

El matrimonio canónico a la luz del Concilio Vaticano II: cuestiones fundamentales y desarrollos doctrinales*

Urbano Card. Navarrete

RESUMEN Sintetizando su desarrollo postconciliar, las cuestiones más importantes sobre el matrimonio canónico a la luz del Vaticano II han tenido que ver con la estructura esencial del matrimonio (su estructura natural –es decir, “*communio vitae*”; “*amor coniugalis*”, y “*bonum coniugum*”–; y su estructura sacramental con la cuestión de la inseparabilidad entre contrato y sacramento), con la dimensión sexuada de la pareja (impedimento de impotencia masculina, la cópula consumativa del matrimonio –*humano modo* y miedo– y el tratamiento jurisprudencial de las desviaciones sexuales) y con el consentimiento matrimonial (incapacidad; *error facti, iuris* y *dolus*; y las exclusiones). Algunos de estos puntos indican las perspectivas que pueden adivinarse para el futuro.

PALABRAS CLAVE Estructura esencial del matrimonio, sexualidad humana, consentimiento matrimonial.

SUMMARY *Summarizing its development after Vatican II, the most important questions on the canonical marriage in the light of the Council have had to do with the essential structure of the marriage (its natural structure, “*communio vitae*”; “*amor coniugalis*” and “*bonum coniugum*”; and its sacramental structure with the question of the inseparability between contract and sacrament), with the sexuality of the couple (impediment of masculine impotence, consummative conjugal act – *human fashion and fear* – and jurisprudential treatment of the sexual deviations) and with the matrimonial consent (incapability; *error facti, iuris* and *dolus*; and the exclusions). Some of these points indicate the perspectives that can be supposed for the future.*

KEYWORDS *Essential structure of the marriage, sexuality, matrimonial consent.*

* Publicamos esta conferencia como memoria agradecida del Cardenal Urbano Navarrete, insigne canonista español de la Pontificia Universidad Gregoriana, que nos guió en los inicios de lo que hoy es nuestra Facultad de Derecho Canónico, y que constituye para nosotros un referente en el modo de entender, estudiar y aplicar el derecho canónico. La conferencia, pronunciada en nuestro centro académico el 21 de octubre de 2003, acerca del presente y el futuro del derecho matrimonial canónico, continúa siendo de particular interés y de viva actualidad en el contexto del 50º aniversario del Concilio Vaticano II y del 30º aniversario de la promulgación del Código de Derecho Canónico.

INTRODUCCIÓN

Agradezco sinceramente la invitación a participar en estas Jornadas de Derecho Canónico organizadas por la joven Facultad de Teología San Dámaso para conmemorar el XX aniversario de la promulgación del nuevo Código. Y he aceptado, por venirme la invitación de parte de una Facultad cuyo Gran Canciller es un ilustre canonista, el Card. Rouco Varela, con el cual hasta que fue llamado por la Iglesia a otros servicios, comencé a tener una relación profesional que podía haber sido muy positiva por provenir los dos de Escuelas canonísticas diversas de gran solera: el Instituto de Munich y la Facultad de la Gregoriana. Además la invitación me la hacía mi amigo y discípulo Prof. Roberto Serres, organizador de las Jornadas. Esto me ha movido a hacer una excepción a mi propósito, formulado al cumplir los ochenta años de edad, de no aceptar ulteriores invitaciones a intervenir activamente en congresos, misceláneas etc., para evitar eventuales futuros inconvenientes.

El tema que se me ha asignado parece exigirme presentar las cuestiones más fundamentales sobre el matrimonio canónico a la luz del Vaticano II, vistas en su desarrollo y en las perspectivas de evolución que se prevén abiertas al futuro. Tema amplísimo para ser sinterizado en pocas páginas. Intentaré hacerlo, eligiendo las problemáticas de mayor significado. En la síntesis panorámica que se me pide, difícilmente podré evitar el recordar hechos muy conocidos e incluso, para algunos de los presentes, vividos, que constituyen los hitos fundamentales de los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales que hemos de afrontar.

A raíz de la promulgación del Código se pudo afirmar que el Código recogía en sus cánones sobre el matrimonio la evolución madurada de la doctrina, de la jurisprudencia y en algunos campos, como los matrimonios mixtos, también de la legislación, a partir del Concilio hasta el año 1983. Por otra parte hoy, pasados 20 años de la promulgación del Código, creo se puede constatar que respecto a los grandes problemas canónico-matrimoniales madurados en los cuatro lustros que van del Concilio al Código, el proceso doctrinal y jurisprudencial ha sido más confirmativo que progresivo, si bien se han multiplicado los estudios, muchos de ellos fundamentalmente repetitivos o sintetizadores. En algunos puntos doctrinales muy debatidos en el ventenio precedente, el Código ha tomado posición, que marca una orientación no sólo legislativa sino de notable significado doctrinal, que ha sido comúnmente acep-

tada, aunque ello no impida, antes estimule, a proseguir en profundizar los problemas.

Partamos de un hecho fácil de constatar: La Const. *Gaudium et spes* del Vaticano II, en el capítulo *De dignitate matrimonii et familiae fovenda* (nn. 47-52) no desciende a orientaciones y mucho menos a concretizaciones de orden canónico. Se mantiene en el campo puramente doctrinal, repitiendo principios de la doctrina tradicional, aunque expuestos con lenguaje renovado, y a la vez, *quaedam doctrinae Ecclesiae capita in clariorem lucem ponendo*, ilustra algunos valores importantes de la riqueza inagotable del matrimonio, tanto en la economía de la creación como en la de la redención, a los cuales tal vez no se les había prestado la debida atención. Entre los valores puestos *in clariorem lucem* por el Concilio, el principal sin duda es el valor del amor conyugal. Valor por otra parte de muy difícil significado en el orden jurídico.

No obstante esta constatación, hay que reconocer que el Concilio Vaticano II ha ejercido un influjo incalculable en la evolución de la doctrina, de la legislación y de la jurisprudencia canónica, especialmente, como hemos dicho antes, en la veintena de años precedente a la promulgación del nuevo Código. Su influjo renovador se ha hecho sentir en la mayor parte de los problemas que mayor influjo tienen en la estructura jurídica y sacramental del matrimonio cristiano, como vamos a intentar exponer en síntesis.

Para proceder con algún orden, voy a reunir las problemáticas que voy a insinuar en tres núcleos fundamentales: 1) problemática relativa a la estructura esencial del matrimonio cristiano; 2) problemática relativa a la dimensión sexuada de la pareja; 3) problemática relativa al consentimiento matrimonial.

1. PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA ESTRUCTURA ESENCIAL DEL MATRIMONIO CRISTIANO

Digo estructura esencial del matrimonio cristiano para incluir también la dimensión sacramental del matrimonio entre dos bautizados.

1.1 Problemática relativa a la estructura natural del matrimonio

Como es sabido, la Constitución *Gaudium et spes* (48a) al describir el matrimonio como institución permanente (*matrimonium in facto esse*) elige como palabras centrales *communitas vitae et amoris coniugalis* (comunidad de vida y de amor conyugal). La Comisión Codificadora, al intentar traducir en lenguaje jurídico la doctrina conciliar¹, después de largas discusiones creyó que no era oportuno introducir estas palabras en la descripción que estaba elaborando del matrimonio, con la que se abre el título del Código sobre el matrimonio (c. 1055). Entre los sustantivos de solera jurídica arraigada –*coniunctio*, *consortium*, *consuetudo*– para definir el matrimonio prefirió el sustantivo *consortium* tomado de la definición de Modestino (D. 23, 2, 1) por ser particularmente expresivo de la realidad, en cuanto presenta a los cónyuges como “participantes de la misma suerte”.

La problemática agitada estos años alrededor de ese sustantivo *consortium* ha versado sobre dos centros principales: 1) ¿cuál es el contenido esencial de ese *consortium* o en otras palabras más canonísticas: ¿cuál es el objeto esencial del *foedus coniugii* por el cual se constituye el matrimonio? 2) ¿cuál es el fin o los fines esenciales del *consortium* y cuál su jerarquía, si la hay? Los dos núcleos de problemas están íntimamente relacionados, por no decir que son idénticos, con la problemática del c. 1095 sobre la capacidad para asumir las cargas esenciales del matrimonio y el c. 1101 §2 sobre cuáles son los elementos esenciales del matrimonio, es decir aquellos elementos que no pueden ser excluidos del consentimiento matrimonial so pena de nulidad.

Respecto al contenido esencial del *consortium*, diría que han sido tres los elementos –objetivamente casi idénticos– que más atención han absorbido en la doctrina y jurisprudencia: la *communio vitae*; el *amor coniugalis*; y el *bonum coniugum*.

1.1.1 “*Communio vitae*”

La *communio vitae* es evidente que es un elemento esencial, es más es el sustantivo omnicompreensivo empleado *in recto* en la definición con-

1 «Immo, certo quodam modo, novus hic Codex concipi potest veluti magnus nixus transferendi in sermonem *canonicum* hanc ipsam doctrinam, ecclesiologiam scilicet Conciliarem» (JUAN PABLO II, «Const. *Sacrae disciplinae leges*, 25 enero 1983»: AAS 75/2 [1983] XI).

ciliar para designar el objeto que intenta definir. Pero el problema se ha especificado en el sentido de si además de los elementos esenciales del *consortium* ya individuados en la doctrina precedente, se da un elemento no advertido hasta el presente que debe ser especificado como *communio vitae*. En este sentido, se intentó incluir en el actual c. 1101 §2, el inciso “*ius ad communionem vitae*”, cuya exclusión haría nulo el matrimonio².

