad sólo lo que encaja en unos esquemas teóricos previos, contribuyó en ocasiones a dejar a merced de los «simuladores» a los contrayentes inocentes, cosa a veces inevitable para el Derecho, pero no precisamente en estos casos.

En efecto, el impacto del divorcio civil en el tema presente se manifestó jurisprudencialmente en estos dos extremos: 1) relación entre instrucción religiosa de los contrayentes y presunción de indisolubilidad; 2) interpretación de la «voluntas divortianti» o voluntad de acudir al divorcio civil presente ya en la celebración canónica.

Comenzando por lo más accidental, la jurisprudencia rotal ha seguido un criterio *presuntivo* vacilante, que muestra en sus conclusiones la clara inutilidad del mismo. Primero entendió —y eso con carácter general, no necesariamente aplicable a hipótesis de matrimonio civil— que tratándose de un católico mínimamente instruido en su fe religiosa no podía presumirse la exclusión de la indisolubilidad, puesto que era presumible su conocimiento de la misma, y si contraía matrimonio era ateniéndose a la naturaleza del matrimonio canónico. Lo endeble del argumento, que extremado podía llevar a negar toda posibilidad de simulación parcial precisamente en los sujetos obligados al matrimonio canónico, que obviamente son los principales protagonistas de estas exclusiones, llevó a la jurisprudencia más reciente a establecer la presunción exactamente contraria: más

fácilmente se presume que tuvo lugar la exclusión de la indisolubilidad en los católicos que en los no católicos. Esta vez la razón se ponía en que los católicos, que raramente padecerían *error* sobre este asunto, si manifestaban algo contra él sería lógicamente una *voluntad contraria*. En suma, y dicho sea con la comprensión y respetos debidos, todo lo que se establezca en este orden de cosas será igualmente convencional y procesalmente inútil.

Con respecto al divorcio civil en sí mismo, y en un esfuerzo por mantenerlo dentro de los límites de la separación conyugal, lo primero que recuerda la jurisprudencia rotal es que no puede afectar al vínculo matrimonial, sencillamente porque este último es «naturalmente» indisoluble. Por tanto, quien se reserva al contraer el derecho a pedir el divorcio, no puede intentar otra cosa —decían decisiones rotales primeras— que la separación. «A fortiori», quien contrae matrimonio cristiano, que es indisoluble, y tiene intención de divorciarse civilmente, no puede excluir con ello la indisolubilidad, sino sólo reservarse la posibilidad de abandonar a la otra parte. De ahí se llegó a una conclusión inaudita, que todavía se lee en trabajos sobre el tema y que ha complicado inútilmente esta materia. Es ésta: que quien abriga la intención del divorcio civil, desde el punto de vista canónico a lo que se opone es a la unidad o fidelidad.

Asentado el anterior principio, tan evidentemente contrario a la realidad y al contenido de la voluntad matrimonial «in casu», otras sentencias encararon inicialmente el

problema sin la retórica anterior. Para ellas, era claro que el contrayente, en tales casos, lo que rechaza es la indisolubilidad del vínculo matrimonial. Pero, a renglón seguido, de nuevo distinguen escolástica y convencionalmente tres hipótesis posibles: a) Querer contraer un verdadero matrimonio sacramental, reservándose simplemente la separación conyugal (de nuevo el pragmatismo originario), en cuyo caso declaran *válido* el matrimonio; b) Querer celebrar un verdadero matrimonio indisoluble, reservándose el divorcio, pese a que el contrayente es consciente que con él no va a conseguir romper (teológicamente) el vínculo, porque lo que desea es pasar a otras nupcias y unirse a otra persona, en cuyo caso el matrimonio sería nulo, por exclusión de la unidad; c) En fin, querer contraer un verdadero matrimonio, reservándose la posibilidad del divorcio, que se estima apto para romper el vínculo, en cuyo único caso el matrimonio sería *nulo* por exclusión de la indisolubilidad. En síntesis, se hacía depender la exclusión de la indisolubilidad de algo tan hipotético y rebuscado como que se creyese que el divorcio civil rompe el vínculo matrimonial canónico.

Finalmente, la evidencia se impuso. Y en la actualidad es principio jurisprudencial constante que «el propósito de utilizar con posterioridad la ley civil del divorcio no difiere de la intención de rechazar la indisolubilidad del matrimonio, y que, por consiguiente, contrae inválidamente quien se reserva el derecho a pedir en el futuro el divorcio civil».

