

tencia, la dominación y la apropiación — que son aberraciones — como exigencias de Derecho natural y significados verdaderos de la esponsalidad conyugal de la condición sexual humana.

El intérprete deberá distinguir los abusos, a veces fruto de la educación recibida, de las costumbres y del ambiente cultural, de lo que, además de abuso, constituye radicalmente *un principio consciente y voluntario de vinculación jurídica desigual y discriminatoria en la estructura del consorcio matrimonial*. Sólo en el segundo caso cabe apreciar la nulidad del matrimonio por exclusión del verdadero vínculo conyugal. Como es de experiencia, cuando en la raíz se quiso un vínculo de desigualdad, las manifestaciones de prepotencia, dominio y apropiación de un esposo sobre otro, aunque muy variadas en el orden fáctico — pues dependen mucho de las pautas de comportamiento del contexto socio-cultural —, tienden a componer un continuo en la historia matrimonial. Un defecto radical en la estructura esencial del matrimonio, si es constitutivamente estructural, se manifiesta siempre en los precedentes, en el período coetáneo y en el subsiguiente al momento nupcial, constituyendo, sea cual sea la modalidad de los hechos singulares, un *continuo biográfico*, que es precisamente la línea que hay que probar para alcanzar la certeza de que el defecto es de índole radical.

d) La exclusión de la persona del otro contrayente

Otro modo de excluir el matrimonio mismo es el *rechazo de la persona del otro contrayente*. Como es obvio, no nace el vínculo cuando uno de sus titulares es excluido. Pero la expresión «excluir a la persona del otro contrayente» es ambigua. Conviene precisar qué se está excluyendo en concreto. El otro contrayente puede ser rechazado por ser este *individuo singular*. Puede ocurrir también que el objeto excluido sea más exactamente su *condición personal* y las exigencias que la aceptación de esta condición personal imponen a la naturaleza del vínculo conyugal, que debe ser un vínculo interpersonal. Por fin, el otro puede ser rechazado, no tanto por ser este individuo o en su condición de persona, sino más directa y expresamente en su dimensión conyugable, esto es, en su condición de varón o de mujer.

Sin duda hay simulación total cuando un contrayente rechaza al otro por ser este *individuo singular*, al que precisamente por ser éste, en vez de otro, no se le quiere por cónyuge.

La exclusión, sin embargo, puede ser de la persona del otro cónyuge, en el sentido de *rechazo de la implicación personal* tanto en lo que de sí se dona realmente, cuanto en lo que del otro se quiere aceptar. Así, existe exclusión del matrimonio mismo cuando lo que se quiere exclusivamente, bajo apariencia de matrimonio e instrumentalizando el signo nupcial, es la apropiación de un cuerpo sexuado como objeto de placer. En tal caso, la exclusión del vínculo deriva del rechazo de la otra parte en cuanto persona; o, si se prefiere,

de la dimensión personal constitutiva del vínculo conyugal. En efecto, el consentimiento matrimonial tiene por objeto instaurar aquella unión entre las personas que se sustenta en la comunicación de la complementariedad sexual: la copertenencia de los cuerpos sexuados es el contenido a propósito del cual se unen las personas; pero las personas se implican como tales en la comunión a propósito de sus cuerpos sexuados. En este sentido, el principio informador del conyugio, el vínculo de justicia por el que se copertenecen sexualmente, es una realidad espiritual que surge de un acto de implicación personal — el don y la aceptación de sí en cuanto varón y mujer — y se constituye en la dimensión personal substante de toda la vida de intimidad sexual. Sin esta implicación de la persona, que personaliza la unión sexual, la comunicación de los cuerpos se convertiría en uso del otro como cosa y mero objeto. Y por esto se dice ya desde muy antiguo en la tradición canónica, con todo rigor, que el matrimonio es unión interpersonal (*unio animarum*) que contiene la unidad de los sexos (*unum corpus, unitas carnis vel corporum, coniunctio in una carne, una corporum mixtio*). Pues bien, si en realidad, bajo el signo nupcial, hay mero ánimo fornicario y rechazo de la implicación de la persona en el don y aceptación de sí a propósito de la sexualidad, tal consentimiento es nulo y constituye una modalidad de exclusión del vínculo jurídico conyugal.

El fundamento de esta invalidez reside en que el vínculo conyugal no puede reducir los elementos que vincula a los solos cuerpos, sin implicación de la persona en dicho vínculo. El vínculo conyugal es específicamente el nexo unitivo entre las personas de los esposos y, dada su naturaleza de vínculo personal, sólo surge como tal si en el consentimiento matrimonial hay *implicación voluntaria de las personas de los contrayentes en el don y aceptación recíproca de su cuerpo sexuado*. En efecto, esta voluntad interior es un acto de la persona y la verdad íntegra de su objeto intencional, que es darse y recibirse como varón y mujer, comprende obviamente al sujeto personal de esa masculinidad y de esa femineidad.

Por fin, el sujeto puede ser excluido expresa y directamente en su condición sexual conyugable. Se trata de aquellos casos en los que, bajo apariencia nupcial, uno o ambos contrayentes quieren exclusivamente un contenido incompatible con el conyugal o por completo ajeno a él, lo que provoca la ineludible exclusión de la naturaleza conyugal de la unión pretendida. Por ejemplo: cuando lo único que se intenta es una relación de amistad platónica, una sociedad profesional o económica, una apariencia de unión a efectos meramente sociales o documentales, etc. La clave aquí, en suma, es la exclusión del don y la aceptación de la masculinidad o femineidad como las específicas dimensiones de las personas cuya complementaria unidad vincula el matrimonio. Se trata de una exclusión del vínculo conyugal por rechazo de su índole sexual (*exclusio in una carne coniunctionis*).

8. *La exclusión de algún elemento esencial del matrimonio*
- a) *Modificación del texto del derogado c. 1086 § 2 por la nueva expresión legal del c. 1101 § 2*

Entre el § 2 del c. 1101 y el ya derogado c. 1086 § 2 no existe diferencia de texto en lo tocante a la nulidad por exclusión del matrimonio mismo o de alguna de las propiedades esenciales: la unidad o la indisolubilidad. La novedad, sin duda importante, reside en la desaparición de la fórmula «*omne ius ad coniugalem actum*», con la que el anterior c. 1086 aludía a la nulidad por exclusión del bien de la prole (*bonum proles*), sustituida por la expresión «*matrimonii essentiale aliquod elementum*» del actual c. 1101. ¿Cuál es el ámbito significado por la nueva fórmula?

Según se desprende de los trabajos preparatorios, hubo otras fórmulas antes de la finalmente promulgada. El primer *schema*, junto a la exclusión de las propiedades esenciales, se refería de forma distinta y propia a dos exclusiones: la del «*ius ad vitae communionem*» y la del «*ius ad coniugalem actum*». El segundo *schema* conservaba la exclusión del «*ius ad coniugalem actum*», pero modificaba la segunda exclusión, introduciendo la fórmula «*ius ad ea quae vitae communionem essentialiter constituunt*». Antes de alcanzarse la actual fórmula, la propia Comisión informó que el «*ius ad vitae communionem*» era un elemento esencial del objeto del consentimiento matrimonial y, por ello, su exclusión invalidaba el matrimonio. Añadió, además, que el significado de la «*vitae communio*» no debía confundirse con la cohabitación de mesa, lecho y habitación, porque abarcaba las relaciones interpersonales esenciales entre los cónyuges y, conteniendo este significado esencial, el correspondiente «*ius ad vitae communionem*» comprendía un conjunto de derechos conyugales diversos de aquellos otros derechos comúnmente enumerados por la tradición.