No obstante la sutileza y la oscuridad del problema no siempre planteado con precisión, creo se debe decir que la doctrina y la jurisprudencia se han ido orientado cada vez con mayor decisión en el sentido afirmativo, concediendo relevancia jurídica autónoma al elemento *communio vitae*. En esta hipótesis, queda un camino largo por recorrer para precisar, si es posible, qué es lo esencial y específico de ese elemento en cuanto distinto de la suma de los otros elementos esenciales incluidos en el *consortium vitae* individuados en la doctrina precedente.

1.1.2 “Amor coniugalis”

En los años inmediatos al Concilio la literatura sobre el amor conyugal fue muy abundante y en un cierto sentido absorbente, con evidentes exageraciones en la doctrina sobre el matrimonio³. Las posiciones se fueron polarizando en los que creían que el *amor coniugalis* en sí y por sí tiene relevancia jurídica y quienes opinaban que, no obstante su importancia imprescindible en el instituto matrimonial, no es formalmente un elemento de orden jurídico. La discusión se prolongó con viveza por un decenio aproximadamente.

En 1976 el Papa Pablo VI dedicó la Alocución a la Rota a este tema⁴, pues quería salir al encuentro de ciertas opiniones “*quarum fautores cum plus aequo bona interdum extollant amoris coniugalis et coniugum perfectionem, eo sunt progressi ut...*”, e indica alguno de los excesos a los que esas opiniones habían llegado. El Decano de la Rota en sus palabras de saludo al Papa había dicho indicando la posición de la jurisprudencia rotal al respecto: «...la

2 Cf. U. NAVARRETE, «De iure ad vitae communionem: observationes ad novum Schema canonis 1086 §2»: *Periodica* 66 (1977) 249-270.

3 En ese contexto publiqué en 1967 y 1968 una serie de artículos en *Periodica* bajo el título general: *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II. Momentum iuridicum amoris coniugalis*, que luego recogí en un libro que ha visto repetidas ediciones.

4 Cf. PABLO VI, «Aloc. a los Prelados Rotaes, 9 febrero 1976»: *AAS* 68 (1976) 204-208.

nostra giurisprudenza, segnatamente in cause di nullità di matrimonio, si è modificata nello stile, divenuto più rispettoso della dignità umana, ma ha reagito con vivacità al tentativo di dare rilevanza giuridica al *defectus amoris*. Crediamo, inoltre, di svuotare il Concilio, se ritenessimo tutti i suoi altissimi enunciati, suscettibili di assumere forma ed efficacia giuridica, specie senza ulteriore intervento legislativo».

La discusión sobre la relevancia jurídica del amor conyugal se fue apagando bastante rápidamente y después de la promulgación del nuevo Código puede decirse que se ha extinguido por completo. Y la razón ha sido sin duda porque se ha visto que se trata de un elemento, que, no obstante su enorme importancia objetiva, no es útil ni manejable en el campo del derecho.

1.1.3 "Bonum coniugum"

Ante todo hay que notar que en el Código el término *bonum coniugum* aparece en el contexto de la ordenación natural del matrimonio. Se dice que el *vitae consortium*, está ordenado «indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem».

Su génesis es la siguiente: En el *Schema* enviado a los órganos de consulta en 1975, la Comisión, para eliminar la problemática suscitada en los últimos decenios sobre el número y la jerarquía de los fines, había borrado el §1 del c. 1013: «Matrimonii fines primarius est procreatio et educatio prolis; secundarius mutuuum adiutorium et remedium concupiscentiae». En su lugar proponía el siguiente texto como §1 del actual c. 1055: «Matrimonium est intima totius vitae coniunctio inter virum et mulierem, quae, indole sua naturali, ad prolis generationem et educationem ordinatur». Se advierta que no se hacía mención alguna de la finalidad relativa a los cónyuges (el fin secundario del Código del 17). La finalidad del matrimonio se polarizaba toda en la generación y educación de la prole. Era un caminar absolutamente contra corriente, dado que el Concilio tiende más bien a poner de relieve los valores de la relación entre los esposos. El Relator justifica el *Schema* diciendo que el texto intenta expresar tanto la relación personal entre los cónyuges (en las palabras *intima totius vitae coniunctionem*) como su ordenación a la prole⁵. Las observaciones que llegaron sobre este texto fueron muchas y se referían

5 Cf. *Communicationes* 3 (1971) 70.

a casi todos sus términos. Respecto a la ordenación natural del *totius vitae consortium* era necesario indicar la finalidad relativa a las personas de los cónyuges y para ello había que encontrar palabras muy densas, pues el texto resultaba ya sobrecargado. Entre otras posibilidades discutidas, se eligió el término *bonum coniugum*, “el bien de los cónyuges”, en su sentido más general y comprensivo del sustantivo “el bien”, como lo usa frecuentemente la Const. *Gaudium et spes*, siguiendo la Enc. *Casti connubii*.

Pero el término *bonum coniugum*, tan sencillo en su formulación y tan apropiado en la mente de la Comisión para indicar la ordenación del matrimonio al bien total de los cónyuges, ha suscitado dos series de problemas: unos relativos a la jerarquía de los fines; otros referentes a la trasposición del término del esquema de los fines al esquema de los elementos esenciales del matrimonio.

– El *bonum coniugum* y la jerarquía de los fines del matrimonio

Respecto al orden de los fines, el hecho puramente literario de que se coloque antes el *bonum coniugum* que la ordenación a la prole, dio pie a que algunos vieran en ello una inversión de la jerarquía de los fines propuesta en el Código del 17 (c. 1012 §2), que recogería y confirmaría la doctrina de la Cons. *Gaudium et spes* al respecto. Pero tal interpretación carecía de fundamento y no tuvo algún futuro.

En efecto, el hecho de que en el canon preceda la mención de la finalidad referente a los cónyuges a la relativa a la prole, no tiene ningún significado de contenido. El hecho obedece sencillamente a las exigencias de redacción de un texto recargado de incisos. Y en cuanto a la *Gaudium et spes* hoy es del todo pacífico que la doctrina del Concilio no propone un cambio de la jerarquía de los fines del matrimonio, sino que, sin entrar en esta cuestión técnica, ilustra en modo particular las finalidades del instituto matrimonial relativas a los cónyuges, que habían sido menos valoradas en la doctrina precedente.

– El *bonum coniugum* como elemento esencial del consentimiento

Más hondura presenta la problemática referente al *bonum coniugum* visto como elemento esencial del matrimonio. Incluso no faltan quienes ha-

blan del *bonum coniugum* equiparándolo a los *tria bona* agustinianos, con menoscabo de la claridad de conceptos y de la sistematización de los factores en juego. En efecto: el término *bonum coniugum* tanto en los documentos del magisterio –particularmente en *Casti connubii* y *Gaudium et spes*– como en el Código tiene un sentido generalísimo para indicar la totalidad de los bienes o valores del matrimonio relativos a los cónyuges. En el c. 1055 §1 se emplea para indicar específicamente una de las dos finalidades que señala el canon.

Empleado en cambio en el sentido de *elemento esencial* que le quiere dar la tendencia indicada, surgen varias dificultades de notable importancia: En primer lugar el mismo término se usa en dos esquemas conceptuales que conviene tener bien diferenciados, el de los fines y de los elementos esenciales. En segundo lugar, el término *bonum coniugum* tomado en el sentido de *elemento esencial* del consentimiento, con todas las consecuencias jurídicas que ello lleva consigo, exige la individuación de lo que es esencial y de lo que es irrelevante jurídicamente, en la “globalidad” de factores que incluye; individuación realmente muy difícil y hasta se podría decir imposible. En tercer lugar, el *bonum coniugum* en el sentido de *elemento esencial* del consentimiento matrimonial parece coincidir completamente con la *communio vitae* en sus elementos esenciales. No parece que pueda determinarse la diferencia de contenido jurídico entre los dos términos. Finalmente, no es aceptable en modo alguno el querer usar el *bonum coniugum* en el sentido de los *tria bona* agustinianos, como si fuera un cuarto bien. El esquema agustiniano, con las dificultades que puede tener, o se conserva como la tradición lo ha conservado, o no tendría sentido como instrumento de trabajo. No se olvide que la tendencia a aumentar los *tria bona* no es nueva, pues ya se manifestó en el medio evo⁶, contra la cual Santo Tomas reaccionó decididamente⁷.

No obstante estas dificultades, es previsible que el término *bonum coniugum* empleado confusamente en el sentido de elemento esencial del consentimiento irá adquiriendo carta de ciudadanía con escasa aportación para el progreso de la ciencia y de la jurisprudencia canónicas.

6 Cf. P. ABELLÁN, *El fin y la significación sacramental del matrimonio desde S. Anselmo hasta Guillermo de Auserre* (Granada 1939) 161.