Añadamos solamente que la anterior temática puede plantear especiales dificultades



en aquellos casos en los que ambas celebraciones —la civil y la canónica— tienen lugar una después de la otra y casi simultáneamente. Y el problema, dentro del cuadro anterior, viene matizado por el hecho de que la conciencia de estar contrayendo un matrimonio «disoluble» como suele ser el civil, que normalmente comportará la intención de acudir al divorcio si el caso lo requiere, pueda *perseverar* en la celebración canónica. Si ello es

realmente así, se habrá excluído también la indisolubilidad canónica.

En fin, algo parecido cabe decir con respecto a la exclusión de la *dignidad* o *carácter sacramental*, que si bien en sí misma no hace inválido el matrimonio canónico (cc. 1012 y 1084), deberá en todo caso investigarse si se trata sólo de eso, o si bajo tal hipótesis se esconde realmente una exclusión de la indisolubilidad.

## COLECCION CANONICA

DE LA UNIVERSIDAD DE NAVARRA  
LIBROS SOBRE DERECHO MATRIMONIAL

JAVIER HERVADA

La impotencia del varón en el Derecho matrimonial canónico.

JAVIER HERVADA

Los fines del matrimonio. Su relevancia en la estructura jurídica matrimonial.

JESUS M. CASADO ABAD

Influjo de las amenazas de suicidio en el consentimiento matrimonial.

ALBERTO DE LA HERA

Relevancia jurídico-canónica de la cohabitación conyugal.

VICTOR DE REINA

Error y dolo en el matrimonio canónico.

JOHN M. FLADER

Los matrimonios mixtos ante la reforma del Código de Derecho Canónico.





## Summarium

Offertur coniuncta et sisthematica expositio de figura iuridica quae complectitur exclusionem elementum essentialium matrimonii canonici. Ad hoc, doctrina communior et iurisprudentiae rotalis criteria utuntur, semper tamen ad mentem auctoris studii. Prima pars generalis proprietates sic dictae simulationis partialis (exclusio elementorum essentialium matrimonii) intra squema initiale negotii iuridici studet, et suas patefacit peculiaritates notasque specificas. Ex hoc examinantur existentia et materia intentionis excludentis; quod inducit ad reflexionem respectivam actus positivi voluntatis et distinctionis inter non se obligare et non adimplere. Denique individuuntur tres formae simulationis partialis quae statim in extenso aguntur. Quo ad exclusionem prolis attinet, haec tota lata materia se continet in his paragraphis: ius in corpus atque ius ad prolem, verborum interpretatio historica et sisthematica quae utuntur in can. 1086, 2, perpetuitas iuris in corpus, exclusiones temporales iuris. Exclusio unitatis in suis duobus aspectibus examinatur: et proprietatis exclusio et obligationis consentaneae (fidelitatis). Exclusio indisolubilitatis sic proponitur: exclusio indisolubilitatis vinculi, connexio cum suppositis erroris de indisolubilitate, exclusio perpetuitatis communitatis vitae, referentia ad intentionem divortii civilis.

## Abstract

This paper is a systematic, comprehensive analysis of the judicial figure which comprises the exclusion of the essential elements of canon-law marriage. The most sacred doctrine and the criteria of the rotal jurisprudence, naturally as understood within the author's particular scope, are used in this study. The author considers the characteristics of the so-called partial simulation (exclusion of the essential elements of marriage) within the theme of judicial matters by pointing out its specific peculiarities. Once these bases have been established, the paper continues with an analysis of the existence and significance of the excluding intention, which leads us to consider the «positive act of freewill» and the difference between not being forced to do something and not doing it. The three types of partial simulation are distinguished and separately analyzed «in extenso» further on. The matter of the exclusion of the offspring is treated in the following epigraphs: «ius in corpus» and «ius ad prolem», a systematic and historical interpretation of the terminology used in can. 1086.2, the perpetuity of the «ius in corpus», and the temporary exclusions of the «ius». The exclusion of the unity is studied in two aspects: exclusion of property and exclusion of the corresponding obligation (faithfulness). The author outlines the theme of the exclusion of indissolubility in the following manner: the exclusion of the marriage bond's indissolubility, the hypotheses of error regarding the indissolubility, the exclusion of the perpetuity in the community of life and a reference to the intention of contracting civil divorce.