Esta última indicación ha sugerido a la doctrina que el contenido del llamado «*ius ad vitae communionem*» no equivale a los derechos entroncados con los tres bienes del matrimonio (la prole, la unidad y la indisolubilidad), sino que abarca aquellos que se refieren a la dimensión interpersonal del vínculo conyugal. Con la fórmula del texto final, según los precedentes de su elaboración, se habría pretendido reunir tanto el «*ius ad coniugalem actum*» cuanto el «*ius ad vitae communionem*», por su común condición de elementos esenciales, en una fórmula unitaria: «*matrimonii essentiale aliquod elementum*».

- b) *Necesidad de aplicar, como criterio exegético, la sistemática tomista en vez de la agustiniana*

Desde el punto de vista estructural, el texto del § 2 del actual c. 1101 no responde por completo al orden sistemático que ofrece la doctrina agusti-

niana de los tres bienes del matrimonio (la prole, la unidad y la indisolubilidad), tradicionalmente empleada por la doctrina y la jurisprudencia para precisar los objetos excluidos en la llamada simulación parcial. El texto actual permite aplicar la tradicional sistemática agustiniana sólo para las propiedades y para el bien de la prole, siempre que el «*ius ad coniugalem actum*» lo entendamos incluido sin lugar a dudas en la fórmula «*matrimonii essentiale aliquod elementum*», pero dejaría fuera los derechos conyugales derivados de la naturaleza interpersonal del matrimonio, que la fórmula actual contiene.

Por estas razones, el criterio sistemático que nos parece más seguro, por más ajustado a la arquitectura interna y a las propias palabras del texto del § 2 del c. 1101, es el que deriva de la concepción tomista de la estructura esencial del matrimonio: la causa, la esencia, las propiedades y los fines. En efecto, la causa (el consentimiento o *in fieri*) y la esencia (el vínculo jurídico de la unión conyugal o *in facto esse*) corresponden exactamente al contenido de la exclusión del matrimonio en sí mismo; y las propiedades del vínculo son mencionadas *expressis verbis* por el propio texto del canon. De la estructura esencial del matrimonio sólo restan los fines. En consecuencia, son los fines o, en términos más rigurosos, la ordenación de la esencia a los fines o, exigencia de justicia (*matrimonii ordinatio ad fines*), el objeto de la exclusión significada con la nueva expresión «*matrimonii essentiale aliquod elementum*». Según el c. 1055 § 1, los fines a los que el consorcio conyugal se ordena, por su misma naturaleza, son el bien de los cónyuges y la procreación y educación de la prole. En consecuencia, el carácter jurídicamente debido de aquellos actos y conductas que de por sí son aptos y necesarios entre los esposos para la obtención de los fines conaturales del matrimonio constituye el contenido de la exclusión que el legislador contempla con la fórmula «*matrimonii essentiale aliquod elementum*».

- c) *La exclusión de la ordenación del matrimonio a sus fines*

El intérprete debe recordar, sobre todo en orden a la técnica de calificación de la exclusión de los fines del matrimonio, que la noción de fin no es unívoca y, por de pronto, contiene dos sentidos: como término de la acción o resultado efectivamente obtenido y como finalidad o cualidad por la que una cosa se ordena internamente en forma apta para alcanzar los objetivos que le son propios. Pues bien, en el objeto del consentimiento válido los fines del matrimonio se asumen en su acepción de *finalidad*, esto es, como la idónea disposición dinámica que contiene la unión conyugal para dirigirse hacia los objetivos que le son propios. Por el contrario, no forman parte del objeto del consentimiento válido los objetivos o resultados, en cuanto obtenidos efectivamente. En este sentido, la finalidad no es otra cosa que la misma esencia del consorcio conyugal vista en orden dinámico: es el *matrimonio mismo en acción*.

A la luz de estas consideraciones, la clave de la intención simulatoria en la exclusión de los fines es muy específica: se trata de *rechazar que aquellos actos y conductas conyugales, mediante los que se vive la finalidad del matrimonio, sean derecho y deber jurídico entre los esposos*. Este rechazo puede hacerse excluyendo que los fines conaturales del conyugio sean fines debidos en justicia del concreto matrimonio que se pretende contraer; o rechazando que aquellos actos y conductas conyugales, aptos e imprescindibles para obtenerlos, sean objeto de un derecho-deber de naturaleza jurídica. El simulador no quiere deber en justicia la ordenación de su vida conyugal, en todo o en parte esencial, a los fines conaturales del matrimonio. Por esta causa, sólo hay exclusión cuando se rechaza, en su misma raíz, el derecho, no bastando el mero abuso en el ejercicio del derecho. Ahí encuentra su fundamento la clásica distinción entre la intención de excluir el mismo derecho (*exclusio iuris*) y la mera intención de abusar de su ejercicio (*exclusio usus iuris*), que, como veremos, es de importante aplicación en estos casos.

d) *La conceptualización de la «ordinatio ad fines» en términos de derechos y deberes conyugales esenciales*

El vínculo informa el recto orden conyugal de la dinámica existencial de los esposos. Lo hace dando a la orientación de la unión conyugal hacia sus fines conaturales carácter de *dinámica debida en justicia*. Tanto esta ordenación de la vida matrimonial hacia sus fines institucionales, como aquellos actos y conductas en los que esta ordenación se encarna y expresa, constituyen *elementos esenciales del matrimonio*. Representan, en contenidos esenciales concretos, la presencia informadora del vínculo conyugal, en cuanto jurídico, en el orden de la finalidad del matrimonio. Esa formalidad jurídica es la razón de que estos contenidos conyugales sean exigencias de justicia entre los esposos. Y por eso son definibles, con toda propiedad, en términos de *derechos y deberes mutuos*. Por surgir del vínculo conyugal, que es la *quidditas* esencial del matrimonio, son derechos y deberes conyugales *esenciales*. Dada la naturaleza jurídica del vínculo conyugal son también derechos y deberes de *índole jurídica*. Por expresar la *finalidad* del vínculo, el contenido de estos derechos y deberes no son los fines ya obtenidos (p. ej.: los hijos concretos o la casa común), sino aquellos actos, que por ser los aptos y necesarios, resultan el medio para obtener los fines del matrimonio. En este sentido, estos derechos y deberes expresan el método conyugal de vivir la finalidad del matrimonio, desde su nivel básico o esencial.

Aunque con esta nueva fórmula legal, como expusimos más arriba, el fondo de la intención del legislador es abarcar la finalidad —la *ordinatio ad fines*— del matrimonio como ámbito ineludible de la disciplina del consentimiento simulado, no obstante, dada la equivocidad del término «fin», la formulación de la *ordinatio ad fines* en términos de *derechos y deberes esenciales*

permite una definición más jurídica, precisa y práctica de la naturaleza y contenido de las exclusiones.