7 Cf. *Suppl.*, q. 49, a. 2.

1.2 PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA ESTRUCTURA SACRAMENTAL DEL MATRIMONIO CRISTIANO

El c. 1055 en el §1 afirma implícitamente el principio de la identidad entre pacto conyugal y sacramento al afirmar que Cristo Señor elevó el pacto conyugal a la dignidad de sacramento, y en el segundo § establece explícitamente el principio de la inseparabilidad entre el contrato y el sacramento en el matrimonio de los bautizados. El dato es teológico pero de consecuencias jurídicas basilares respecto al matrimonio cristiano, pues de estos principios depende la existencia misma del derecho matrimonial canónico⁸.

1.2.1 El problema de la inseparabilidad entre contrato y sacramento⁹

Sin duda alguna ha sido el problema de mayor hondura y más discutido entre los agitados en el veintenio entre el Concilio y la promulgación del nuevo Código. La cuestión no surgió por motivos teológicos basados en la eclesiología o en la teología sacramentaria del Concilio. Surgió por motivos exclusivamente pastorales ante la situación actual de tantos bautizados que dicen no tener fe y viven en consecuencia y de tantos matrimonios canónicos existencialmente naufragados. Se proponía que si el principio de la inseparabilidad fuera teológicamente susceptible de ser cambiado o mitigado se encontraría solución pastoral para los llamados católicos no creyentes quienes podrían contraer matrimonio válido natural sin ser sacramento con todas las consecuencias jurídicas que de ello se derivarían.

La bibliografía al respecto se multiplicó en gran medida. Diversamente a cuanto acaecía en otros sectores en discusión, fue muy intensa la participación más o menos explícita de los órganos oficiales de la Iglesia: Obispos,

8 En efecto, en el principio de la identidad de los dos elementos se basa la "exclusividad" de la competencia de la Iglesia en el matrimonio entre bautizados, excepto la competencia de la autoridad civil respecto a los efectos meramente civiles del matrimonio; y del principio de la inseparabilidad depende el hecho de que todos los matrimonios entre bautizados sean sacramento y por tanto caigan bajo la potestad exclusiva de la Iglesia.

9 Para una información exhaustiva sobre este apartado, tanto en bibliografía como en actuaciones oficiales, remito a la siguiente tesis doctoral: D. BAUDOT, *L'inséparabilité entre le contrat et le sacrement de mariage: La discussion après le Concilie Vatican II* (Analecta Gregoriana 245, Serie Fac. Iuris Can. B, 48; Roma 1987) 396 pp.

Sínodos, Conferencias episcopales, y en modo particular el problema fue tratado en el Sínodo de los Obispos de 1980, sin que en las proposiciones finales se llegara a una posición unívoca.

El problema se propuso desde el principio en seno a la Comisión de Revisión del Código, pues algunos Consultores dudaban de la inmutabilidad teológica del principio y creían en la necesidad de su revisión ante las necesidades pastorales de la actualidad. Sin embargo, apoyada entre otras muchas razones en el hecho de que el principio de la inseparabilidad estaba en posesión, no lo cambió en ninguno de los esquemas publicados. Consta por otra parte que la Comisión consultó por competencia a la Congregación para la Doctrina de la Fe la cual dedicó gran empeño a su estudio, sirviéndose incluso de la Comisión Teológica Internacional que dedicó la reunión de 1978 a algunas cuestiones doctrinales sobre el matrimonio, entre las cuales ocupa atención privilegiada la relación entre pacto natural y sacramento.

En síntesis puede decirse que las posiciones dependían de la valoración de los dos órdenes de argumentos que podían aducirse:

a) Una de las posiciones se caracterizaba por dar fuerza determinante a la urgencia pastoral actual con el significado teológico que pueda tener y a los factores *subjetivos* en el campo teológico-sacramental, exigiendo para la validez del sacramento la fe personal y una participación subjetiva (*opus operantis*) mayor de la que tradicionalmente se exigía.

b) La otra posición, por el contrario, daba una fuerza decisiva a los factores *objetivos* que afirmaba ser propios, por institución divina, de este sacramento, visto como uno de los dones irrevocables por parte de Dios e irrenunciables por parte del hombre, inherentes al carácter bautismal, de modo que si dos bautizados expresan eficazmente su amor en el pacto conyugal válido, este pacto es necesariamente sacramento aunque no sea inmediatamente fructuoso por falta de las disposiciones requeridas en los contrayentes.

Juan Pablo II en la Exhort. Apost. *Familiaris consortio*, 22 noviembre 1981, publicada como fruto del Sínodo de los Obispos de 1980 expone con particular profundidad y originalidad la teología del sacramento, fundamentando sólidamente el principio de la inseparabilidad entre pacto conyugal válido y sacramento entre bautizados, principio que confirma el Código de 1983 con las mismas palabras del CIC/17.

Después de la promulgación del nuevo Código ha cesado la controversia; pero han continuado los estudios sobre un tema que es inagotable en

sus vertientes históricas, teológicas y canónicas. Dejando por ahora la problemática propia de los cc. 1099 y 1101 §2 sobre el *error iuris* y la exclusión de la sacramentalidad, en el sector que ahora nos ocupa, me atrevería a decir que los estudios se han orientado principalmente a prestar más atención al principio de la identidad que al de la inseparabilidad entre contrato y sacramento, y a fijar mejor los elementos mínimos esenciales para que se verifique el sacramento del matrimonio en su relación con el pacto conyugal en orden a precisar los elementos esenciales del matrimonio *ratum* por las grandes consecuencias jurídicas que de él se derivan.

Supuesto lo dicho, hoy se puede dar como doctrina común la que implícitamente sanciona el c. 1061 §1, según la cual los elementos esenciales del matrimonio *ratum* son dos: a) pacto conyugal válido y b) bautismo de los dos cónyuges, sin que influya para nada el orden en que se actúa cada uno de los dos factores esenciales. Con esto creo podemos pasar al sector siguiente.

2. PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA DIMENSIÓN SEXUADA DE LA PAREJA

En este sector las cuestiones que han experimentado un progreso que podemos calificar de extraordinario a partir del Concilio, las podemos reducir a tres: 1) elementos esenciales de la *copula coniugalis* en orden a determinar el impedimento de impotencia *coëundi* del varón; 2) concepto de consumación del matrimonio; 3) tratamiento jurisprudencial de las desviaciones sexuales. Brevemente de cada una de las cuestiones

2.1 IMPEDIMENTO DE IMPOTENCIA MASCULINA

Es un hecho conocido que el Breve *Cum Frequenter* de Sixto V del año 1587 sobre la impotencia de los eunucos ha ejercido un influjo inmenso en la doctrina y en la jurisprudencia canónicas respecto al impedimento de impotencia masculina. El papa admite que basta para poder contraer matrimonio la utilidad que se obtiene de la cópula de los estériles; pero da como razón para excluir a los eunucos y espadones del matrimonio el que, estando privados de ambos testículos, *certum ac manifestum est eos verum semen emitte non posse*. Esta frase determinó la doctrina y la praxis al respecto, si bien

en los siglos XVII y XVIII el Breve no parece que fue muy conocido ni pudo tener mucha aplicación práctica, excepto en los casos de los eunucos. Pero el problema se presentó con una enorme gravedad cuando en el siglo XIX empezó a practicarse la operación de la vasectomía, que a finales del siglo y principios del siglo XX adquirió enormes proporciones numéricas. Esta operación daba lugar a una *facti species* del todo nueva en la esfera sexual, muy diversa del caso de los eunucos, para quienes se había dado el Breve *Cum frequenter* de Sixto V. Sin embargo la doctrina común y la jurisprudencia aplicó a esta nueva *facti species* el criterio dado para los eunucos por Sixto V, considerándolos impotentes porque era cierto y manifiesto *eos verum semen emitte non posse*. La reacción empezó a hacerse sentir a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. No obstante, la jurisprudencia rotal siguió aplicando unánimemente la doctrina del *verum semen*; asimismo puede decirse que la doctrina común continuó defendiendo lo mismo, si bien, a medida que iba avanzando el siglo XIX, eran más los autores que la ponían en duda. Por otra parte, la Congregación del Santo Oficio permitió el matrimonio en los casos presentados por los Obispos alemanes respecto a los vasectomizados por motivos eugenésicos en tiempo de Hitler.

En esta situación de confusión se llegó a la convocatoria del Concilio. La Comisión Preparatoria *De Disciplina Sacramentorum*, dedicó la Sesión Plenaria del 23 de octubre de 1961 a estudiar el problema, teniendo como base los votos de Mons. Arturo Wynen, Auditor de la Rota Romana, y del P. Marcelino Zalba, S.I., Profesor de Teología Moral. El resultado de la votación final fue el siguiente: de los 24 presentes, trece votaron en favor de la necesidad del *verum semen* para la *copula coniugalis*; ocho votaron en contra, es decir por la no necesidad del *verum semen*, y hubo tres abstenciones. El dato es sin duda muy significativo para apreciar el *status quaestionis* en los comienzos del Concilio. Como es sabido, al reducir los temas que el Concilio debía tratar, quedó eliminado todo lo referente a la disciplina de los sacramentos. Por eso el Concilio no trató el problema. Sin embargo su influjo en la urgencia de la solución y en el sentido que ésta debía adoptar fue determinante. De hecho adelantándose a la promulgación del Código, la Congregación para la Doctrina de la Fe zanjó la cuestión con el decreto del 13 de mayo de 1977, en el que se afirma que la impotencia consiste en la incapacidad antecedente y perpetua, tanto absoluta como relativa, de realizar la cópula conyugal (*perficiendi copulam coniugalem*), y se declara que para la cópula conyugal no

se requiere necesariamente la eyaculación de semen elaborado en los testículos (*eiaculatio in testiculis elaboratum*)¹⁰.

La decisión tiene un gran significado jurídico tanto respecto al impedimento de impotencia masculina como en el de la consumación del matrimonio, como veremos luego. Por esta decisión –que tiene el carácter de una declaración auténtica del derecho natural– se reconoce la capacidad para el matrimonio a los hombres afectados por la vasectomía que en el mundo actual, como es sabido, suman centenares de millones. Y en el campo de la jurisprudencia canónica ha eliminado una casuística inagotable que hacía muy difícil y complicada la resolución de los casos de nulidad matrimonial y de inconsumación debido a la exigencia de la *eiaculatio seminis in testiculis elaborati*, como elemento esencial de la cópula conyugal.

Eliminado el problema del *verum semen* y teniendo en cuenta el c. 1095, en el campo teórico queda abierta la cuestión de si la impotencia debe ser tratada como impedimento o como incapacidad *assumendi onera essentialia matrimonii*. Parece claro que objetivamente se trata de una incapacidad para asumir uno de los deberes esenciales más evidentes y especificativos del matrimonio. Lo cual no quita el que por motivos prácticos sea oportuno tratarlo como impedimento, dada su peculiar configuración y en atención a la tradición y al uso común en los otros ordenamientos jurídicos.

La cuestión no es solo teórica, pues probablemente la colocación podría influir en la interpretación de la extensión del impedimento o del contenido de la incapacidad. Tratada la deficiencia sexual en cuestión como impedimento, se sigue –conforme con toda la tradición– que se considera potente al hombre que es capaz de consumir el matrimonio, aunque luego, debido a la misma deficiencia, existente ya en el momento de la celebración del matrimonio, no tenga aptitud para realizar más veces la cópula conyugal. En cambio, si la misma deficiencia sexual se ve bajo el prisma de las incapacidades, fácilmente se tendería a considerar como *incapax assumendi onera* al varón que no ha tenido energía sino para realizar una sola vez el acto conyugal. Para que el tratamiento fuera coincidente, habría que afirmar que la capacidad para asumir el *onus essentialiale* de la actividad genital no exige más que la aptitud para realizar una vez la cópula conyugal. Lo cual resulta poco congruente con lo que sucede con las incapacidades respecto a los otros *onera essentialia*.

10 AAS 69 (1977) 426.

No ha faltado el intento de algún abogado que, viendo imposible llevar adelante la causa de nulidad por el impedimento de impotencia, ha intentado presentar los mismos hechos bajo el capítulo de la *incapacitas assumendi onera*. El intento no ha tenido éxito, como era de esperar. Pero indica la problemática que subyace en toda la cuestión. Yo me atrevería a decir que en el campo teórico el camino no está cerrado para proseguir en el estudio de materia tan compleja, tanto en el terreno especulativo como en la concreción anatómica-fisiológica-psicológica de los casos que presenta la realidad.

2.2 CÓPULA CONSUMATIVA DEL MATRIMONIO

En este sector la renovación del derecho matrimonial ha sido todavía más sensible que en el campo de la impotencia masculina, no obstante la afinidad y en muchos puntos coincidencia de ambos sectores.

Es evidente que la cópula que consuma el matrimonio es una cópula conyugal. Por eso el decreto de la Congregación para la Doctrina de la Fe del 13 de mayo de 1977 que hemos mencionado antes, simplifica enormemente la problemática relativa a la consumación, al declarar autoritativamente que no se requiere la *eiaculatio seminis in testiculis elaborati* para que se verifique la cópula conyugal. Pero, aparte de la renovación tan significativa de este elemento, los demás elementos de orden anatómico y fisiológico no han experimentado cambio sensible alguno ni en doctrina ni en jurisprudencia.

La revolución en este campo se ha verificado respecto a la necesidad de la participación de las facultades superiores en el acto consumativo del matrimonio. Basta recordar el estado de la doctrina en los años precedentes al Concilio, como consta por ejemplo en la Respuesta del Santo Oficio del 2 de febrero de 1949, no publicada en AAS, según la cual, puestos los elementos esenciales de la copula, ésta consuma el matrimonio, aunque sea actuada «a coniuge qui ad unionem sexuaem non pervenit nisi adhibitis mediis aphrodisiacis, *rationem usum actu interceptantibus*» (subrayado nuestro). Más cercano al Concilio y más expresivo todavía es el texto del P. Cappello en la edición de 1961 de su tratado *De Matrimonio*, en el que para que se verifique la consumación del matrimonio no exige más que el acto externo de la cópula natural «sive haec fiat per actum humanum sive alio modo, sive libere ac scien-

ter ponatur sive coacte et inadvertenter, sive iuste sive iniuste. Quare coniux in statu ebrietatis consumare valet matrimonium»¹¹.

Esta posición no podía sostenerse ante el progreso doctrinal aportado por el Concilio. En 1970 publiqué un artículo en *Periodica* titulado *De notione et effectibus consummationis matrimonii*, que en la sustancia era un voto que me había pedido el P. Bidagor como Secretario de la Comisión para la Revisión del Código sobre la problemática de la cópula conyugal en su doble vertiente del impedimento de impotencia y de la consumación. Supuestos los elementos anatómicos y fisiológicos esenciales, respecto a lo que califiqué como “elementos psicológicos” de la cópula consumativa del matrimonio, propuse mi punto de vista indicando tres elementos esenciales: 1) que la cópula sea realizada con un acto humano en sí, sin que baste el voluntario *in causa*; 2) que sea puesta sin violencia física; si bien la violencia moral, es decir el miedo, no tiene relevancia invalidante; 3) que sea efectuada con intención conyugal (no fornicaria), es decir sabiendo que son cónyuges.

Estos puntos de vista han sido confirmados fundamentalmente por la praxis de la Congregación de Sacramentos, como consta por las «Letterae circulares, *De processu super matrimonio rato et non consummato*» del 20 de diciembre de 1986.

De estos tres elementos, hoy la discusión queda abierta, incluso en seno a la Congregación de Sacramentos, respecto a dos cuestiones: 1) sentido del inciso *humano modo* que intercala el c. 1061 §1, al describir el matrimonio como «ratum et consummatum, si coniuges inter se *humano modo* posuerunt coniugalem actum»; 2) relevancia de la violencia moral o miedo en el acto consumativo del matrimonio. Dos palabras de cada una de las cuestiones.

2.2.1 “Humano modo”

La locución *humano modo* aparece en la Const. *Gaudium et spes*, referida en general a la vida íntima de los cónyuges: «Actus proinde, quibus coniuges intime et caste inter se uniuntur, honesti ac digni sunt et modo vere humano, exerciti, donationem mutuam significant et fovent, qua sese invicem laeto gratoque animo locupletant» (GS 49c). Es evidente que el texto no tiene ninguna connotación jurídica. Se refiere a la complejidad antropológica

11 F. M. CAPPELLO, *De matrimonio* (Roma 1961) 356-357.

–cognoscitiva, volitiva, instintiva, afectiva, amorosa, generosa, relajante etc.– propia de actividad sexual humana, ejercitada según las exigencias propias de la naturaleza racional del hombre. Se explica que, al querer dar a un término tan rico en su complejidad humana un sentido y un contenido estrictamente jurídico, se haya producido una situación de notable confusión y dispersión de pareceres, no todavía del todo superada.

La locución *humano modo* aparece entre paréntesis cuadrados ya en el primer *Schema* enviado a los órganos de consulta en febrero de 1975. Pero no parece que la Comisión hubiera prestado gran atención a la problemática a que podía dar lugar un inciso de significado tan impreciso.

En cambio, llegadas las observaciones de los órganos de consulta, se pudo advertir la variedad de opiniones sobre la oportunidad de incluir tal inciso en el canon. Unos lo juzgaban inútil y superfluo, teniendo en cuenta la madurez a que había llegado el concepto de *consumación*; otros en cambio lo rechazaban por juzgar que podía dar lugar a que se multiplicasen las causas *super rato*; no faltaban quienes lo rechazaban por estar en alguna manera radicados todavía en la doctrina precedente. El *Coetus laboris*, después de amplia discusión, aceptando expresamente que el inciso de suyo es superfluo, lo incluyó en el canon por un motivo del todo extrínseco: «quoniam illa Organa consultationis, quae suppressionem illorum verborum petierunt, aliquantulum videntur indulgere doctrinae contrariae, ipsi Consultores censent, ut opportune verba “humano modo” retineantur in textu canonis, salvo iudicio altioris instantiae»¹².