9. *La exclusión de los derechos y deberes conyugales derivados de los fines del matrimonio*

Examinaremos, a continuación, los concretos derechos y deberes que se derivan de la ordenación del matrimonio a sus fines. No son, por lo tanto, todos los derechos y deberes esenciales (*vide* para ellos comentario al c. 1095), sino sólo aquellos cuyo valor esencial proviene de la *ordinatio ad fines*. El contenido de algunos de estos derechos y deberes surge, de manera preponderante aunque no exclusiva, del fin del bien de los cónyuges; el de otros, del fin de la procreación y educación de los hijos. Decimos en forma preponderante y no exclusiva, porque entre ambas finalidades existe una íntima e inescindible conexión, de suerte que la vida matrimonial, en su dinámica finalística, no puede obtener una procreación y educación de los hijos, matrimonialmente ordenada, si se vive contra las exigencias de justicia (derechos y deberes) del bien de los cónyuges; y, viceversa, no hay ordenación verdadera al bien conyugal vivida contra las exigencias de justicia de la procreación y educación de la prole. Ni el verdadero matrimonio es un mero contrato de procreación, al margen del bien conyugal de los esposos, ni es una relación de la pareja sólo consigo misma, al margen de la conatural dimensión de paternidad y maternidad que conlleva ser varón y ser mujer, y cuya completa entrega y aceptación constituye, precisamente, objeto del auténtico consentimiento matrimonial. Por esta razón, en cada contenido de cada concreto derecho y deber conyugal aparece la presencia conjunta, sustancialmente inescindible, de ambas finalidades. El bien conyugal aporta el *modo matrimonial* de orientarse a la procreación y educación de los hijos y ésta última aporta al bien conyugal una *apertura* a una fecundidad objetiva —los hijos— como obra común en la realidad social humana exterior a la intimidad conyugal. El bien conyugal da a la procreación humana una raíz personalizada y un ámbito de vida personalizable para todos sus miembros, que es la íntima comunión de los esposos como núcleo sustante e irradiador de la intimidad familiar. La ordenación a la procreación y educación de los hijos da a la comunión conyugal su apertura a la fecundidad humana real y objetiva: los hijos. Pues bien, *obligarse en justicia a los actos de vida que buscan en forma inescindible esta doble finalidad* constituye el denominador común de los derechos y deberes conyugales que se derivan de la *ordinatio ad fines*.

a) *El derecho-deber a los actos conyugales*

El contenido de este derecho-deber es el acto íntimo conyugal, entendiéndose por tal aquella íntima conjunción sexual de los cuerpos de los cónyuges

ges (cópula) realizada de manera humana y naturalmente apta de por sí para engendrar hijos (cfr c. 1061 § 1). La exclusión, que conlleva la invalidez del matrimonio, tiene por objeto la negativa consciente y voluntaria de uno o ambos contrayentes a que los actos conyugales, en su realización completamente ordenada a la finalidad de procrear, *constituyan un derecho y deber conyugal exigible en justicia*. La expresión *humano modo* aplicada a la cópula significa que esta acción responde a las exigencias del «acto humano», entre otras, el grado suficiente de conocimiento y la plena voluntariedad. No es necesario repetir, por ejemplo, que el recurso a la violencia física y a la coacción moral impiden la voluntariedad del acto (cfr c. 1061 § 1) y que una voluntad contractual que se reservase el derecho a violentar o, en cualquier forma, privar de voluntariedad al acto conyugal conllevaría la invalidez de semejante consentimiento.

Este punto es clave para la calificación de los supuestos de hecho. Por ejemplo, las prácticas de intimidad sexual moralmente desordenadas, que privan al acto de su naturaleza de acto humano o de su connatural orientación a la procreación, no constituyen por sí mismas causa de nulidad del matrimonio, salvo que —y éste es el elemento decisivo— sean manifestaciones en la praxis de que la voluntad del sujeto, en el momento constituyente del matrimonio, fue excluir el mismo acto conyugal o bien su realización en modo humano y naturalmente apto para la procreación como derecho que se dona y, por tanto, se le puede exigir en justicia. En suma, del examen de los hechos, en su desenvolvimiento antecedente, coetáneo y subsiguiente a las nupcias, lo que se debe probar, supuesta una negativa al acto conyugal o a su práctica moral y ordenada, es si tal comportamiento obedece al abuso, a las limitaciones, fragilidades, contradicciones, vicios y egoísmos de la conducta, que han aflorado e interaccionado durante el *in facto esse*, o responde, más radicalmente, a una voluntad suplantadora como la descrita, antecedente o al menos coetánea al momento de contraer el matrimonio.

b) El derecho-deber de no impedir la procreación de la prole

La entrega y aceptación del varón y de la mujer, en cuanto tales, abarca la entrega y aceptación de la potencial paternidad y maternidad. De ahí nace el derecho-deber de no hacer aquello que de por sí puede impedir la efectiva procreación de los hijos (*ius-debitum non faciendi aliquid contra prolem*). En consecuencia, la exclusión de este derecho-deber puede presentar dos modalidades: a) hay exclusión si uno o ambos contrayentes se reservan de modo exclusivo —a título de derecho subjetivo— la facultad de realizar aquellas actividades capaces de por sí de impedir el normal desenvolvimiento del proceso generativo: por ejemplo, esterilizarse, usar cualquier tipo de medio contraceptivo, recurrir a las prácticas abortivas; b) hay exclusión también si uno o ambos contrayentes rechazan, en justicia los actos o conductas

necesarios para corregir, mediante métodos lícitos, aquellos defectos o enfermedades propios de la estructura orgánica que, siendo ordinariamente curables, dificultan o impiden el normal desenvolvimiento de la cópula o del proceso procreativo (p. ej., el himen rígido e imperforado, las vaginitis por hongos, tricomonas o cocos, la fimosis, y muchas formas de la esterilidad) y que no son constitutivos del impedimento de impotencia (cfr c. 1084) o de la incapacidad psíquica (cfr c. 1095).

El hijo, en cuanto tal, no es objeto de un derecho de los padres, ni el matrimonio es un mero contrato de procreación, ni los fines pueden buscarse en forma comunicada y contrapuesta entre sí. De ahí que sea consustancial al derecho-deber de no impedir la procreación el modo conyugal de orientarse a ella, que es mediante el acto conyugal natural. En este sentido, muchas de las técnicas de reproducción asistida no son el modo humano de unirse, ni el modo natural de la procreación. Dejando a salvo la esfera autónoma de su valoración moral, a los sólo efectos jurídicos, habrá exclusión invalidante del *ius-debitum* al acto conyugal si, bajo el recurso a tales procedimientos alternativos de reproducción asistida, hay evidencia en uno o ambos contrayentes de una voluntad suplantadora de la entrega y aceptación de ese derecho-deber. Es decir, si con antelación no revocada al momento de contraer matrimonio, tal voluntad suplantadora entroniza el recurso a las técnicas de reproducción asistida —en cualquiera de sus fases: desde la selección de los gametos hasta el alumbramiento, pasando por las distintas técnicas y alternativas en la fecundación y en la gestación— como el *método de procreación querido de modo exclusivo para tal unión* y, por ello, *sustitutorio* del carácter debido de la cópula natural, realizada en modo humano y ordenado a la procreación. Si, por el contrario, los cónyuges, al contraer, instituyeron entre sí el derecho y el deber al acto conyugal como expresión *debida* de su unión y método *debido* de procreación, en este caso los diversos comportamientos y actividades en el orden de la reproducción asistida que luego puedan practicar en el *in facto esse* —con independencia de su ilicitud moral incluso en los supuestos más graves de fecundación heteróloga—, son irrelevantes a efectos de nulidad, por cuanto atañen al abuso en el ejercicio del derecho-deber al acto conyugal, que fue realmente constituido en el momento de contraer.