Hoy la polémica teórica ha sido superada respecto al contenido jurídico del inciso *humano modo*. Sin embargo, en la práctica con frecuencia en los casos concretos presentados a la Santa Sede se da al inciso un contenido mucho más amplio del que jurídicamente tiene, pretendiendo dar relevancia canónica a factores accesorios que no inciden en el acto humano que es propio de las facultades superiores de inteligencia y voluntad.

A mi parecer, respecto a la necesidad del acto humano, queda abierta una cuestión importante. Se trata de determinar si para la consumación es necesario un acto humano en sí, es decir voluntario en sí, o si basta un acto virtualmente voluntario. La cuestión es importante desde el punto de vista teórico, aunque no tenga gran incidencia práctica.

12 Cf. *Communicationes* 9 (1977) 129.

En las citadas «Letterae circulares, *De processu super rato et non consummato*» de la Congregación de Sacramentos del 20 de diciembre de 1986, se afirma que *ad solvendo casus sibi submissos*, es decir en orden a la práctica, la Congregación aplicará esta doctrina: «Ad habendam consummationem matrimonii oportet ut actus sit humanus ex utraque parte, sed sufficit ut sit *virtualiter voluntarius*, dummodo non violenter exigitus». Es claro que en la práctica jurisprudencial la Congregación no debe aceptar causas en las que el acto haya sido solamente virtualmente voluntario, por la inmensa dificultad que supone medir el grado de voluntariedad que supondrían estos casos, con evidente peligro de exponer al Romano Pontífice a conceder la dispensa *super rato* en matrimonios verdaderamente consumados. Pero esa actitud práctica de la Congregación no impide que especulativamente la cuestión haya que considerarla abierta.

Ante todo hay que proceder con claridad en los términos empleados en la reflexión, pues no es infrecuente que se usen indistintamente el término *voluntario in causa* y *virtualmente voluntario*. Un efecto se dice que es *voluntario in causa*, cuando el agente ha realizado voluntariamente un acto del cual prevé, al menos confusamente, que se seguirá aquel efecto, pero de tal modo que ya no ejerce ningún influjo sobre él. Sin embargo, el efecto previsto y querido sólo *in causa* es imputable al agente para todos los efectos morales y eventualmente penales. Por ejemplo, el terrorista que incentiva una bomba. En cambio, un acto se dice que es *virtualmente voluntario*, cuando el agente pone un acto o realiza voluntariamente una acción de la cual quiere que se siga otro acto u otra acción, sobre la cual sigue actuando al menos materialmente. El caso de quien hace el propósito de hacer algo, y luego va actuando para realizarlo sin pensar más en ello.

En el artículo arriba mencionado, adopté una posición segura, negando que bastase el *voluntario in causa* para consumar el matrimonio. Eso me parece evidente hasta el punto que creo que con dificultad se puede aplicar el concepto mismo de *voluntario in causa* a esta realidad. Excluido el voluntario *in causa* queda intacto el problema de si basta la cópula *virtualiter voluntaria* para consumar el matrimonio.

A mí me parece que la cópula *virtualiter voluntaria* –si realmente el agente ha perdido del todo el control de su libertad, cosa muy difícil de poder verificar– no puede tener la capacidad jurídica necesaria para, en ese estado, consumar el matrimonio. En efecto, de un acto que no es libre en sí mismo,

sino solo virtualmente voluntario, no parece que puedan seguirse efectos teológicos y jurídicos de tanto espesor como son los efectos que se siguen de la consumación del matrimonio.

2.2.2 Constricción moral (*metus*)

El otro campo que he indicado como abierto todavía a la discusión es la cuestión de la relevancia jurídica del *metus* o constricción moral. ¿La cópula sexual realizada bajo la presión moral del *miedo* es apta para consumir el matrimonio? No se trata de la cópula *extorta violenter*, pues ya la hemos excluido arriba, por faltar en ella el acto humano. Se trata de la cópula realizada bajo la presión moral que caracteriza la figura del *metus* en el derecho canónico; una presión tal que deja intactas las facultadas superiores de inteligencia y voluntad de modo que el agente puede elegir libremente – es decir sin que su voluntad esté internamente determinada en un sentido predeterminado– la realización del acto sexual para así librarse del mal con el que se siente amenazada.

La Congregación de Sacramentos en su praxis no concede relevancia al *metus* mientras la coacción no pase a ser violencia física (*copula violenter extorta*). Pero es claro que mientras no se demuestre con certeza que el *metus* impide que la cópula sea consumativa del matrimonio, la Congregación tiene que seguir esa praxis para evitar el peligro de que el Romano Pontífice conceda la gracia a matrimonios consumados. Pero consta que considera abierta la cuestión.

Entre los autores, es sabido que han sido defendidas las dos corrientes, aunque creo que en los últimos años la disputa ha cesado casi por completo. A mi parecer, los que han defendido la relevancia del *metus* han equiparado excesivamente el acto de la consumación con el acto de la celebración del matrimonio, sin subrayar suficientemente las profundas diferencias que existen. La celebración tiene que ser un acto libre, pues nadie tiene derecho a exigirla. La consumación, en cambio, constituye una obligación grave y específica del matrimonio cuyo cumplimiento no puede negarse sin una razón proporcionada. El problema obviamente se debe plantear respecto al otro cónyuge, que es quien tiene el derecho de exigir lo que le es debido. Parece del todo congruente con la naturaleza del pacto conyugal que si uno de los esposos difiere indefinidamente sin razón proporcionada la consumación, el otro

cónyuge tiene derecho a usar una amenaza razonable, por ejemplo la de iniciar el proceso *super rato*, aunque para la otra parte esa amenaza constituya un *metus gravis*. Si esta parte, bajo esa razonable exigencia del otro cónyuge, elige realizar la consumación, parece que no puede negarse que ese acto – que es un *acto humano en sí*, exigido razonablemente– sea verdaderamente consumativo del matrimonio, productivo de todos los efectos teológicos y jurídicos inherentes a la consumación. Podría ser más discutible la conclusión si quien infiere el *metus* no es el cónyuge, sino terceras personas que no tienen ningún derecho a exigir la consumación del matrimonio.

Personalmente, aunque he analizado el problema desde todos los puntos de vista¹³, no he encontrado argumentos convincentes para cambiar mi primera posición, expresada el año 1970, según la cual la coacción moral o *metus* no tiene relevancia jurídica en la consumación del matrimonio. Y me atrevería a decir que, aunque la cuestión queda abierta, no creo que pueda tener mucho futuro la posición que le concede tal relevancia.

2.3 TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LAS DESVIACIONES SEXUALES

Tratando de las cuestiones canónicas relativas a la esfera sexual maduradas en los años posteriores al Concilio, con perspectivas de ulteriores desarrollos, no puede faltar una palabra respecto al tratamiento jurisprudencial de las desviaciones sexuales, el cual fue el germen que dio origen al n. 3 del c. 1095¹⁴.

Las desviaciones sexuales –particularmente la ninfomanía y la homosexualidad– como capítulos de nulidad matrimonial fueron tratados en la jurisprudencia hasta los años sesenta del siglo XX reduciéndolos de un modo o de otro al campo de los “*morbi mentis*”, no obstante las dificultades e incongruencias que ello comportaba en muchos casos. Precisamente por esas dificultades no faltan ya atisbos anteriores a los años sesenta que indican que la incapacidad en el caso de la ninfomanía proviene del hecho de que la per-

13 Cf. L. GHISONI, *La rilevanza giuridica del metus nella consumazione del matrimonio* (Tesi Gregoriana, Serie Dir. Can. 47; Roma 2000) 209 pp.

14 Para ulterior información, remito al artículo que escribí originariamente como Voto para la Comisión para Revisión del Código: U. NAVARRETE, «“Incapacitas assumendi onera”, uti caput autonomum nullitatis matrimonii»: *Periodica* 61 (1972) 47-80.

sona no es *domina corporis sui* y por lo tanto no puede hacer un contrato cuyo objeto es el *ius exclusivum in corpus*. En este sentido se encuentran ya ideas en la causa juzgada en tres instancias sucesivas por tres rotales de particular fama: c. Teodori (19 enero 1940)¹⁵, c. Heard (5 enero 1941)¹⁶ y c. Julien (16 oct. 1942)¹⁷. Los rotales parecen moverse confusamente entre la incapacidad para prestar el consentimiento (*morbus mentis*) y la incapacidad para prestar el objeto del consentimiento por no ser capaz de dar el *ius exclusivum in corpus*. En cambio, en dos sentencias c. Lefebvre de 26 abril 1958¹⁸ y de 1959¹⁹ la ninfomanía es juzgada bajo el capítulo de la *exclusio boni fidei*, señalando como *ratio simulandi* la imposibilidad subjetiva de observar la fidelidad. En una c. Sabattani del 21 de junio de 1957²⁰ el rotal se pone explícitamente el problema de la sistematización de este capítulo de nulidad: «*Relate vero ad inclusionem huius formae in schematibus iuridicis, nymphomania videtur forsan magis accedere ad impotentiam quam ad vitium mentis*» (n. 5). Y expone la motivación de su perplejidad.