c) El derecho-deber a instaurar, conservar y desarrollar aquella íntima comunidad con la que se expresa y se realiza el vínculo conyugal en el orden de la vida y del amor humanos

El vínculo conyugal, como principio unitivo por el que un varón y una mujer son *una caro*, configura una específica forma de amar y de vivir, que se expresa en una íntima comunidad biográfica, en un peculiar destino en común. Los actos, conductas y prestaciones personales de los cónyuges dirigidos

a instaurar, conservar y desarrollar esta cobiografía íntima, consorcio o unidad de destino en la vida y en el amor humanos son un derecho y deber recíprocos, dimanante del vínculo que les une y expresión de su dinamismo. Se trata del derecho-deber más prevalentemente informado por el fin del bien conyugal. Mientras el objeto del derecho-deber al acto conyugal aporta a la unión personal de los cónyuges la comunicación propia de la naturaleza corpórea sexual; por su parte, el objeto del derecho-deber a la comunidad de vida aporta a la unión sexual corpórea la comunicación propia de naturaleza personal de los cónyuges.

El matrimonio convierte en comunes ciertos aspectos de la vida íntima personal de los cónyuges. Como es obvio, las personas del varón y de la mujer no pueden hacer «única» su subjetividad personal. Por lo tanto, su comunicación personal se hace posible solidarizándose con la vida del otro como si de la propia se tratase y compartiendo en común las circunstancias vitales. Solidarizarse recíprocamente de la vida personal y compartir en una unidad biográfica las mutuas circunstancias vitales es, en términos más usuales, constituir una vida en común, una unidad de destinos o un consorcio de toda la vida. Pues bien, aquellos actos y prestaciones personales de *solidaridad* y *cooperación*, *aptos* y *necesarios* para la *instauración*, *conservación* y *desarrollo* de la *común biografía conyugal* y *susceptibles de formalización jurídica* (de ser exigibles como algo justo y debido), constituyen el objeto del llamado *derecho-deber a la íntima comunidad de vida*.

El contenido de este derecho-deber comprende, en primer lugar, aquella convivencia física que es idónea y necesaria para la real y efectiva ordenación a los fines. Abarca también el subvenir a las necesidades vitales (alimentos, vestido, salud, casa, descanso y otras necesidades personales del otro cónyuge, conexas con la efectiva posibilidad de la *ordinatio ad fines*), comprometiéndose a los actos y prestaciones aptos para allegar los medios necesarios, el coparticipar en el uso y disfrute en común de los bienes destinados a satisfacer las necesidades de la dinámica de la vida conyugal; la *dignidad conyugal* de la comunidad de vida, tanto *ad intra*, en el trato íntimo, cuanto en las relaciones *ad extra* cuando cada esposo en singular o los dos juntos manifiestan la vida matrimonial ante los demás; la coparticipación de ambos esposos en las decisiones matrimoniales, que es una manifestación muy precisa de la igualdad con que el vínculo une a los esposos y de la igualdad con que ordena dicha unión hacia los fines matrimoniales. La negativa de raíz a reconocerse vinculado a título de justicia en cuanto a estos contenidos propios de la íntima comunidad de vida, es decir, su reserva en exclusiva, como algo privativo de manera consciente y voluntaria desde el momento de contraer, constituye una exclusión positiva del bien de los cónyuges. Como siempre, por lo que se refiere a la prueba, la presencia antecedente, concomitante y consiguiente, formando un continuo biográfico, constituirá una presunción de exclusión del mismo derecho, en vez de una manifestación desgraciada de abuso del trato debido a lo largo de la convivencia.

No obstante, el intérprete de la norma canónica, que es de aplicación universal para contrayentes con culturas y niveles de desarrollo muy diferentes, no debe perder de vista la médula esencial de este derecho-deber a la íntima comunidad de vida y al mismo tiempo la historicidad en las expresiones culturales y sociales de su contenido. Desde el punto de vista esencial, estamos en presencia de un elemento imprescindible de la voluntad matrimonial válida: *cada contrayente se dona al otro, en cuanto cónyuge, para ser recibido por éste al modo como se ama a sí mismo*. El recibir al otro con el amor de sí mismo fundamenta que la solidaridad con las vidas personales y el compartir las circunstancias vitales de cada contrayente se constituya en *el bien común* —*la comunidad de vida*— que los esposos se deben en justicia. Cuando ésta es la voluntad de los contrayentes, los actos y prestaciones aptas y necesarias para este fin, pasan a ser derecho y deber conyugal. La exclusión, por el contrario, significa la negación inicial y radical de este derecho y deber. Ahora bien, desde el punto de vista de la historicidad, los actos y prestaciones personales *aptos* y *necesarios* para instaurar, conservar y perfeccionar la comunidad de vida y amor conyugales, resultan muy cambiantes según las épocas, los lugares y las culturas, porque son parte de la misma historicidad del ser humano y de su comprensión y expresión de la sexualidad, del matrimonio y de la familia mediante la cultura. El intérprete no puede olvidar esta «historicidad». En este sentido, conviene no elevar a regla universal las costumbres y circunstancias socio-económicas y jurídicas de las actuales sociedades occidentales, convirtiéndolas en arquetipo del contenido del derecho-deber a la comunidad de vida y olvidando que, en otras culturas, costumbres y niveles de desarrollo de los pueblos, el «ser solidarios y copartícipes de un sólo destino o biografía», se encarna en manifestaciones peculiares y diversas, aunque legítimas y verdaderas. En conclusión: habrá que examinar si uno o ambos, al contraer, excluyeron deberse los actos y prestaciones con los que, en cada medio cultural, se demuestra la índole jurídica (derecho-deber) de la solidaridad en la satisfacción de las necesidades vitales del otro y la coparticipación en el uso y disfrute de los bienes y en la posición social del cónyuge.

d) *El derecho-deber de mutua ayuda y servicio en el orden de los medios de por sí aptos y necesarios para la obtención de los fines matrimoniales y para el mutuo perfeccionamiento personal*