Después del Concilio, la jurisprudencia rotal se orienta cada vez con mayor claridad y decisión a ver la ninfomanía –y lo mismo se puede decir de la homosexualidad– como una incapacidad de asumir la obligación de la fidelidad. Me atrevería a decir que fue decisiva en esta cuestión una c. Anné del 17 enero 1967, en la cual examina el problema desde todos sus puntos de vista. Rechaza expresamente que la ninfomanía se pueda juzgar ni como impedimento ni como exclusión de la fidelidad, y analizando los elementos formales del consentimiento, tiene esta frase determinante: «*non inficit cognitionem aestimativam et voluntatem consensum elicentis, sub ratione ipsius operationis; tangit, autem, obiectum consensus*».

El camino estaba preparado para formular un capítulo de nulidad autónomo, si bien la jurisprudencia había contemplado solamente la *incapacitas assumendi onera* proveniente de las desviaciones sexuales. Así se explica que en el *Schema* enviado a los órganos de consulta en 1975 este capítulo de nulidad aparezca en un canon separado del precedente dedicado a los

15 RRD, 32, 81-92.

16 RRD, 33, 488-496.

17 RRD, 34, 775-781.

18 RRD, 50, 277-281.

19 RRD, 51, 609-614.

20 RRD, 49, 500-513.

números 1 y 2 del actual c. 1095 y que la *incapacitas assumendi obligationes essentielles matrimonii* se limitara solamente a las incapacidades originadas *ob gravem anomaliam psychosexualem*, sin tener en cuenta otras posibles incapacidades *assumendi onera* que no se refieran a la esfera psicosexual.

Obviamente con el trabajo posterior de la Comisión y teniendo en cuenta las observaciones de los órganos de consulta, el principio adquirió una amplitud mayor, al sustituir el inciso *ob gravem anomaliam psychosexualem* por éste otro que no hace referencia a la sexualidad: *ob gravem anomaliam psychicam*. Como es sabido, en la última revisión hecha con el Santo Padre, se prefirió sustituir este inciso por las palabras *ob causas naturae psychicae*. Las tres sucesivas formulaciones limitativas parecen ser de discutible oportunidad legislativa, dado que el principio *ad impossibile nemo potest se obligare* parece exigir un enunciado ilimitado, sin restringirlo ni a las incapacidades debidas a *anomalías psicosexuales*, ni al campo mucho más amplio de las incapacidades debidas a *anomalías psíquicas* o, en fórmula equivalente, a las debidas a *causas de naturaleza psíquica*.

No entramos ahora en la problemática que encierra el n. 3 del c. 1095. Hemos querido indicar solamente en este momento su génesis evolutiva, a partir de la sistematización de los capítulos de nulidad matrimonial originados por las desviaciones sexuales más significativas.

3. PROBLEMÁTICA RELATIVA AL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

En este campo la problemática se ha desarrollado sensiblemente en tres sectores de particular importancia: el de las *incapacidades* (c. 1095); el del *error facti* (c. 1097), *iuris* (c. 1099) y *dolosus* (c. 1098); y el de las exclusiones (c. 1101 §2). Imposible hacer una síntesis de un campo tan ilimitado. Haré algunas apreciaciones más bien personales sobre cada uno de ellos.

3.1 PROBLEMÁTICA SOBRE LAS INCAPACIDADES (C. 1095)

Como es sabido, el nuevo c. 1095, de suyo innecesario, codifica la evolución de la jurisprudencia de los últimos años precedentes a la promulga-

ción del Código. Por lo que respecta a los números 1 y 2, se recoge la evolución de la jurisprudencia siguiendo la evolución de las ciencias psicológicas y psiquiátricas en el estudio de las diversas perturbaciones de las facultades cognitivas y volitivas de la persona que pueden tener relevancia canónica. Y por lo que atañe al n. 3 ya hemos indicado arriba su origen y su evolución jurisprudencial.

Intentando formular un juicio global de la utilidad del c. 1095 en sus veinte años de vigencia, creo que merece un juicio positivo: ha estimulado mucho a precisar conceptos canónicos importantes y a desarrollar algunos capítulos de nulidad que no eran conocidos o suficientemente individuados, no obstante su existencia.

Por otra parte, hay que reconocer que se ha seguido un inconveniente extrínseco negativo de notable relevancia en la Iglesia. Me refiero al hecho de la polarización de la jurisprudencia hacia los capítulos comprendidos en el c. 1095, hecho que se ha verificado en bastantes tribunales eclesiásticos con menoscabo del desarrollo de otros capítulos de nulidad. Por otra parte en algunos tribunales se ha constatado una tendencia a dar una interpretación excesivamente amplia a cada uno de los capítulos de nulidad contenidos en el canon. A este respecto hay que recordar las importantes alocuciones de Juan Pablo II a la Rota de los años 1987 y 1988, en las cuales llama la atención sobre algunos aspectos importantes de la aplicación jurisprudencial del c. 1095.

En cuanto al desarrollo futuro, teniendo presente el derecho de los fieles de toda la Iglesia a gozar de los mismos derechos fundamentales como es el derecho al matrimonio, sería muy importante para el bien de la Iglesia el que, sin mencionar otros problemas de menor significado, se llegase cuanto antes a criterios jurisprudenciales bastante iguales en dos puntos decisivos:

1. Criterios más comunes para juzgar el grado mínimo de *discretio iudicii* necesario para poder contraer matrimonio. Tal vez la jurisprudencia eclesiástica –no me refiero sólo a la rotal– ha prestado excesiva atención a la etiología y clasificación de las perturbaciones que pueden impedir en algún grado la capacidad de “discernir”, invadiendo en un cierto sentido la competencia de los psicólogos y psiquiatras, y, en cambio, tal vez ha atendido menos a buscar criterios comunes seguros para determinar, en lo posible, el grado mínimo necesario de discreción para que el sujeto pueda “discernir” acerca de los deberes y derechos esenciales del matrimonio. Es claro que no sirven como

criterio para juzgar el grado mínimo de discreción necesaria, la clasificación médica de una determinada perturbación, su gravedad y su etiología, pues éstas, *positis ponendis*, pueden servir como prueba de si se da o no se da el grado mínimo de discreción, pero no pueden tomarse como criterio para fijarlo.

Rechazados, por ineptos, los criterios propuestos por algunos autores clásicos, como la capacidad para cometer pecado mortal, se recurre con frecuencia al criterio de la “proporción” que debe haber entre la discreción necesaria y la gravedad de los deberes y derechos esenciales del matrimonio. Sin embargo, este criterio en el fondo contiene una tautología que lo hace objetivamente inoperante. La razón es clara. No podemos saber el grado mínimo de discreción necesaria para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, si no se tiene previamente un criterio de valoración de la gravedad objetiva de dichas obligaciones esenciales. Por otra parte, nadie ignora que según qué criterio se adopte para medir la gravedad jurídico-moral de las obligaciones esenciales del matrimonio, fácilmente se podría llegar a la conclusión de que serían pocas las personas que tendrían la discreción proporcionada para asumirlas.

Yo siempre he creído que el único criterio válido no puede ser otro que el de la normalidad para poder medir el grado mínimo necesario para poder “discernir acerca de los deberes y derechos esenciales del matrimonio”. Ahora bien, la normalidad en este campo la podemos conocer en sus contenidos fundamentales por el modo general de proceder de los hombres en todos los tiempos y en todas las culturas conocidas, es decir, lo que se suele llamar el *consensus universalis* en el modo de proceder. Y es un hecho conocido que, en la mayor parte de las culturas, el criterio para la admisión al matrimonio ha sido siempre por lo general extremadamente bajo, juzgando suficientemente maduros para el matrimonio a los jóvenes, apenas han superado la pubertad. Incluso en la cultura jurídica romana y, luego, la cristiana, la edad mínima requerida era la de 14 años para el varón y la de 12 para la mujer, con la excepción para el varón de que la precocidad de la pubertad natural podía suplir la pubertad legal de los 14 años. Esta legislación, como es sabido, ha estado en vigor en la Iglesia hasta la promulgación del CIC/17.

Es obvio que hay que tener presente todos los factores que influyen en que, en un determinado contexto cultural, el desarrollo de la “discreción de juicio” siga un proceso más lento que el desarrollo de la pubertad natural. Sin embargo este hecho no disminuye, antes refuerza, la validez del criterio to-

mado del desarrollo medio normal de la pubertad tomada en su integridad, es decir en sus vertientes no solo fisiológica sino también psicológica.

2. El otro punto importante para llegar a criterios jurisprudenciales más igualitarios en toda la Iglesia sería el precisar con mayor seguridad, respecto al n. 3 del c. 1095, cuáles son las situaciones subjetivas patológicas que constituyen verdadera incapacidad para “asumir las obligaciones esenciales del matrimonio”, y asimismo cuáles son objetivamente aquellas *obligaciones* que son verdaderamente *esenciales* y cuál es su exacto contenido para llegar a constituir un capítulo autónomo de nulidad. De momento se observa todavía en algunos tribunales eclesiásticos la tendencia a juzgar como incapacidad ciertas situaciones subjetivas que no llegan a constituir verdadera incapacidad para *asumir las obligaciones esenciales del matrimonio*, sino a lo más mera dificultad; y asimismo la tendencia a considerar como esenciales ciertos valores (obligaciones-derechos) del matrimonio que no constituyen elementos esenciales, aunque sean muy importantes, o bien, si objetivamente son esenciales, se tiende a ampliar su contenido más allá del núcleo que constituye su esencialidad.

3.2 PROBLEMÁTICA SOBRE EL ERROR

3.2.1 El “error facti” (c. 1097)

Recordemos los datos esenciales. El c. 1083/17 consideraba error invalidante el *error circa personam*; y el *error circa qualitatem personae, etsi det causam contractui*, solamente en dos hipótesis: 1ª. *Si error qualitatis redundet in errorem personae* y 2ª *Si persona libera matrimonium contrahat cum persona quam liberam putat, cum contra sit serva, servitute proprie dicta*. Eliminada por obsoleta la figura del *error condicionis servitutis* y queriendo mantener el contenido tradicional del canon, la Comisión para la Revisión del Código, desde el primer *Schema* presentó el siguiente texto: «§1. Error in persona invalidum reddit matrimonium. / §2. Error in qualitate personae, etsi det causam contractui, matrimonium non dirimit nisi redundet in errorem personae». El texto se conserva intacto incluso en el *Schema* 1980, preparado para la Comisión Plenaria de octubre de 1981.

El término *error qualitatis redundans in errorem personae* en la tradición canonística había sido interpretado en dos sentidos: en el sentido de

una *cualidad individuante* (el actual rey de la nación X) o en el sentido de una *cualidad común* (un noble, un médico, un militar) pero *deseada de modo principal*. En los últimos siglos, a partir de Sánchez, había prevalecido la primera interpretación, es decir la que la limita a una cualidad individuante. No parece haber duda de que esa era la interpretación que quería dar el CIC/17 y ciertamente fue la común después del 17 y la que quería seguir la Comisión para la Revisión del Código.

En este periodo de transición, cuando el canon sobre el dolo (actual c. 1098) no existía todavía, una sentencia rotal, c. Canals del 21 abril 1970, propuso un concepto de *error redundans* del todo nuevo. Mencionadas las dos interpretaciones indicadas, propone una tercera “noción”: «Tertia notio est cum qualitas moralis iuridica socialis tam intime connexa habetur cum persona physica ut, eadem deficiente, etiam persona physica prorsus diversa resultet». Algunas sentencias rotales sucesivas siguieron esta interpretación para resolver afirmativamente algunos casos que hoy podrían ser solucionados mediante el canon del dolo. En aquellas circunstancias transitorias, esa tendencia parecía abrir una puerta a las declaraciones de nulidad, que podría dar lugar a muy amplias interpretaciones y aplicaciones. Para prevenir esas eventualidades, ya distribuido el Schema del 1980 la Secretaría *ex officio* por indicación de personas de autoridad decidió eliminar el concepto *error qualitatis in errorem personae redundans*, sustituyéndolo por la frase actual tomada de S. Alfonso María de Liguorio: *qualitas directe et principaliter intenta*.

Publicado el Código, una corriente de interpretación e incluso alguna sentencia rotal, ha querido ver el *error redundans* implícito en el *error in persona* del §1 del c. 1097, siguiendo en el fondo la ampliación introducida por la citada sentencia c. Canals. Pero la interpretación dominante de la Rota y de la doctrina mantiene el §1 en su sentido literal, y en cuanto al *error qualitatis* no le concede relevancia invalidante sino dentro de los límites del §2. Esta interpretación fue claramente avalada por Juan Pablo II, en la Alocución a la Rota del 25 de enero de 1993, donde expresó su criterio sobre cada uno de los dos párrafos del c. 1097²¹. En esta interpretación queda del todo ex-

21 AAS 85 (1993) 1256-1260. Respecto al §1 dice el Papa: «Ma anche in materia dell' "error facti", specificatamente ove si tratta di "error in persona", ai termini usati dal Legislatore non è consentito attribuire un significato estraneo alla tradizione canonica» (pp. 1259-1260). Y en cuanto al §2, hace notar: «come pure l' "error in qualitate personae" soltanto allora può inficiare il

cluido el dar relevancia a la *voluntas interpretativa*, es decir a aquella voluntad que se hubiera formado si se hubiera conocido la verdad.

Es claro que la legislación del Código no cubre los casos de *error qualitatis* sobre cualidades que pueden ser muy contrarias al consorcio de la vida conyugal, pero que no entran ni en el canon sobre el dolo (c. 1098) ni en el §2 del c. 1097 por no tratarse de una cualidad *directe et principaliter intenta*. El problema se puede hacer particularmente agudo cuando se trata de cualidades a las que el contexto cultural da una particularísima importancia, como puede ser la virginidad, la fecundidad, etc.

Se trata de un campo que no puede darse por cerrado definitivamente. Yo me atrevería a decir que, aun sin una intervención explícita del legislador, puede abrirse camino una jurisprudencia sana y equilibrada a partir del supuesto de la existencia de una *voluntad actual implícita* en el contrayente, en determinados casos de cualidad claramente y gravemente contraria al *consortium vitae coniugalis*, y de modo particular si el contexto cultural atribuye a la cualidad en cuestión un valor tal que implícitamente todos la desean de modo prevalente o la suponen como una condición *sine qua non*, como puede ser, en ciertos ambientes, la virginidad. En estos casos parece que puede darse en el contrayente una *voluntad actual implícita* de no contraer si el otro contrayente está afectado por la presencia o por la carencia de aquella determinada cualidad. Subrayo que no se trata de conceder eficacia invalidante a la *voluntad interpretativa* –que no la puede tener, pues es una voluntad que no ha existido nunca– sino que se trata de reconocer eficacia a una *voluntad actual implícita*, realmente existente, pero que no se explicita, por darse por supuesta como un requisito del matrimonio absolutamente necesario.

3.2.2 El “error dolosus” (c. 1098)

A medida que va pasando el tiempo resulta menos práctica la cuestión sobre si el dolo irrita el matrimonio por derecho natural o solamente por derecho positivo, dado que cada vez es menos probable la introducción de causas de nulidad de matrimonios contraídos con dolo antes de entrar en vigor

consenso quando una qualità, né frivola né banale, “directe et principaliter intendatur”, cioè, come efficacemente ha affermato la giurisprudenza rotale, “quando qualitas prae persona intendatur”» (p. 1260).

el Código del 83. Por otra parte, también los términos de la ley se van configurando cada vez con mayor precisión. Hoy por hoy no creo que se pueda detectar una problemática particularmente viva al respecto. Era un canon muy conforme a las aspiraciones de muchos, tanto si se trata de expresión canónica del derecho natural como si es ley solamente eclesiástica.

Quienes defienden que el dolo invalida el matrimonio por derecho natural tendrían que explicar ulteriormente hasta qué punto la formulación canónica presentada por el Legislador refleja exactamente lo que el derecho natural exige, especialmente el alcance de las cláusulas más significativas. La cuestión es puramente teórica, pues en la práctica la eficacia irritante de las cláusulas está asegurada, en el ámbito que les vaya dando la interpretación común. Por lo demás, no parece que haya ni se prevea para el futuro una problemática particularmente compleja.

3.2.3 El "error iuris"

Como es sabido, el c. 1099 no presenta novedades de relieve respecto al c. 1084/17, excepto la cláusula *dummodo non determinet voluntatem*. Sintetizando, creo que la cláusula ha suscitado dos series de problemas diversos: la primera serie se refiere al significado canónico que la cláusula puede tener en sí; la segunda, en cambio, suponiendo que tiene relevancia invalidante, trata de su colocación dentro del cuadro de las nulidades matrimoniales. Además, la cláusula ha merecido una atención particular respecto al error sobre la sacramentalidad en los bautizados que no tienen fe.

La cláusula *dummodo non determinet voluntatem* fue introducida tras probar algunas otras formulaciones, atendiendo a la jurisprudencia que progresivamente iba dando particular importancia, sin apoyo alguno en la tradición, a un tipo de error que calificaba con diversos adjetivos como *pervicax*, *mente radicans*, *inveteratus*²², etc. Apesar de que ninguna sentencia rotal había declarado nulo ningún matrimonio basándose en este tipo de error²³, la Comisión para la Revisión del Código desde el primer *Schema* le quiso dar

22 Cf. I. PARISELLA, «De pervicaci seu radicato errore circa matrimonii indissolubilitatem: iurisprudentia rotalis recentior»: *Miscellanea* (R. Bidagor, III, Roma 1972) 316.

23 Cf. M. BERTI, *L'esclusione della sacramentalità del matrimonio da parte dei battezzati non-credenti nella dottrina e nella giurisprudenza attuale* (Dissert. ad Doct, Univ. Greg., Trento 1992) 202.

acogida de algún modo. Pero en el fondo subyace un problema que parece no superado a pesar de lo que se ha escrito sobre el canon y me atrevería a decir que es objetivamente insoluble. En efecto, psicológicamente parece ser incompatible un estado de error acerca de las propiedades esenciales –sobre todo si el error merece los calificativos arriba indicados– con el hecho de que la misma persona pueda determinar su voluntad a no querer, en el caso concreto de su matrimonio, una de las propiedades o la sacramentalidad; y el motivo es precisamente porque la persona está *cierta*, aunque fundada en el error, de que esas propiedades no pertenecen a la estructura del matrimonio. Si está *cierta* de que dichas propiedades no pertenecen al matrimonio no se ve cómo puede eficazmente determinar su voluntad a no quererlas en su matrimonio o a querer que no se den en su matrimonio. Sin embargo, los cano-nistas hemos partido de la presunción razonable de que el inciso *dummodo non determinet voluntatem*, introducido en el canon, tiene que ser operativo; y cada uno ha hecho lo posible para dar una explicación en el sentido de concederle operatividad invalidante.