Vincularse jurídicamente con el futuro vital del otro, en cuanto varón y mujer, y vincular esta unidad de destino o cobiografía a la finalidad del bien conyugal y de la procreación y educación de la prole implica a los esposos constituirse en el más íntimo «alter ego» del otro en la consecución de la obra común. Este ser íntima compañía debida en orden a los fines, como identidad recíproca, se expresa en la vida de cada matrimonio concreto mediante innumerables y continuos actos, conductas o prestaciones personales de ayu-

da, socorro y servicio. La cuestión no reside, como es evidente, en hacer un elenco de las concretas ayudas posibles, que, además de incontables, responden a las singulares circunstancias vitales de cada matrimonio. De manera primaria y radical, el bien conyugal que cada contrayente recibe no es tanto la *ayuda* del otro, cuanto *al otro mismo*, como íntimo compañero para la obra en común. De esta identidad y bien conyugal surge el derecho-deber a aquellos actos y comportamientos que, en cada circunstancia de la vida matrimonial, sean los aptos y necesarios para realizarse y no defraudarse recíprocamente como íntima compañía debida. Esos actos de mutua ayuda contienen tres dimensiones distinguibles, aunque de por sí muy interaccionadas. En primer lugar, versan sobre lo que la tradición canónica denominó *remedium concupiscentiae*, expresión todavía acogida en el c. 1013 del CIC 17 y que ha desaparecido del CIC 83 aunque subsumido su sentido dentro de la nueva fórmula «bonum coniugum» del c. 1055, que lo incorpora aunque no se agota con él. Los esposos se deben la ayuda, socorro y servicio mutuo para que sea precisamente en el seno de la comunidad conyugal donde las tendencias de naturaleza físico-psíquica, afectivas y espirituales, de la inclinación sexual amorosa propia del varón y la mujer se ordenen e integren entre sí: una dimensión del bien conyugal, como finalidad del matrimonio, consiste en la progresiva maduración conjunta del amor conyugal desde la conscupiscencia hacia la benevolencia, a través de toda la biografía matrimonial.

Una segunda dimensión de la mutua ayuda conyugal se expresa en el derecho y deber a aquellos actos, conductas y prestaciones mediante los cuales, de manera conjunta, los esposos se apoyan y socorren entre sí para crear las condiciones más favorables o remover las dificultades y obstáculos, tanto de orden material como espiritual, que surgen alrededor de la dinámica de consecución de los fines específicos del matrimonio.

La tercera dimensión de la mutua ayuda se refiere al derecho-deber recíproco a los actos, conductas y prestaciones aptos y necesarios para el mutuo perfeccionamiento del otro cónyuge, en *cuanto persona*, en el orden físico, psíquico y espiritual: implica que los esposos deben ayudarse, socorrerse y servirse mutuamente, como *íntimos aliados* y *sobre la base de las posibilidades propias de la conyugalidad*, en la conservación y mejora de los aspectos materiales, corporales, psicológicos y espirituales de *sus vidas personales singulares*.

e) El derecho-deber de acoger y cuidar a los hijos en el seno de la comunidad conyugal

El sentido de este derecho-deber es la conservación y desarrollo de la salud física y psíquica de la prole común. Deriva de la paternidad y maternidad que forma parte de la entrega y aceptación, entre los contrayentes, del entero contenido y complementariedad de su masculinidad y femineidad. En este sentido, es un derecho-deber conyugal: sus sujetos activos son los cónyuges.

ges, por serlo, y los pasivos son los hijos propios, por comunes. Este derecho-deber tiene como contenido, en sentido negativo, abstenerse de cualquier acto o comportamiento atentatorios contra la vida, la integridad corporal, y la salud física y psíquica de los hijos ya nacidos; y, en sentido positivo, acoger a los hijos en el seno de la comunidad de vida, integrándolos en su circunstancia vital, constituyendo, desde el núcleo conyugal, aquel tipo de convivencia familiar apto de por sí para el cuidado adecuado que exigen la conservación y el desarrollo de su salud y bienestar físicos y psíquicos.

Entre los ejemplos clásicos de exclusión de este derecho se pueden recordar la exposición o abandono de los hijos ya nacidos, el infanticidio, la prostitución de las hijas, el comercio con órganos del cuerpo de los hijos, el grave o total descuido de su alimentación, vestido o salud, etc. Aún siendo penosísimos estos actos y, sin duda, merecedores de la más vehemente repulsa, el intérprete no debe olvidar —una vez más— que, en sede de calificación de la nulidad de un matrimonio, lo que se trata de probar no es tanto la *existencia de tales hechos*, cuanto la *exclusión voluntaria del derecho-deber* por parte del contrayente en la fundación de tal matrimonio, porque la causa de la nulidad es la exclusión del derecho-deber y no los hechos nefandos. No obstante, cuando actos tan graves contra los propios hijos parezcan enraizados en la personalidad del sujeto desde antes de contraer matrimonio, será muy prudente examinar el caso singular también desde la óptica de la incapacidad psíquica del c. 1095.

f) El derecho-deber de educar a los hijos

Se trata de un derecho-deber conyugal, pues la paternidad y la maternidad de cada esposo contiene una esencial dimensión educativa. Su contenido propio consiste en que cada cónyuge se solidariza y participa en la educación conjunta en el seno de la comunidad conyugal de los hijos comunes, entendida ésta, como los actos, comportamientos, testimonios y enseñanzas de los esposos, como cónyuges y padres, dirigidos a procurar la maduración personal de sus hijos y su adecuada incorporación a la sociedad. Forma parte esencial de esta educación conyugal sobre la maduración de la persona de los hijos el deber y el derecho de procurarles educar en el orden moral, concebido en sentido amplio. La exclusión, que invalida, es la que rechaza de raíz la existencia de una obligación del conyugio a educar a la prole habida y, en este sentido, es congruente que la Rota romana entienda que no es exclusión irritante del matrimonio el compromiso de los cónyuges de no educar a sus hijos precisamente en la religión católica, con tal que los esposos acepten la obligación de educar moralmente de algún modo.

La defectuosa educación o el fracaso educativo de los cónyuges, como es obvio, no constituyen de por sí el acto positivo de exclusión. Éste, como es obvio, tiene por objeto el rechazo expreso y positivo —que podría darse en

diversas modalidades y supuestos — del derecho-deber de educar como un derecho y un deber conyugal, lo que es distinto de los malos resultados o a la insuficiente calidad de la educación intentada por los cónyuges.

10. *Las propiedades del vínculo y su especial firmeza en el matrimonio sacramental*

La esencia del matrimonio está compuesta por los esposos y el vínculo que les une. La unidad (un solo varón y una sola mujer) y la indisolubilidad (para toda la vida) son las dos propiedades esenciales del vínculo conyugal. Se les llama propiedades porque no son una obligación sobreañadida al vínculo, aunque diversa de él, sino predicados propios del vínculo: son los modos de unir característicos del vínculo matrimonial. Se les llama esenciales porque esta manera de unir — uno con una para toda la vida — surge de la esencia misma del vínculo conyugal.

Es frecuente distinguir la unidad y la indisolubilidad, a veces hasta el extremo de presentarlas como dos propiedades independientes. La diferencia ha venido alentada, a la postre, por cierta autonomía fáctica entre las dos desviaciones históricas más conocidas: de un lado, la poligamia (que parece atentar más a la unidad) y, de otro, el repudio o el divorcio (que parece afectar más a la indisolubilidad). En realidad, sin embargo, la unidad y la indisolubilidad son como dos caras de la misma moneda. La ruptura de la indisolubilidad afecta siempre a la unidad, porque el «para toda la vida» no es otra cosa que la unidad entre los esposos vista en la vertiente de su temporalidad. En este sentido, la indisolubilidad es la plenitud biográfica de la unidad.

El proceso de comprensión de la unidad y la indisolubilidad del vínculo conyugal, tanto en el plano cultural colectivo cuanto en orden de la conciencia de cada sujeto singular, es reflejo del proceso de captación y aceptación de las exigencias jurídicas y morales que dimanan de que el ser humano, varón y mujer, sea un ser personal. Cada persona, por serlo, posee un ser de valor intrínseco tan grande como único en su singularidad. Esta valía le pertenece y permanece siempre con ella, pues es manifestación del orden del ser en el orden del bien. Por lo tanto, el valor de cada ser personal, por intrínseco y permanente, es incondicional, esto es, exige como algo suyo en justicia el ser reconocido bajo cualquier circunstancia, incluidas las biográficas. En la concepción canónica, por lo tanto, el don y la aceptación recíprocas del varón a la mujer y de la mujer al varón es un don y una aceptación de las personas, a propósito de sus naturalezas sexuales, y contiene, por ello mismo, un valor intrínseco e incondicional que ni la salud o la enfermedad, ni la riqueza o la pobreza, ni la alegría o la tristeza, ni el mejoramiento moral o su decaimiento, ni las ventajas o inconvenientes, ni, en suma, las luces y las sombras de las circunstancias vitales pueden alterar en aquel intrínseco valor

en sí mismo y en su incondicionalidad. En definitiva, la concepción una e indisoluble del matrimonio canónico refleja la medida de personalización alcanzada en la comprensión teórica y en la realización vital de la unión sexual entre el varón y la mujer. Y al contrario, la pérdida del sentido de la unidad y la indisolubilidad conlleva, colectiva o individualmente, una evidencia de crisis en el grado de personalización de la unión conyugal entre el varón y la mujer, pues introduce el principio de condicionalidad en el don y aceptación recíprocos y, con él, el germen de disolución como intrínseca posibilidad de este tipo de unión.

Constituyendo las exigencias dimanantes de la condición y dignidad personales del varón y de la mujer uno de los elementos fundamentales del patrimonio antropológico que la Iglesia reconoce y protege, ésta sostiene la unidad e indisolubilidad del matrimonio como exigencias de la verdad del matrimonio fundadas en la misma naturaleza humana. Pero además, *toda esta misma realidad natural* de la unión conyugal, por decisión de Jesucristo *fué sobreelevada* al orden de la gracia sacramental (cfr c. 1055), de suerte que *esta misma unión conyugal*, es decir, el mismo consentimiento, vínculo, propiedades y fines naturales son para los esposos bautizados la participación en Cristo, en su condición de Esposo de la Iglesia —específica Cristoconformación matrimonial—, y el título para la recepción de las gracias necesarias para poder ser signo eficaz de la unión esponsal entre Cristo y su Iglesia. Por esta causa, en un profundo sentido, para cada cónyuge bautizado Cristo es su esposo o su esposa y la misma realidad natural del matrimonio, por su dimensión sacramental, se convierte en específico y eficaz camino de santificación y redención.

La *especial firmeza* (cfr c. 1056) que la unidad e indisolubilidad naturales del vínculo reciben en el caso del matrimonio entre bautizados proviene de la específica participación en Cristo, en cuya virtud Éste otorga al matrimonio la capacidad —y de ahí las especiales gracias sacramentales y, en consecuencia, la correspondiente exigencia de firmeza— de significar la plenitud «una e indisoluble» del don con que Cristo-Esposo se entrega a su Iglesia y la acepta con fidelidad incondicional y amor para siempre. Bajo cualquier circunstancia o situación que, desde una valoración de mera razón «natural» o intrahumana, podría quizás ser calificada de «escándalo o locura», el matrimonio rato y consumado entre bautizados no es nunca un absurdo vital; por el contrario, contiene siempre un profundo sentido sobrenatural y un poder redentor eficaz, porque bajo cualquier circunstancia ha recibido la capacidad de participar en el ser y la vida de Cristo-Esposo, el cual, también bajo cualquier circunstancia histórica de la Iglesia, está unido a ella por el amor del Espíritu y por la Encarnación en la naturaleza humana como Esposo indefectible.

El intérprete del Derecho matrimonial canónico, en especial a la hora de calificar la presencia o exclusión de las propiedades esenciales en los supuestos singulares, deberá atender con respeto y fidelidad a la presencia de la

sacramentalidad y de la especial firmeza de la unidad e indisolubilidad del matrimonio entre bautizados. Para ello, deberá incorporar una perspectiva sobrenatural, propia de la sacramentalidad, en la interpretación última de las situaciones conyugales dolorosas, que parecen absurdos vitales y en las que la indisolubilidad del vínculo se presenta como «escándalo o locura»; es necesario considerar que la verdadera «validez» del vínculo del matrimonio cristiano puede existir dentro de situaciones conyugales penosas o definitivamente rotas en apariencia, pero cuya indisolubilidad contiene el profundo sentido y el poder redentor del Cristo-Esposo crucificado. Sería verdaderamente paradójico que, desde el propio seno de la canónica, se debilitara o perdiera la dimensión sacramental de la unidad y la indisolubilidad del matrimonio entre bautizados. Una falta de firmeza en este punto —en contra de lo preceptuado en el c. 1056— conllevaría oscurecer el más grande patrimonio de redención divina del hombre que ha sido donado a la Iglesia por Jesucristo, a saber, participar en Su propia capacidad de amar a cada ser humano, con sus miserias y limitaciones, hasta la muerte —y muerte de Cruz—, pues esta precisa Cristoconformación, con sus gracias específicas, es la que ha sido otorgada *ex opere operato*, bajo cualquier circunstancia vital, al amor de los esposos cristianos entre sí y hacia sus hijos.

Sobre la sacramentalidad en sí, la posibilidad de error determinante acerca de ella y sus diferencias con la voluntad simulatoria, *vide* comentario al c. 1099.

11. La exclusión de la unidad

a) Noción

El vínculo conyugal es *único* y *exclusivo*: une a un solo varón y una sola mujer. Quiere esto decir que no existen dos vínculos, el que uniría al varón con su mujer y el que uniría a la mujer con su varón. No hay dos uniones. Hay un sólo principio de vinculación interior en la pareja, en cuanto unida matrimonialmente. De ahí que no sea concebible un matrimonio al que está vinculado uno de los cónyuges, mientras el otro queda libre. Si el vínculo existe, existe para los dos esposos y les une por igual. No cabe un matrimonio válido para uno y nulo para el otro cónyuge. Tampoco cabe que el mismo y único vínculo sea, por ello, monógamo para un esposo y polígamo para el otro. Por lo tanto, el vínculo con sus propiedades, los derechos y deberes esenciales dimanantes de él y su ordenación a los fines constituyen un patrimonio de bienes en común cuya copertenencia en justicia es exclusiva entre los esposos y excluyente de terceros. En este sentido, si uno de los consortes, al contraer, quiere compartir también con una tercera persona algún elemento esencial de este exclusivo y excluyente patrimonio conyugal, por esto mismo está excluyendo la unidad del matrimonio.