Hoy, después de veinte años de experiencia, a pesar de que se ha escrito mucho sobre el innovador inciso, me atrevería a decir que el progreso especulativo en este campo ha sido más bien escaso y probablemente el inciso se ha revelado poco útil en la práctica. Ni parece que pueda dar mucho más de sí en el futuro.

Respecto a la problemática sobre la colocación sistemática de la figura en el cuadro de las nulidades²⁴, hay que notar que, puesto que el error en cuanto tal no tiene relevancia invalidante, la cuestión se centra obviamente en los capítulos de nulidad en los que opera la voluntad. Por otra parte, dado que el acto de voluntad no aparece explícitamente formulado, hay que recurrir de alguna manera a los actos implícitos de voluntad, como lo hacen tanto los autores que reducen la figura al *error recidens in condicionem sine qua non* (c. 126), como los que juzgan que se debe incluir entre las exclusiones de una propiedad esencial o de la sacramentalidad (c. 1101 §2). Los autores, en cambio, que opinan que no se da exclusión de propiedad, sino que el que yerra quiere el matrimonio tal como erróneamente lo conoce, es decir, sin una de

24 Para esta cuestión, remito al estudio exhaustivo de R. SERRES, *Error recidens in condicionem sine qua non* (can. 126): Estudio histórico-jurídico (Tesi Gregoriana, Serie Dir. Can. 12, Roma 1997) 183-195.

las propiedades o sin la sacramentalidad, no parece que resuelvan el problema. Si así fuera, serían igualmente nulos todos los matrimonios celebrados con el *error iuris*, pues todos los contrayentes, errantes y no errantes, no pueden querer el matrimonio sino como lo conocen. Por eso necesariamente, para que el inciso tenga eficacia invalidante, el errante tiene que querer el matrimonio, pero sin la propiedad que de alguna manera rechaza eficazmente.

3.3 PROBLEMÁTICA SOBRE LAS EXCLUSIONES (C. 1101 §2)

En el nuevo Código se ha introducido un inciso nuevo muy general “*vel matrimonii essentielle aliquod elementum*” que indica un nuevo campo posible de factores cuya exclusión vicia el consentimiento matrimonial. Pero en ninguna parte se determina cuáles son los *elementos esenciales* del objeto del consentimiento. La redacción del canon indica que existe una diferencia entre la exclusión del *matrimonium ipsum* del inciso que antecede, el cual lleva consigo la exclusión de la totalidad de los elementos esenciales, vistos en la unidad que constituye el instituto del matrimonio, y la exclusión solamente de alguno de esos elementos esenciales. Asimismo, el contenido del inciso *vel matrimonii elementum aliquod essenziale* se tiene que distinguir del contenido del inciso siguiente *vel essentialem aliquam proprietatem*.

Supuesta esta división de las exclusiones que propone el legislador, se impone el trabajo de determinar en concreto cuáles son los *elementa essentialia* cuya exclusión vicia el consentimiento. Este trabajo seguramente se ha desarrollado más en relación con las incapacidades (c. 1095) que en el campo de las exclusiones. En efecto, los incisos *iura et officia matrimonii essentialia* del n. 2 y *obligationes essentielles* del n. 3 del c. 1095 coinciden fundamentalmente con los *elementa essentialia* del nuevo inciso del c. 1101 §2. Pero mientras que en el c. 1095 estos elementos esenciales son de continua aplicación jurisprudencial, la exclusión, a norma del c. 1101 §2, de algún elemento esencial, tratado como tal, se puede verificar con escasa frecuencia. Por otra parte, en el tratamiento jurisprudencial de los capítulos de nulidad por exclusión, se suele seguir preferentemente el esquema agustiniano de los *tria bona*, los cuales no se pueden clasificar como *elementa essentialia matrimonii*, en el sentido específico que el legislador les quiere dar en el canon, al contraponerlos tanto al *matrimonium ipsum* como a las *proprietates essen-*

tiales del mismo. Por este conjunto de circunstancias, diría que en el campo de las exclusiones hasta ahora no se ha individuado ningún *elemento esencial*, formalmente tal, y, por lo tanto, distinto de los otros factores incluidos en el canon, que haya sido operativo en la jurisprudencia como capítulo de nulidad.

En cambio, en relación con el sector de las exclusiones, se ha reactivado la problemática particular referente a la exclusión de la sacramentalidad del matrimonio cristiano. Partiendo del principio de la identidad entre contrato y sacramento, se tiende a reforzar la interpretación de que la exclusión de la sacramentalidad hay que considerarla identificada con la exclusión del *matrimonium ipsum*, y no equipararla con la exclusión de las propiedades esenciales, como interpreta la corriente tal vez más consistente de la doctrina y de la jurisprudencia. No es el momento para entrar en el pormenor de la discusión. Pero parece que la corriente que opina que la exclusión de la sacramentalidad equivale a la exclusión del *matrimonium ipsum*, no atiende suficientemente a que, en el tratado sobre el consentimiento del CIC, se presta más atención al mecanismo de nuestras facultades en el modo de conocer (y de querer o no querer) la realidad del matrimonio que a la constitución objetiva del mismo, como es evidente en el c. 1096 sobre el conocimiento mínimo suficiente y en el c. 1099 sobre el error acerca de las propiedades esenciales o la sacramentalidad.

Objetivamente la exclusión de una propiedad esencial comporta la exclusión del *matrimonium ipsum*, en cuanto se excluye la posibilidad de que venga a la existencia el matrimonio, al excluir aquella propiedad esencial. Pero en el mecanismo de nuestras facultades no es lo mismo excluir el matrimonio en su totalidad que querer el matrimonio pero sin un factor esencial, sin el cual el matrimonio no puede existir. Y no parece que haya dificultad en que uno pueda querer el matrimonio, pero sin la sacramentalidad, lo mismo que puede quererlo pero sin la indisolubilidad.

La sacramentalidad en el campo de la ignorancia (c. 1096) y del *error iuris* (c. 1099) es tratada exactamente igual que la ignorancia y el error acerca de las propiedades del matrimonio, es decir, sin que tengan eficacia invalidante. Es más, el desarrollo de la doctrina sobre la ineficacia invalidante del error sobre las propiedades, partió precisamente del caso que S. Tomás llama *error infidelis*, es decir, el error sobre la sacramentalidad²⁵. Si en el

25 Cf. S. TOMÁS, *Suppl.*, q. 51, a. 2, resp.

campo de las exclusiones, en virtud del principio de identidad entre contrato y sacramento, la exclusión de la sacramentalidad equivale o conlleva la exclusión del *matrimonium ipsum*, no se ve cómo puede salvarse el hecho de que la ignorancia y el error acerca de la sacramentalidad no afecte a la validez del acto a norma del c. 126, pues habría que considerar la sacramentalidad como perteneciente *ad id quod constituit substantiam actus*. Por otra parte, no tiene ningún significado doctrinal el hecho de que la Comisión Plenaria de 1981, como puede comprobarse por sus actas, no aprobara la propuesta de la Secretaría²⁶ de añadir en el c. 1101 §2 la mención expresa de la sacramentalidad²⁷.

El problema tiene sin duda interés teórico, especialmente en el campo de la relación entre pacto conyugal y sacramento, y también para la clasificación de los capítulos de nulidad; pero en el terreno práctico jurisprudencial no parece que pueda tener gran incidencia.

Con esto damos por terminada la exposición del tema que se nos había asignado: «*El matrimonio canónico a la luz del Concilio Vaticano II: Cuestiones fundamentales y desarrollos doctrinales*». He procurado hacer un recorrido, necesariamente a vista de pájaro, sobre las cuestiones que me han parecido más fundamentales, sintetizando su desarrollo postconciliar e indicando las perspectivas que en algunas de ellas pueden adivinarse para el futuro. Cuestiones todas muy tratadas, precisamente por ser fundamentales; pero que, vistas en la panorámica de una síntesis, pueden dar una idea impresionante de los desarrollos doctrinales, jurisprudenciales y legislativos –que en algunos sectores importantes han sido verdaderamente revolucionarios– realizados en los cuatro lustros que van del Concilio a la promulgación del nuevo Código, el cual por su parte no ha hecho sino codificar esos desarrollos, que la doctrina y la jurisprudencia posterior han confirmado y han ido ulteriormente desarrollando, aunque mucho más modestamente, en los puntos susceptibles de evolución.

26 PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENTO, *Relatio complectens syntheses animadversionum ab Em. mis atque Exc. mis Patribus Commissionis ad novissimum schema Codicis Iuris Canonici exhibitarum, cum responsionibus a Secretaria et Consultoribus datis*, Typis Pol. Vaticanis 1981, 257, ad c. 1053.

27 PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Congregatio Plenaria diebus 20-29 octobris 1981 habita*, Typis Pol. Vaticanis 1991, 452-460.