Este vínculo único es además *total*, aunque es muy importante añadir que lo es en un ámbito específico y no general. Es total en relación a la conyugalidad posible entre varón y mujer, en cuanto tales. En este preciso sentido, el vínculo matrimonial abarca y reúne todos aquellos aspectos de la inclinación y de la complementariedad sexual entre un varón y una mujer que se orientan a compartir, desarrollar y conservar el bien conyugal recíproco y la procreación y educación de los hijos. Esta unidad y totalidad específicos del vínculo es fuente de la exclusividad y de la fidelidad entre los esposos. Pues bien, a esta exclusividad y fidelidad del vínculo, derivada de su unicidad y su totalidad, la doctrina la denomina la «propiedad de la unidad» o, siguiendo la terminología agustiniana, el *bonum fidei*.

b) Fundamentación

El fundamento de la unicidad del vínculo matrimonial reside en que la complementariedad sexual humana, entre masculinidad y femineidad, se da entre *cuerpos personales* o, si se prefiere, entre *personas corpóreas*. Habiendo una única persona en cada cuerpo modalizado masculino y femenino, la plenitud de la complementariedad sexual es exclusiva entre sólo dos personas, una masculina y otra femenina. De lo contrario, la persona masculina, que recibiera el don entero de la femineidad de varias personas femeninas, no podría darse *por entero* a ninguna de ellas, *porque en cuanto única persona de su masculinidad ésta no es partible sin despersonalizar la masculinidad*. Del mismo modo, la persona femenina que recibiera el don entero de la masculinidad de varias personas masculinas, *a ninguna de ellas podría donarse por entero y al mismo tiempo, porque en cuanto femineidad personal ésta no es partible ni repartible sin despersonalizarse*. Además, el don de la persona, a través del don entero de sí como varón, exige recibir en términos de *estricta igualdad en valor o dignidad* también el don de la otra persona mediante el don de sí como mujer, puesto que masculinidad y femineidad son dos modos complementarios de ser *igualmente* personas humanas. De siempre la doctrina ha visto en la unidad del matrimonio una propiedad exigida por la igualdad personal entre el varón y la mujer.

Por su parte, la *fidelidad* es la expresión, en términos de derecho y deber conyugal, de la plena copertenencia en exclusiva entre los esposos, en cuya virtud éstos se *defraudan en lo suyo* si dan a participar a un tercero la masculinidad personal o la femineidad personal que se donaron y aceptaron por entero entre sí a título de justicia.

c) La voluntad polígama y concubinaria

La forma histórica más antigua de excluir la unidad del vínculo, inspirada en una cultura discriminatoria del valor de uno de los sexos humanos, la

constituye la *voluntad matrimonial polígama*. Cualquier forma de poligamia implica *dominación y apropiación* de un sexo sobre otro, consagración de una *desigualdad y discriminación* en dignidad y valor entre el sexo que domina y apropiación y los dominados y apropiados, y por fin *despersonalización* de la relación matrimonial, sustituido su carácter interpersonal por meros roles funcionales en los que el sexo discriminado sufre el mayor nivel de utilización y cosificación: un varón que recibe varias esposas no puede darse por entero, como persona masculina, a todas ellas (poligamia) y las usa; y una mujer que toma como esposos a varios varones tampoco puede darse por completo, como mujer, a todos ellos (poliandria) y los usa.

La poligamia constituye una *fattispecie* muy precisa y no debe confundirse con ciertas actitudes contrarias a la fidelidad y a la indisolubilidad. En efecto, por voluntad polígama se entiende la positiva intención actual, o virtual no revocada, en uno o ambos contrayentes, de reservarse el derecho a contraer otro nuevo vínculo igualmente matrimonial con tercera persona, *subsistiendo el primero y coexistiendo con él*. El objeto intencional, por lo tanto, no es contraer un nuevo vínculo matrimonial tras cancelar el primero, sino hacer compatible y simultánea la existencia de dos o más vínculos con las correspondientes esposas o esposos, a título de tales. En suma: la voluntad polígama es una voluntad dirigida contra la exclusividad del vínculo conyugal, como el bien en común más radical y primario en el orden conyugal que los esposos comparten sólo entre sí.

Debe también considerarse una modalidad de exclusión de la unidad *la voluntad concubinaria*, es decir, la reserva del derecho a la coexistencia del vínculo matrimonial con otras situaciones de convivencia íntima con terceras personas, de menor rango al de la primera esposa, pero en todo caso socialmente reconocidas y fuentes de algún tipo de obligaciones jurídicas en relación a ellas y a la prole si la hubiere.

El intérprete, examinando lo particular del caso cuando ocurre en el seno de una cultura poligámica hegemónica, deberá dilucidar si está ante un error sobre la unidad, determinante de la voluntad (c. 1099), o ante una libre exclusión voluntaria de la unidad motivada por un error cultural no determinante (c. 1101 § 2). El que la cultura dominante del contrayente sea monogámica y la bigamia sea un delito, no impide, por principio, la existencia de la voluntad polígama, aunque en tales supuestos, fácticamente escasos, deberá examinarse con mucha cautela si existe una voluntad auténticamente poligámica o, en cambio, se trata en realidad — como será más frecuente — de una voluntad que excluye la fidelidad o la indisolubilidad; o simplemente incumple los deberes inicialmente contraídos en forma válida (aunque la conducta práctica mediante la cual ha pretendido su propósito, ya de excluir o ya sólo de incumplir, haya sido, por circunstancias particulares, recurrir a la tentativa de otra ceremonia nupcial).

d) La exclusión del derecho-deber de fidelidad

Es necesario advertir, para no empobrecer el ámbito real de la unidad conyugal, que su exclusión abarca no sólo la exclusividad del vínculo (las modalidades de la voluntad poligámica y concubinaria), sino también *la exclusividad de los derechos y deberes esenciales del matrimonio*. Éste es el sentido más profundo de la llamada *fidelidad conyugal*, que significa que entre los esposos *foedus matrimoniale servandum est*: todos los compromisos del pacto conyugal se instauran a título de derecho-deber y, como tales, contienen la exigencia (*ius radicale*) de naturaleza jurídica de ser leal y fielmente cumplidos en exclusiva entre los consortes. La unidad exclusiva y la índole jurídica del vínculo conyugal afecta, como es de rigor, también a los derechos y deberes esenciales que de ese vínculo dimanan. La voluntad de instaurarlos y de respetar su cumplimiento, como bien común exclusivo de los esposos, constituye la fidelidad matrimonial.

En este sentido, la exclusión de la fidelidad puede venir por causa del rechazo voluntario de la exclusividad de algún derecho-deber esencial del matrimonio o del rechazo a instaurarlo y cumplirlo precisamente a título de derecho-deber de orden jurídico: limitándose a aceptarlo como una mera situación de hecho y gratuita que no comporta obligación alguna de exclusividad hacia el otro cónyuge (para la enumeración de tales derechos-deberes esenciales, *vide supra*: n. 8; *vide* también comentario al c. 1095 § 2). Conviene insistir en que todos los derechos-deberes que son esenciales gozan, por ello mismo, de la nota de recíproca exclusividad y, por ello, pueden ser objeto de exclusión simulatoria con el resultado de invalidar el matrimonio así contraído.

La noción y el contenido de la fidelidad conyugal, tradicionalmente, se han interpretado en relación a la cópula carnal por ser el acto paradigmático de la íntima relación que existe entre los esposos. También en sede canónica, por causa de la reducción de la esencia del matrimonio al otora llamado *ius in corpus* por cierta antigua doctrina, se ha tendido a circunscribir el significado de la fidelidad conyugal a la obligación de recíproca exclusividad respecto de aquel *ius in corpus*. Aunque, según hemos advertido antes, el concepto y el contenido de la fidelidad conyugal no se limitan sólo al derecho-deber al acto conyugal, sin duda comprende la concepción más usual y tradicional del derecho-deber a la exclusividad del trato sexual íntimo y, de manera paradigmática, a la cópula perfecta. Por lo tanto, el voluntario rechazo a instaurar la *exclusividad* entre los esposos del derecho-deber al acto conyugal, ordenado naturalmente a la posibilidad de la prole, conlleva la invalidez del matrimonio.

Entre los supuestos de hecho más frecuentes de exclusión de la fidelidad, en sentido estricto, la jurisprudencia y la doctrina estiman los siguientes. En primer lugar, los supuestos de *ius adulterandi*: a saber, cuando uno o ambos contrayentes se reservan el derecho a tener trato carnal con sujeto diverso de su cónyuge; cuando se reservan el derecho a que otro sujeto diverso al propio

cónyuge intervenga en la secuencia natural de actos ordenados a la procreación de los propios hijos; o cuando se acepta el derecho del otro consorte a unirse carnalmente o tener trato íntimo sexual con otra persona. En segundo lugar, la reserva del derecho a la práctica de actos sexuales *contra naturam* con otra persona diversa del propio cónyuge, sean estas prácticas hetero u homosexuales, constituye un supuesto evidente de exclusión de la fidelidad, pues el contenido de ésta no se limita al acto de la cópula perfecta, sino a los actos propios del ámbito de intimidad sexual que constituyen el orden de la *exclusividad* conyugal. Por la misma razón, en tercer lugar, son exclusiones de la fidelidad, también en su acepción estricta, la reserva de un derecho a mantener con personas diversas del propio cónyuge aquel tipo de relaciones de *intimidad sentimental, afectiva y amorosa específicas de la inclinación sexual* de el varón y la mujer, precisamente en cuanto tales, y que no siendo la cópula carnal perfecta, en sentido formal, no obstante constituyen *indole sua* contenidos y ámbitos de trato de íntima familiaridad y copertenencia de bienes amorosos, afectivos y sentimentales que son propios de la relación matrimonial.

e) *Sentido y límites de la distinción entre el derecho («ius radicale»)*
y su ejercicio («usus iuris»)

A la hora de calificar jurídicamente los supuestos en los que, a lo largo de la vida matrimonial, ha habido actos contrarios a la unidad, exclusividad y fidelidad conyugales, constituye un recurso técnico tradicional la distinción entre el derecho y su ejercicio o uso. Se trata de averiguar si la conducta fraudulenta obedece a una voluntad, existente en el mismo acto de contraer, de no instaurar radicalmente el derecho (*intentio contra ipsum ius, contra ius radicale exclusivum*), o bien de no aceptar tampoco de principio la obligación o deber (*intentio non sese obligandi*), o si, por el contrario, tales actos y comportamientos responden a abusos surgidos durante la convivencia matrimonial por los que el sujeto incumple el derecho-deber a la fidelidad que, al casarse, se instauró y al que se obligó libre y voluntariamente (*intentio non adimplendi, contra exercitium iuris, contra ius mere expeditum*). Dada la variedad de estos supuestos de hecho, el intérprete deberá tener especial cuidado en valorar la *voluntad inicial* del sujeto, en el *in fieri* o acto de contraer, para lo que resulta imprescindible el examen de la biografía antecedente, porque quien no consuntiva el derecho o tiene la intención de no obligarse contrae inválidamente, mientras que quien sólo incumple de *facto*, al reconocer que *incumple*, en realidad está admitiendo la existencia de *iure de lo* que defrauda. Con otras palabras: está confesando implícitamente que en el *in fieri* se obligó de *iure* precisamente a lo que en el *in facto esse* incumple de *facto*.

La separabilidad entre el derecho y su ejercicio, entre la constitución de los derechos-deberes conyugales al prestar consentimiento, y su incumplimiento de hecho a lo largo de la convivencia matrimonial, no debe exagerarse más allá de su natural sentido. La distinción obedece a una evidencia de la

experiencia humana, a saber, que podemos incumplir aquello a lo que verdaderamente nos obligamos y que esta contradicción entre el deber y la actuación es frecuente dada la fragilidad del comportamiento humano, incluso pese a los mejores propósitos. La distinción, pues, entre la verdadera constitución, en el momento fundacional, del derecho-deber a la fidelidad entre los esposos y su incumplimiento ocasional o frecuente, responde a la realidad y a la experiencia de la vida práctica.

La importantísima consecuencia de esta distinción entre el derecho y su ejercicio, como es bien sabido, es que la existencia de adulterio y otras infidelidades a lo largo del *in facto esse* no puede significar sin más —de forma automática— demostración de que el infractor excluyó al casarse —en el *in fieri*— el mismísimo derecho-deber a la fidelidad y, por consiguiente, contrajo inválidamente. Para calificar como simulación el supuesto, habrá que demostrar no sólo los hechos de infidelidad, sino que su práctica obedece a una voluntad fundacional —el propio consentimiento del acto de contraer— que quiso positivamente (exclusión del *ius radicale exclusivum*) una unión sin derecho-deber a la fidelidad conyugal. Dado que la exclusión invalidante se sitúa en el mismo acto de contraer, mediante voluntad actual o virtual no revocada, se entiende la importancia decisiva, en primer lugar, de la *prueba antecedente y concomitante al in fieri* y, en segundo lugar, de que esta prueba antecedente y concomitante forme un *continuo biográfico* —una línea congruente de hechos y actitudes— con las infidelidades ocurridas en la subsiguiente vida del matrimonio o *in facto esse*. En efecto, los casos matrimoniales que acceden a los tribunales eclesiásticos contienen frecuentes incumplimientos de hecho de los compromisos conyugales que se contrajeron al casarse. Donde no hay ningún indicio antecedente y concomitante con los que explicar la infidelidad subsiguiente —en términos de manifestación *a posteriori* de la positiva exclusión *a priori* del derecho mismo a la fidelidad (*ipsum ius radicale exclusivum*)—, habrá que estar por la aplicación del principio del *favor matrimonii* del c. 1060; y, por tanto, deberá prevalecer la presunción *iuris tantum* de que los hechos de infidelidad ocurridos en el *in facto esse* responden simplemente a un incumplimiento fáctico del derecho-deber y que el matrimonio es válido.

Nótese que la distinción entre el derecho y su ejercicio tiene todo su sentido en tanto, sobre la base de la misma experiencia de vida, refleja la autonomía entre lo que se quiso de *iure* en el momento de contraer —el *in fieri*— y lo que ocurrió de *facto* a lo largo de la convivencia matrimonial —el *in facto esse*—. Por lo tanto, el derecho y su uso se sitúan en dos momentos temporales y en dos órdenes de realidad diversos. La voluntad contraria al derecho o a la obligación respecto a la fidelidad tiene lugar sólo en el momento de contraer, pertenece al *ordo iuris* del fundar o rechazar el vínculo jurídico conyugal, con su contenido de derechos y deberes jurídicos: por eso es parte del consentimiento mismo del conyugado y por eso mismo lo invalida. En cambio el uso de los derechos y deberes tiene su lugar en la vida de hecho del matrimonio ya constituido; sus abusos pertenecen al *ordo facti*, al